

**ALGUNOS ASPECTOS DE LA UNIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO PENAL
EN SUIZA**

JOSEPH DUPUIT

SUMARIO: **I.** Introducción. **II.** Juez Instructor o fiscal. **III.** Soluciones para modificar o substituir el proceso inquisitivo. 1. Mantenimiento del Juez Instructor. 2. Reemplazo del Juez Instructor por el Ministerio Público. **IV.** Experiencia suiza. 1. Modelo escogido. 2. Innovaciones.

I. INTRODUCCIÓN

Desde hace mucho tiempo, la cuestión de la unificación de la legislación procesal penal en Suiza ha dado lugar a iniciativas y a discusiones intensas tanto de orden jurídico, como político. En este último, ha jugado un papel significativo la defensa constante de los cantones de su soberanía, comprendida la administración y la organización de la justicia.

Las iniciativas tendientes a la unificación se han manifestado desde la época en que se procedió a la unificación del derecho penal material, la misma que culminó con la puesta en vigencia del Código Penal Federal, en 1942.¹ Sin embargo, es a partir de la década de los años 80 que el movi-

¹ WEINBLINGER 1952: 217 y ss.; PONCET 1994: n.º 1; KUHN 1998: 73; AESCHLIMANN 1992: 355.

miento favorable a la adopción de la unificación ha ganado terreno. Esto se ha debido, entre otras circunstancias, a la aparición y al desarrollo de nuevas formas de criminalidad —crimen organizado, criminalidad económica, tráfico de drogas, lavado de dinero, etc. Criminalidad caracterizada sobre todo por sobrepasar las fronteras suizas, hecho que ha puesto en evidencia que la multiplicidad de leyes procesales constituye un serio obstáculo para combatir esta peligrosa forma de delincuencia.

Otro factor decisivo en favor de la unificación es la manera como el Tribunal Federal y las instancias judiciales europeas encargadas de los Derechos humanos —Comisión y Corte de Justicia—,² mediante sus decisiones, han condicionado la homogeneización de las diversas leyes cantonales procesales. Este es el caso en cuestiones como la relativa a la separación clara entre los órganos encargados de la instrucción y aquellos competentes para juzgar. La unificación acentuaría las correcciones efectuadas, por ejemplo, en el tratamiento igualitario de los procesados, en detrimento del tratamiento diferenciado a que dan lugar las diferentes leyes cantonales.

Para proceder a la unificación de la legislación procesal en materia penal, ha sido necesario modificar la constitución. Así, en marzo del año 2000, el art. 123 de la Constitución ha ampliado la competencia de la Confederación para legislar tanto en el ámbito del derecho penal material, como en el del derecho penal formal, pero dejando a los cantones la competencia referente a la organización judicial.

Ante la imposibilidad de presentar amplia y detalladamente el proceso de unificación, nos vamos a limitar a destacar algunos de sus aspectos. En particular, el referente al sistema propuesto para la regulación de la etapa de la instrucción, tanto en relación a su objetivo de reunir los elementos probatorios indispensables para juzgar al imputado, como respecto a si debe estar a cargo del Juez Instructor o del Ministerio Público.

2. JUEZ INSTRUCTOR O FISCAL

El tema materia de este breve análisis solo puede ser tratado de manera conveniente si se ubica el personaje del Juez Instructor en el contexto glo-

2 NELS, U. 1997: 727 y ss.

bal del proceso penal. Con este objeto, hay que recordar que él constituye uno de los ejes principales del denominado sistema procesal inquisitivo. Sistema que surge y se consolida con el fortalecimiento del Estado y con la admisión de la idea de que el proceso penal tiene como objetivo principal, sino exclusivo, la protección del Estado y de la sociedad.

En el Perú, mediante el Código de Procedimientos de 1940³ aún vigente, esto significó la constitución de un Juez Instructor poderoso. Con la facultad de:

- Decidir sobre el inicio de la instrucción.
- Tomar medidas coercitivas, comprendida la detención del procesado, consideradas útiles para asegurar los bienes e instrumentos del delito.
- Disponer sobre la duración de la instrucción.
- Establecer la existencia del delito y responsabilizar al procesado.
- Junto al Juez Instructor, interviene el Ministerio Público⁴ con facultades para: incoar la acción penal intervenir en la instrucción aportando las pruebas destinadas a fundamentar la acusación; pronunciarse acusando en los diversos niveles del proceso, en particular durante el juicio oral.

Además, se debe considerar la intervención de la Policía, autorizada para llevar a cabo una investigación cuyos resultados tienen una enorme importancia en la labor del Juez Instructor, así como sobre el desarrollo del juicio oral. Muchas veces, la instrucción no es sino la repetición incompleta de lo efectuado por la Policía. El resultado del juicio oral se funda, no con poca frecuencia, en la investigación policial. Todo esto dio lugar para que se vaya reconociendo cada vez más el valor de prueba del atestado policial.

Si nos limitamos a esta etapa del proceso, su carácter inquisitivo está marcado por el hecho que el Juez Instructor monopoliza el ejercicio de la acción penal, la realización de la investigación y la función jurisdiccional —en tanto toma medidas que restringen derechos fundamentales de la persona—. Carácter que es acentuado de manera abusiva e inconstitucional cuando en los procesos sumarios se le atribuye, además, la función de juz-

3 SAN MARTÍN: vol. I, 459 y ss.

4 HURTADO POZO 1981: 46 y ss.

gar. Lo mismo se puede decir con respecto a las modificaciones legales introducidas con el objeto de luchar más eficazmente contra el terrorismo, el tráfico de drogas y la criminalidad organizada.

3. SOLUCIONES PARA MODIFICAR O SUBSTITUIR EL PROCESO INQUISITIVO

Ante esta situación que no es monopolio del Perú y que se ha dado en latitudes diversas con características propias, las soluciones propuestas han sido diferentes. En razón a su diversidad y complejidad, resulta muy difícil, sino imposible, presentar esquemáticamente las soluciones más importantes.

A. Mantenimiento del Juez Instructor

En países como Francia,⁵ donde el Juez Instructor constituye tradicionalmente el órgano fundamental del proceso penal, su desaparición resulta casi inimaginable tanto por ser considerado como una institución judicial eficaz para llevar a cabo las investigaciones, como por ser una institución conforme al sistema judicial y político francés. Para contrarrestar su enorme poder, se ha, mediante sucesivas reformas, reforzado el papel del Ministerio Público y, en especial, se han renovado y mejorado las garantías de la defensa de los derechos del procesado. En este sentido, se ha reconocido, por ejemplo, la intervención de la defensa desde el momento en que el supuesto responsable es detenido por la policía o por el juez, así como su participación en los principales actos de la instrucción. Esta tendencia es reforzada por la regulación de la etapa principal, la del juicio oral de acuerdo con los criterios de la publicidad, inmediatez y contradictorio. Lo que ha dado lugar a un sistema llamado mixto: inquisitivo atenuado en la instrucción y acusatorio en el juicio oral.

B. Reemplazo del Juez Instructor por el Ministerio Público

Por el contrario, en países como Alemania,⁶ donde el Juez Instructor no ha jugado el papel importante que adquirió en Francia a partir de la Revo-

5 PRADEL 1999: n.º 31 y ss., 141 y ss.; DELMAS MARTY 1995: 224 y ss.; STEFANI, G., LEVASSEUR, G. y BOULOC, B. 2000: n.º 84 ss.

6 JESCHECK 1974: 761; SCHREIBER y WASSERMANN 1987; BEULKE WERNER 1994: n.º 79 y ss.

lución Francesa, el Juez Instructor ha sido reemplazado, desde 1974, por el Ministerio Público, órgano autónomo de la administración de justicia. Con amplio poder para decidir sobre la oportunidad de la represión penal, el Ministerio Público debe llevar a cabo de manera objetiva la instrucción y reunir todas las pruebas para que se efectúe el enjuiciamiento. Sus facultades están limitadas, sin embargo, respecto a la aplicación de medidas que restrinjan las libertades personales del procesado. Según el art. 104 de la Constitución alemana, un juez debe decidir si procede la privación de libertad. Si la policía detiene a una persona, debe ponerla a disposición del juez dentro de las 24 horas.

En Italia,⁷ país de gran tradición jurídica euro continental, donde el Código de Procedimientos Penales de Rocco de 1930 fue fuertemente marcado por la concepción autoritaria del fascismo, se ha abandonado claramente el sistema procesal inquisitivo de origen francés en favor de un sistema acusatorio influenciado por la concepción anglosajona. En el Código Procesal de 1988, se ha seguido de cerca este modelo, pero adecuándolo a la tradición jurídica italiana, así como a sus concepciones políticas y culturales.

El Juez Instructor ha sido substituido por el Ministerio Público en cuanto órgano encargado de la investigación. Controla igualmente las indagaciones previas de la Policía Judicial, la misma que está funcionalmente a sus órdenes para los efectos de las indagaciones. El Ministerio Público es concebido como un órgano imparcial que debe instruir tanto a cargo, como a descargo del procesado. Se le ha despojado de todo poder jurisdiccional; de él depende el ejercicio de la acción penal, pero no decide sobre el inicio de la instrucción. Tampoco tiene poderes para dictar medidas coercitivas que limitan los derechos personales del procesado.

La función jurisdiccional es atribuida al juez de las indagaciones preliminares. Es este magistrado judicial quien tiene el control y la iniciativa de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales, sobre todo de las que implican privación de libertad. Decide igualmente sobre la duración de la etapa de las investigaciones, así mismo del ejercicio de la acción penal y, en casos excepcionales, de la actuación anticipada de las pruebas. El objetivo no ha sido solo eliminar al Juez de Instrucción, sino más bien la instruc-

7 CENTRO INTERNAZIONALE RICERCHE GIURIDICHE 1990: 49 y ss.; ROTH, R. 1996: 148 y ss.; VASSALLI, G. 1997: 97 y ss.

ción tal como estaba regulada en el Código Rocco y como la comprendemos nosotros según el Código de 1940.

El objeto de esta etapa no es el de constituir las pruebas con miras al juicio oral, sino la realización de actos en la perspectiva de las decisiones que debe tomar el Ministerio Público respecto al ejercicio de la acción penal. Dicho de otra manera, las finalidades perseguidas son, por un lado, la constatación de elementos que justifican el ejercicio de la acción penal y, por otro, la búsqueda de elementos probatorios que sirvan de fundamento a la acusación. Esto está condicionado por la adopción del principio acusatorio y por el método oral en la constitución de la prueba.

De esta manera, se establece una separación clara con respecto a la etapa del juicio oral. En el sistema anterior, las dos etapas constituían un todo continuado en la medida que se reconocía el valor de prueba a los actos realizados en la instrucción formal, a cargo del Juez de Instrucción, o en la instrucción sumaria, realizada por el Ministerio Público, y en los actos preliminares a la instrucción, dirigidos por la Policía. Actualmente, solo son transmisibles al juez encargado del enjuiciamiento las actas de los actos considerados como imposibles de ser rehechos; en otras palabras, se trata de situaciones objetivas susceptibles de cambio y que, por esta razón, no pueden ser diferidas —inspecciones, confiscaciones, escuchas telefónicas, etc.

Es de destacar que a la defensa, se le reconoce un papel muy importante: el imputado, fuera de los casos de detención o encarcelamiento, tiene derecho a la asistencia de un defensor en el interrogatorio practicado por el Ministerio Público y en la información sumaria de la Policía Judicial; la defensa técnica es garantizada, además, en los actos técnicos que no serán repetidos, en las inspecciones personales y en las confrontaciones con derecho a notificación de la fecha de realización, mientras que en las perquisiciones y confiscaciones la asistencia del defensor es prevista sin derecho a notificación. Por último, hay que destacar que en el incidente probatorio, el aspecto contradictorio es garantizado de la misma manera que en el juicio oral. Aunque, en la práctica de poca importancia, se faculta al defensor para efectuar investigaciones privadas y entrevistarse con personas que pueden conocer los hechos para asegurar pruebas favorables a su defendido.

El Ministerio Público reúne las pruebas no con la finalidad de preparar el juicio oral, sino más bien de fundamentar la imputación contra el procesado. No decide si habrá juicio oral, esta decisión corresponde al juez des-

pués de realizarse una audiencia preliminar. En esta intervienen todas las partes, no se discute sobre el fondo del asunto —responsabilidad del procesado—, sino respecto a los fundamentos de la calificación de los hechos y a la existencia de elementos que justifican el enjuiciamiento.

Las pruebas serán presentadas y administradas solo ante los jueces encargados del juicio oral, a quienes no se remite el expediente organizado por el Ministerio Público durante la etapa de la investigación, sino solo un expediente en el que figuran algunas piezas fundamentales. De esta manera, el juez de sentencia apreciará las pruebas que se actúen sin prejuicios contra el procesado. Así, el juicio oral se transforma en el momento privilegiado para constituir las pruebas mediante la oposición dialéctica de las partes, actores de la administración de las pruebas mediante la técnica del examen directo.

Por la primera vez después de más de un siglo, un ordenamiento procesal europeo abandona el modelo napoleónico, modelo que hace de la instrucción la etapa decisiva para la constatación de la verdad y reduce el juicio oral a una verificación *a posteriori* de los resultados de la instrucción.

No se trata, sin embargo, de un simple trasplante del esquema acusatorio propio a los países del *common law*: el Parlamento ha llegado a delinear el nuevo sistema después de un largo proceso legislativo, en el que no solo han tenido un peso decisivo los criterios orientadores de la doctrina italiana, que en la década de los años sesenta había patrocinado con entusiasmo el abandono del rito de la instrucción en favor de la investigación de parte confiada al Ministerio Público, sino también a las reflexiones críticas producto del debate desarrollado sobre la ley delegada de 1974; ley que si bien no había colocado al Juez Instructor en una posición marginal, si reducía sus poderes.

El carácter acusatorio del nuevo proceso se puede resumir en dos aspectos significativos que aparecen de la confrontación con el sistema precedente: la *ripartizione dei ruoli* y la *ripartizione delle fasi*. La pureza de las funciones naturales de los operadores procesales es reconstruida eliminando la figura anómala, marcada con el signo inquisitivo, del acusador-juez —el Ministerio Público en la instrucción sumaria—, el juez-acusador —el Juez Instructor— y el órgano monocrático con funciones de investigar y de decidir —el pretor. La estructura totalizadora que hace del proceso un todo sin soluciones de continuidad, desde la actividad de la Policía hasta la senten-

cia del juzgador competente, es dividida por un límite que separa el juicio oral de la investigación preliminar, ajena al proceso.

Si bien la administración de la prueba y las alegaciones sobre los elementos probatorios han sido reguladas conforme al principio angloamericano de la presentación de las evidencias por las partes, no se ha atribuido, por el contrario, a los sujetos del proceso el poder de disponer del objeto del proceso.

Si es verdad que el legislador ha buscado separar, en el nuevo proceso, los papeles que juegan los sujetos del proceso despojando al juez de todo residuo de poder de activar la jurisdicción, a pesar que el órgano acusador permanece inactivo, esto no ha inducido al legislador a reconocerle al Ministerio Público un poder de disponer de la imputación semejante al del *prosecutor* americano e inglés, quien está facultado para renunciar a promover la acción penal o a paralizarla mediante el *nolle prosequi*. Y, paralelamente, no ha atribuido a la confesión el efecto de dispensar al acusador de probar el fundamento de la pretensión punitiva, como sucede, al contrario, en el régimen de la *guilty plea* del *common law*, donde el imputado no puede disponer de los intereses sociales en la represión del delito.

En el proceso resultado de la reforma, si bien tiene plena vigencia el principio que *hace depender de las partes la búsqueda y la administración de las pruebas*, no se ha recepcionado por el contrario la regla de la disponibilidad de la pretensión punitiva, consubstancial a la estructura del proceso del *common law*. El rechazo del rito inquisitivo no ha llevado al legislador a hacer de las partes los *patrones de la litis*: la dirección dada al nuevo ordenamiento adopta la técnica del proceso y no la *tutela jurisdiccional* entendida como régimen de utilización del instrumento procesal, relacionado al interés público sustancial de reprimir los delitos. La ley no admite la disponibilidad de la tutela porque consentir que el Ministerio Público limite el área de intangibilidad de la acción cuando se conoce la comisión de un delito, significaría violar el principio de la legalidad sancionado en el art. 25, inc. 2, de la Constitución, antes que el principio de la legalidad de la acción penal prevista en el art. 112 de la misma Constitución.

4. EXPERIENCIA SUIZA

¿En cuál de estas soluciones debemos pensar para responder a la pregunta implícita en el título de nuestra exposición? Sin pretender que sirva de guía

absoluta, me parece oportuno presentar el caso suizo. Como es de todos conocido, en este pequeño país confederado, cada uno de los 24 cantones que lo constituyen es competente para administrar justicia, en consecuencia existen tantos códigos procesales como cantones, además del Código Procesal Federal.

El desarrollo de la criminalidad internacional, los múltiples conflictos de competencia entre cantones, la diversidad de procedimientos existente, han determinado, en los últimos años, la aparición de un fuerte movimiento tendiente a la unificación de la legislación procesal penal, como hace más de medio siglo se hizo con el derecho penal sustantivo. El Gobierno Federal designó una Comisión⁸ para que estudie el problema y haga propuestas concretas —el 31 de mayo de 1994, instituyó una comisión de expertos. El encargo fue de elaborar uno o varios criterios de regulación que, de la mejor manera, tuvieran en cuenta las exigencias de un proceso penal eficaz, de la protección de los derechos de los procesados y de la fiabilidad de las decisiones judiciales. Según el informe denominado *De 29 a la unidad*, la mayoría de los miembros de la comisión, después de afirmar que la unificación supone *un acuerdo sobre el modelo de proceso penal a adoptar*, se pronunció en favor del modelo según el cual el Juez de Instrucción está en el centro del procedimiento preliminar y en el que el Ministerio Público solo interviene como parte.

En marzo de 1999, el DFJP encargó al profesor Niklaus Schmid elaborar el Anteproyecto de Código de Procedimientos Penales y una exposición de motivos sobre la base del informe preliminar antes indicado y de los resultados de la encuesta efectuada conforme al procedimiento legislativo. Además, el mandato precisaba, por ejemplo, que el Proyecto debía inspirarse en el modelo *Ministerio Público II*.

Según este modelo, el Ministerio Público, en sustitución del Juez de Instrucción, estatuye sobre el inicio de la instrucción, dirige solo las investigaciones y es parte en los debates. Su fuerte posición institucional, combinada a su función de acusador, implica la organización de garantías jurisdiccionales: es así como para dictar los mandatos de detención y autorizar otras medidas coercitivas, se prevé la intervención de un juez de libertades. Además, el bien fundado de la acusación debe ser controlado judicialmente en un procedimiento intermediario. Otra nota distintiva de este modelo es la

8 DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE LA JUSTICE ET DE LA POLICE 1997: 1 y ss.

exigencia de un respeto estricto del principio de la inmediatez de los debates. A este modelo correspondían las leyes procesales de los cantones Basilea ciudad y Ticino, así como las de Alemania e Italia.

Los otros modelos descritos por la primera comisión eran los siguientes:

Modelo MP 1, caracterizado por la división de la primera etapa de la investigación. En un inicio, el Ministerio Público (y no el Juez de Instrucción) dirige a la Policía en la investigación preliminar, en base de la cual él decide si ejerce la acción penal. El Juez de Instrucción, independiente, solo interviene cuando el Ministerio Público ejercita la acción. Después de terminada la instrucción, el fiscal es nuevamente competente para acusar o plantear se archive —no ha lugar. En este sistema, la Policía Judicial no solo actúa en las primeras investigaciones. El Ministerio Público puede ordenar medidas coercitivas. Este modelo tiene sus orígenes en Francia; y está vigente en los Cantones de Uri, Argovie, Neuchâtel, Genève y Jura.

Modelo Juez de Instrucción 1 que distingue, en lo esencial, porque toda la etapa preliminar está colocada bajo la dirección de un juez independiente. Constituye una unidad, en la medida en que no está dividida en una etapa de indagaciones y en otra de instrucción. La Policía Judicial está subordinada al Juez de Instrucción desde el inicio. En consecuencia, corresponde al juez decidir sobre el comienzo de la instrucción, así como del archivo, y es competente para dictar *ordonnances pénales*. En el dominio de sus actividades, no está de ninguna forma vinculado a las disposiciones del Ministerio Público ni al Tribunal Superior —tribunal de acusación—, salvo en relación a las decisiones que este tome respecto a recursos planteados contra la manera como el Juez Instructor desempeña su cargo. El Ministerio Público no dispone de ninguna competencia propia en materia de la instrucción. Interviene como parte al momento de iniciarse la instrucción, durante el desarrollo de esta y cuando se remite la causa al tribunal, luego al acusar. Este sistema existe en los cantones de Glaris, Zug, Fribourg, Solothurn, Vaud y Valais.

Modelo Juez de Instrucción 2, cuya especificidad principal y, al mismo tiempo, su diferencia principal con el modelo Juez Instructor 1, consiste en que este juez está sometido al poder de instrucción del Ministerio Público. Es decir, existe una división de competencias entre ambos en cuanto a la conducción de la investigación y, a veces también, en cuanto a la representación de la acusación. El grado de dependencia del Juez Instructor del Ministerio Público es diversa: de modo que a veces el Juez Instructor apa-

rece, en la práctica, sino legalmente, como del todo independiente y, en otras oportunidades, es el Ministerio Público quien, sobre la base de poderes amplios para intervenir, vigilar e instruir, surge como el verdadero patrón de la instrucción. Este modelo corresponde a las leyes de los cantones de Zürich, Bern, Luzern, SZ, Obwald, Nidwald, Basel, SH, Argovie, AI, Sant Gallen, Grisons y Turgovie.

Para comprender la vía escogida en el Anteproyecto, conviene tener presente la manera como es concebido el desarrollo de un proceso penal ordinario. Sobre la base de una denuncia procedente de un particular o de una autoridad (arts. 329 y 330 AP), la Policía, en general, inicia la investigación; sin embargo, el Ministerio Público también puede comenzar y dirigir un procedimiento preliminar sin investigación policial previa (art. 339, inc. 3, AP). La Policía reúne todos los indicios de la infracción (art. 333 al. 2 AP) y detiene a los presuntos autores (art. 229 AP). El Ministerio Público dirige la instrucción, interroga a los imputados y testigos, recoge las demás pruebas necesarias y dicta las medidas coercitivas indispensables, al menos que estas no sean de la competencia del tribunal de medidas coercitivas —por ejemplo, en caso de detención preventiva. Cuando estas medidas no son dictadas por este tribunal, cabe —con respecto a todos los actos de instrucción del Ministerio Público (art. 462 inc. 1, pf. 2 AP)—, un recurso (arts. 461 a 466 AP) ante la autoridad competente (art. 26 AP).

Terminada la instrucción preparatoria, el Ministerio Público decide de propia iniciativa, en el marco del procedimiento intermediario (arts. 350 a 360 AP), si debe dictarse una resolución de acusación (arts. 357 a 360 AP) o pronunciarse un *no ha lugar*. Es posible recurrir contra la decisión de archivar, pero no contra la de puesta en acusación. Esta última decisión es puesta en conocimiento directamente desde el tribunal de primera instancia, el que verifica su regularidad y fija la fecha de audiencia.

La Confederación y los cantones dispondrán de cierta libertad respecto a la organización de esta primera instancia. Por ejemplo, podrán crear tribunales descentralizados —de distrito, etc.—, otras instancias especializadas en ciertas formas de criminalidad y una corte penal o tribunal penal económico que debe conocer, en todo el cantón, las infracciones más graves (arts. 15 y 23 AP). Asimismo, pueden prever un juez individual, único, competente para conocer los asuntos penales insignificantes o de gravedad media en los que el Ministerio Público pida, en virtud del art. 24 AP, una pena privativa de libertad no mayor de tres años —variante: un año— o una medida de seguridad privativa de libertad.

Esta distinción entre los casos relevando de la competencia de un juez individual y los demás tratados en primera instancia, influyen el procedimiento de primera instancia sin interesar la cuestión de saber si los jueces individuales serán instituidos o no. En los casos que se conozca un juez único, se aplicará un procedimiento probatorio simplificado, en los demás casos de primera instancia se seguirá un procedimiento probatorio calificado (arts. 374 y 375 AP y 376 a 387 AP). Este último procedimiento pone el acento en la inmediatez de los debates; es decir, que las partes pueden pedir que las pruebas importantes sean administradas ante el tribunal (art. 377 AP).

La apelación de la sentencia de primera instancia ante una corte de apelaciones 54 procede siempre. La parte que apele debe indicar si ataca toda la sentencia o solo alguna de sus partes (art. 468 AP). Contra los actos de procedimiento —una decisión de no haber lugar, por ejemplo—, solo el recurso es admisible (art. 462 AP). Los recursos son tratados mediante un procedimiento escrito (art. 466 AP). Bajo ciertas condiciones, las apelaciones también pueden ser tratadas mediante un procedimiento escrito (arts. 472 y 473 AP). Con algunas restricciones, el procedimiento de los recursos se basa en las pruebas recogidas en la instrucción y en el procedimiento de primera instancia (art. 457 AP). Así, fuera de la revisión, se da el procedimiento contra un mandato con fuerza de cosa juzgada cuando existen nuevas pruebas, el Anteproyecto no instituye otras vías de recurso.

El procedimiento descrito es el preliminar al procedimiento de juzgamiento propiamente dicho, el mismo que culminará estatuyendo la culpabilidad o la inocencia del acusado y sobre las consecuencias de estas decisiones. El procedimiento preliminar comprende, pues, la investigación policial, la instrucción preparatoria y el procedimiento intermedio en el curso del cual la autoridad de instrucción archiva el proceso o dicta un mandato de reenvío. Las modalidades conforme a las cuales los hechos esenciales de la causa y los medios de prueba serán reunidos para ser sometidos, posteriormente, al tribunal para el juzgamiento de fondo dependen del modelo de proceso penal escogido. En los modelos previstos, las diferencias corresponden, ante todo, a las relaciones recíprocas entre las autoridades que intervienen en la fase preliminar del procedimiento —Policía, Juez de instrucción, Ministerio Público— y sobre los papeles respectivos en el procedimiento. Los modelos *Juez de Instrucción* que existen en Suiza varían según los cantones. Por esto ha sido conveniente clasificar las numerosas formas existentes en las categorías señaladas precedentemente. Para evitar

que la futura ley solo sea una ley marco, resulta indispensable adoptar un modelo único para toda la Suiza 58.

1. Modelo escogido

Según la Comisión, su decisión en favor del modelo Ministerio Público II ha sido adoptada en la convicción que constituye y constituirá, al menos al nivel del procedimiento penal, un instrumento óptimo para luchar contra la criminalidad. Así, se trata, sobre todo, de mejorar la eficacia de la persecución penal, teniendo en cuenta en la medida adecuada los intereses legítimos de los procesados implicados en el procedimiento. Siempre de acuerdo con la Comisión, una ventaja mayor de este modelo reside en el hecho de que la totalidad de la instrucción preparatoria, hasta la acusación, está en manos del Ministerio Público, lo que evita que ciertos actos procesales sean realizados dos veces, lo que sucede frecuentemente en los sistemas *Juez Instructor*, predominantes actualmente. La fuerza que esta concentración confiere al Ministerio Público y que puede preocupar a algunos, debe ser moderada por el fortalecimiento apropiado de los derechos de las partes a lo largo del proceso.

Si se deja a la Confederación y a los cantones la carga de organizar el Ministerio Público, comprendida en particular la posibilidad de crear un procurador general, ellos tendrán la posibilidad de definir libremente las estructuras de instrucción y de puesta en acusación que mejor conviene a sus necesidades. Los cantones podrán, pues, estatuir autoridades de instrucción de puesta en acusación jerarquizadas y sometidas a un poder de instrucción. Lo que tendrá como efecto, no solo mejorar su eficacia sino también optimizar la conducción y el control. Esta necesidad existe ante todo en los cantones en que por su importancia necesitan un cierto grado de especialización de las instancias. Es poco probable que un gran cantón, disponiendo de numerosos funcionarios penales —el cantón de Zurich, por ejemplo, que en 1999 contaba con 36 procuradores de distrito, es decir jueces de instrucción—, siendo un modelo y comportando un Juez de Instrucción independiente, sea practicable y eficaz. Pero ante la ausencia de cifras fiables, se puede desde ahora afirmar que la organización del modelo *Ministerio Público* propuesta en el Anteproyecto, no necesitará de más —sino más bien de menos— personal judicial y ocasionará por esto gastos menos elevados que los otros modelos, especialmente que el modelo *Juez Instructor I*, privilegiado por muchos expertos.

Los inconvenientes invocados, al menos en parte, contra este modelo *Ministerio Público* propuesto en el Anteproyecto y el abandono del doble examen y de la relativa independencia del juez, pueden ser compensadas satisfactoriamente mediante la mejora de los derechos de las partes durante la fase preliminar del procedimiento y por la instauración de vías de recurso apropiadas. Contra el argumento según el cual este modelo hace indispensable un juez encargado del control de la detención, instancia superflua en un sistema en el que el Juez de Instrucción es independiente, hay que oponer el hecho que dicho sistema requiere también de una instancia judicial distinta, aun cuando la jurisprudencia y la doctrina relativas al art. 5, pf. 3, de la CEDH⁹ no la exigen respecto a la detención, sino en una etapa posterior, por ejemplo en el de los pedidos de puesta en libertad. Además, no sería sorprendente que los modelos estatuyendo un Juez de Instrucción independiente deban tarde o temprano introducir a un juez de detención, llamado a intervenir desde el inicio de la privación de libertad. Además, una instancia judicial es indispensable cualquiera que sea el modelo considerado cuando se trata de ordenar ciertas medidas de coerción, como las escuchas telefónicas o investigaciones secretas. Así mismo, otras medidas de fortalecimiento de los derechos de las partes, como la garantía de los derechos de la defensa desde el comienzo del proceso (por ejemplo, los arts. 117-118, 168 y 236 AP), la posibilidad de recurrir contra los actos de procedimiento del Ministerio Público (arts. 212 y 246 AP) o una mejor aplicación del principio de la inmediatez en los debates de primera instancia (cf. el art. 377 AP) parecen ineluctables, en la medida en que no están ya integrados en los códigos procesales suizos, independientemente del tipo de instrucción estatuido.

Un último argumento en favor del modelo escogido es el hecho que existe, actualmente, una tendencia en Suiza de alejarse del modelo *Juez Instructor*, mediante su adopción en algunos cantones —San Gallen, Apenzel Rodas interior. En el plano internacional, se nota igual tendencia: hace tiempo fue adoptado por Alemania y más recientemente por Italia. Los tribunales penales internacionales *ad-hoc*, encargados de perseguir las graves violaciones del derecho internacional público humanitario cometidos en la ex Yugoslavia y en Ruanda, así como el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional del 17 de julio de 1998, también se basan en este mo-

9 PIQUEREZ 2000: n.º 2663 y ss.; HAEFLIGER ARTHUR y SCHÜRMAN FRANK 1999.

delo. La justicia penal de la Unión Europea adoptará igualmente una estructura directamente inspirada en el modelo *Ministerio Público*.

2. Innovaciones

Para tener una idea más amplia de los alcances del Anteproyecto, hay que destacar algunas de sus principales innovaciones en relación con la mayor parte de los códigos de procedimientos penales cantonales.

El Anteproyecto sigue, de manera consecuente, el modelo de procedimiento preliminar unitario, es decir el modelo *Ministerio Público*.

El principio de la oportunidad, ya consagrado en la nueva parte general del Código Penal, es ampliado de manera significativa (art. 8 AP).

Los derechos de la defensa son reforzados en el sentido de que el imputado será informado de sus derechos (arts. 153 y 167 AP) y tendrá el derecho de designar un defensor (arts. 167 inc. 1 ch. 3 y 236 AP) desde el inicio del procedimiento.

El Anteproyecto asume el postulado de la protección de testigos, pero amplía los alcances de las medidas de protección referentes a todas las personas que deben ser escuchadas en el marco del procedimiento, fuera del imputado (arts. 160 a 165 AP).

Respecto a las medidas de coerción, conviene recordar, ante todo, que para su control mediante recursos y para el caso en el que las medidas coercitivas, como la detención preventiva, sean ordenadas, es obligación de la Confederación y de los cantones el crear un tribunal de medidas de coerción (art. 22 AP). En base a propuestas ulteriores, se han agregado las medidas de coerción de la observación policial y de la vigilancia de las relaciones bancarias (arts. 318 y 319 AP).

En el caso de delitos perseguidos por querrela y en el caso de que, al futuro art. 53 del Código Penal, una exención de pena sea posible cuando el autor ha reparado el daño causado, el Ministerio Público debe citar a las partes a una audiencia de conciliación o delegar esta actuación a un conciliador externo. Esto constituye una etapa de importancia hacia la instauración de una mediación en el proceso penal (arts. 346 et 347a AP; chiffre 261.33 infra).

Las disposiciones regulando el desarrollo de los debates refuerzan de manera moderada el principio de la inmediatez. Ciertamente, en los casos poco

importantes o de gravedad media, el juzgamiento se basará, como sucede en la mayoría de los sistemas suizos, en las pruebas reunidas durante el procedimiento preliminar (arts. 374 y 375 AP). Sin embargo, cuando se trata de casos graves, es decir cuando el Ministerio Público pide una pena privativa de libertad de más de tres años —variante un año—, el Anteproyecto prevé un procedimiento probatorio calificado. Esto significa que los debates pueden ser divididos en dos partes: la primera, en el curso de la cual el tribunal solo trata de la culpabilidad; la segunda, en la que son sacadas las consecuencias de una declaración de culpabilidad o de inocencia (art. 376 AP). Además, las partes pueden pedir, en el marco de este procedimiento probatorio calificado, que las pruebas relativas a los puntos discutidos, cuyo conocimiento directo para el pronunciamiento de la sentencia parece esencial, sean administradas de nuevo ante el tribunal (arts. 377 y 378 AP).

Para garantizar la independencia del tribunal, las audiciones en este tipo de asuntos se desarrollarán en general bajo la forma de interrogatorios contradictorios. Los testigos citados por las partes no serán, por lo tanto, más interrogados por el director del procedimiento, como sucede en el sistema de interrogatorio presidencial, ampliamente extendido en Suiza, sino por las partes (art. 378 inc. 2 AP).

La adopción en Suiza de la institución anglosajona del *plea bargaining*,¹⁰ es decir la posibilidad de acordar al procesado de negociar con las autoridades penales sobre las condiciones de la declaración de culpabilidad y sobre la pena —sistema dirigido a aligerar el procedimiento— es propuesto en el Anteproyecto de manera un poco diferente bajo la denominación de procedimientos simplificados (arts. 385 a 389 AP).

El sistema de recursos a nivel cantonal ha sido simplificado; fuera de la vía particular de la revisión, solo subsisten el recurso y la apelación. Desaparecen, por el contrario, el recurso de nulidad o el de casación, previsto en varios cantones (arts. 450 ss. AP).

Teniendo en cuenta que las jurisdicciones de primera instancia dan una importancia cada vez más grande al principio de la inmediatez, el procedimiento escrito es más frecuentemente utilizado en los recursos, en especial en la apelación (arts. 458 y 472-473 AP), y el procedimiento de recurso puede limitar la administración de nuevas pruebas o de pruebas ya aportadas en primera instancia (art. 457 AP).

10 KUHN 1998: 73.