

La división en dos fases del proceso penal *

MARINO BARBERO SANTOS

Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Murcia

1. La Asociación internacional de Derecho penal ha elegido como uno de los temas a debatir durante el X Congreso de Derecho penal que se celebrará en Roma del 29 de septiembre al 4 de octubre de 1969, precisamente éste: La división en dos fases del proceso penal.

No se trata de una cuestión inédita en la palestra de la discusión internacional, ya que desde el año 1951 ha sido objeto de estudio en varios seminarios o congresos de este carácter. Ello se debe, a nuestro juicio, a dos motivos. Ante todo, al entusiasmo de ciertos penalistas adherentes al movimiento de la moderna defensa social. La división del proceso en dos fases se halla, en efecto, en la línea de sus concepciones (1). También, a la importancia de la cuestión en sí, en el sentido de que la eventual acogida legislativa de la innovación produciría una transformación honda del ordenamiento procesal vigente en la casi totalidad de las legislaciones, que solamente sería posible a su vez sobre la base de una mutación no menos radical de los principios inspiradores de los respectivos sistemas jurídico-penales.

Parece, por estas razones, que las perspectivas que la institución tiene de *lege ferenda* son escasas. En cuanto en su raíz se encuentra una concepción jurídico-penal distinta de las hoy día generalmente imperantes. Eco de lo que decimos se observa en las reuniones internacionales citadas. Y de ello nos ocuparemos con alguna amplitud al final de nuestro estudio. El próximo Congreso de Roma puede ser en este sentido altamente clarificador.

Pero ¿qué se entiende por división del proceso penal en dos fases?

2. No puede afirmarse que reine acuerdo entre los mismos partidarios de la moderna defensa social acerca de cuál sea el contenido de cada una de las dos fases en que quedaría dividido el proceso penal. Las graves discrepancias que separan a las direcciones mo-

* Este estudio se dedica al insigne penalista P. Julián Pereda, como homenaje en su ochenta cumpleaños.

(1) Según GRAVEN, ésta es una de las reformas más interesantes por las que hoy aboga la defensa social. Véase: *Droit pénal et défense social*, en "Revue Pénal Suisse", 1955, pág. 32 (nota).

derada y extrema del movimiento (2) se exteriorizan también en este punto.

Para Gramática, por ejemplo, la primera fase del proceso consistiría en la *atribución del comportamiento*, es decir, en la verificación de las pruebas y en la decisión acerca de si una determinada persona se ha comportado realmente de aquella forma concreta que, de acuerdo con la ley, puede justificar la declaración de antisocialidad. En la segunda fase, de *apreciación de la antisocialidad*, se investigaría la personalidad del sujeto y se decidiría si la persona a quien se ha atribuido un comportamiento legalmente determinado es o no antisocial y debe ser o no sometida a las medidas de defensa social. Sólo en esta segunda fase, según Gramática, surgiría el problema de la "capacidad de entender y de querer", pero no como un elemento jurídico de la imputabilidad, sino como un elemento antropológico de la antisocialidad (3).

Para los partidarios de la dirección moderada, por el contrario, la división o "cesura" del proceso penal —"cesura" es un término tomado por Cornil del lenguaje poético que Ancel también manifiesta preferir—, consiste en una distinción entre la decisión sobre la culpabilidad y la decisión sobre la elección de la pena. El juez penal debe investigar en primer término el fundamento de la acusación o sea, si el procesado ha cometido un acto legalmente cualificado como crimen o delito, y si el autor es imputable. Es la fase que Ancel llama "proceso de culpabilidad". En la segunda fase, que denomina "proceso de defensa social", se enjuiciaría al hombre, sobre la base de la elección de una sanción penal apropiada a su situación y a sus características individuales (4).

La disparidad es tan grande que surgen serias dudas acerca de

(2) Desde el plano de la defensa social analiza esas discrepancias, ANCEL: *La défense sociale nouvelle*, 1966, 2.^a ed., págs. 121 y s. Es excelente el estudio crítico del movimiento de JIMÉNEZ DE ASÚA: *La nueva defensa social*, en "El Criminalista", 2.^a serie, tomo V, Buenos Aires, 1961, págs. 11 y s. Recientemente se ha ocupado con agudeza de la defensa social, ANTÓN ONECA: *Las teorías penales italianas en la postguerra*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1967, págs. 26 y s. Véase también, BERISTAIN: *Análisis crítico de la Nueva Defensa Social*, en "Libro Homenaje al doctor Serrano", Valladolid, 1965, II, págs. 93 y s.

(3) GRAMÁTICA: *Imputabilità-Imputazione e Atribuzione di condotta anti-sociale*, en "Rev. Intern. de Déf. Sociale", 1953, pág. 127. En 1955 CORNIL se planteaba el siguiente interrogante: Est-il possible de décider si un homme est coupable d'une action qui lui est reproché, sans savoir si on a affaire à un aliéné ou à un homme sain d'esprit? Y respondía: Je crois que cela est réalisable, mais nous sommes tellement habitués à voir l'expertise mentale précéder la condamnation que nous imaginons difficilement l'ordre inverse. CORNIL: *La césure entre la condamnation et le prononcé de la peine*, en "Rev. Pen. Suisse", 1955, pág. 235.

(4) ANCEL: *La césure du procès pénal*, en "Recueil d'études en hommage à Huguency", París, 1964, pág. 220. Del mismo: *La défense sociale nouvelle*, 2.^a ed., París, 1966, pág. 251. Del mismo: *Le rôle social du juge pénal*, en "Estudios in memoriam do profesor Dr. J. Beleza dos Santos", Boletim da Facultad de Direito de Coimbra, 1966, pág. 210.

si ya sobre este primer y básico punto podrá llegarse alguna vez a un acuerdo entre los sostenedores de la "cesura". Pues mientras para la dirección extrema de la defensa social en la primera fase se determinaría únicamente la materialidad de la infracción y en la segunda se analizaría la imputabilidad (estimada elemento antropológico de antisocialidad), para el ala moderada no sólo la imputabilidad (en el sentido de que el sujeto sea alienado o semi-enfermo mental), sino incluso el dolo o *intención*, "au sens traditionnel du mot" (que incluye la conciencia de la antijuricidad), deben analizarse en la primera fase (4a).

Hay también pareceres encontrados en lo relativo a la determinación del carácter facultativo u obligatorio de la "cesura". Una amplia corriente de la defensa social se inclina por otorgar a la división del proceso carácter voluntario. Ancel llega a decir que la "cesura" constituye una innovación verdaderamente útil siempre que sea el propio juez el que tenga la facultad de poder hacer uso de ella. El III Congreso internacional de Defensa social de Amberes, de 1954, no se atrevió, sin embargo, a seguir abiertamente este camino. Y después de haber reconocido que era oportuno otorgar carácter voluntario a la "cesura" se creyó obligado a añadir un inciso que limitaba de forma notable el alcance de la resolución. Este fue su tenor: Cada legislación podrá determinar en qué casos la "cesura" del proceso podrá ser impuesta de forma obligatoria, sea respecto a ciertos delinquentes determinados, sea en lo que atañe a la imposición de ciertas medidas especiales.

Otro aspecto esencial del problema que nos ocupa, y sobre el cual las opiniones dentro de la defensa social también divergen, es el relativo a la determinación de la jurisdicción competente en la segunda de las dos fases de que constará el proceso. Tres son las posturas: competencia de la misma jurisdicción que en la primera fase; competencia del juez de ejecución de penas; competencia de un organismo especial. La más moderada es la primera y la más radical la última, defendidas, respectivamente, entre otros, por Ancel y Cornil. Para Ancel debe mantenerse en esta segunda fase —la más importante, según él— el poder del juez, por decidirse en ella la suerte del sujeto, y porque pueden quedar afectados su libertad, sus derechos fundamentales y su personalidad profunda (5). Cornil, en cambio, prefería una comisión mixta, presidida por un magistrado y compuesta por pedagogos, sociólogos y médicos (6).

Los citados son los problemas más importantes, pero no los únicos, que la defensa social deja sin precisar. De algún otro se ocupa Ancel en el artículo *La césure du procès pénal*, al que ya nos hemos referido. Mas no agota la enumeración. A título ejemplificativo podrían mencionarse: posibles recursos contra las decisiones pronun-

(4a) ANCEL: *La césure du procès pénal*, cit., pág. 220.

(5) ANCEL: *La césure du procès pénal*, cit., pág. 223.

(6) CORNIL: *La césure*, en "Rev. Pen. Suisse", cit., págs. 237 y s.

ciadas al finalizar cada una de las fases; facultad por parte de la jurisdicción a la que compete la decisión en la segunda fase para rectificar en su caso —por disponer de un mayor número de datos— la tomada en la primera; composición del tribunal de apelación; plazo para pronunciar la segunda decisión; situación del “inculpa-do” de una a otra fase, etc.

3. La falta de acuerdo entre los penalistas que abogan por la “cesura” o división en dos fases del proceso penal acerca de su contenido y notas esenciales no es el único obstáculo que se opone a su eventual aceptación.

La “cesura” produce —incluso en la formulación moderada de Ancel— una transformación profunda de la ordenación procesal penal, en cuanto origina no ya la fractura del proceso, sino del propio juicio oral (7). No es por ello adecuado desde un punto de vista terminológico hablar de división en dos fases del proceso penal, aparte de que con esta denominación se olvida alguna otra fase, y no de escasa importancia, del proceso. Cornil y Ancel se han dado cuenta de ello, y en el comentario que ambos redactaron para la cuestión 2.^a del próximo Congreso de Roma se han referido, en términos más precisos, a una división “au stade du jugement” (8). La transformación pues que se originaría en el ordenamiento procesal penal de la mayoría de las legislaciones de admitirse la “cesura” sería radical. Se trataría, en cierto modo, de la acogida de un sistema similar al anglo-americano. Ancel ha subrayado incluso las conexiones con éste al emplear los términos de *conviction* y de *sentence* para denominar a cada una de las dos fases. Y ha argüido que la “cesura” no constituye una ruptura “brutale” con la tradición porque fue conocida ya por el Derecho clásico, y porque ella es la que ha mantenido en Inglaterra el sistema del jurado en su pureza y en su eficacia (9).

a) Tanto el argumento histórico como el de apelación al Derecho inglés no nos parecen en este caso demasiado afortunados. Es cierto que el sistema inglés de jurados fue acogido en gran número de países europeos, y de fuera de Europa, después de la Revolución francesa, pero por razones puramente políticas (10). E inmediatamente se comenzó a dudar de que sus principios jurídicos fueran practicables, en especial la separación entre el “aspecto fáctico” y el “aspecto jurídico” de la conducta delictiva, encomendado el primero a los jurados y el segundo al juez. Ya Feuerbach, en 1813, en sus *Betrachtungen*

(7) MICCICHE: *La divisione del processo penale in due fasi*, Precongresso Internazionale, Siracusa, 1969, pág. 3. escribe con acierto: Lo que se ha denominado “cesura” del proceso penal se resuelve más bien en una verdadera y propia fractura, en cuanto rompe la unidad del juicio que estimamos debe ser indivisible para una equilibrada valoración del delito y de la pena.

(8) En su comunicación al Precongreso de Siracusa, LORZS habla por ello de “Le due fasi del giudizio e della decisione: a) accertamento e qualificazione dei fatti, b) determinazione della pena”.

(9) ANGEL: *La césure*, cit., pág. 217.

(10) HENKEL: *Strafverfahrensrecht. Ein Lehrbuch*, Stuttgart-Berlin-Colonia-Maguncia, 1968, 2.^a ed., pág. 57.

über das Geschworenengericht hizo ver agudamente que el veredicto del jurado "culpable" o "no culpable" no se limita sólo a la determinación fáctica de la conducta, sino que abarca también su valoración jurídica como delito, y constituye pues una cuestión mixta (11). Más tarde, no sólo la base jurídica del jurado, sino también la política, han sido sometidas a censura. Hoy la doctrina de todos los países es adversa a la institución. Se niega al jurado la condición de representante del pueblo y la de constituir un factor democrático en la función jurisdiccional, en cuanto no es elegido por el pueblo, ni son elegibles todos los que forman el pueblo. Se le objeta su falta de independencia —su sugestionabilidad— frente a poderosos grupos de presión social. Se pone en duda su capacidad para la función que desarrollan, en cuanto los jurados proceden de profesiones que exigen otras aptitudes anímicas, corporales y de preparación, etc. Y el sistema de jurados ha desaparecido de casi todas las legislaciones. De España (12), Italia, Yugoslavia, Rusia (13) y países hoy dentro de su área al convertirse en Estados totalitarios. De Alemania, el año 1924, de Francia por ley de 25 noviembre 1941 y ordenanza de 20 de abril de 1945, de Japón en 1943, etc. En el continente europeo la tendencia durante estos últimos años ha sido la de sustituir los jurados por escabinos, que se diferencian de los primeros por formar con los jueces parte del tribunal y por compartir con éstos tanto la responsabilidad de decidir acerca de los aspectos fácticos y jurídicos de la conducta delictiva como la de sentenciar. Pero no faltan tampoco críticas al escabinato (14).

(11) Cfr. HENKEL, ob. y pág. cit., nota.

(12) En España el juicio de jurados fue dejado en suspenso, pero no derogado, por decreto de 8 de septiembre de 1936. De acuerdo con la ley de 20 de abril de 1888, modificada por decreto de 22 de septiembre de 1931 y por ley de 27 de julio de 1933, el tribunal del jurado se compone de tres magistrados como jueces de derecho y de ocho jurados legos. Cfr. VIADA, *Curso de Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1964, III págs 14 y s.

(13) En Rusia los Principios legislativos sobre el Ordenamiento judicial de la URSS y de las Repúblicas federadas y autónomas, de 1959, prevén jurados populares —elegidos por un número determinado de años— igual que prevén jueces populares en los diversos niveles de la magistratura. El jurado, según RANIERI, se estructura y funciona en la URSS como instrumento del partido político en el poder. Véase RANIERI, *Problemi della corte d'assise*, en "La Scuola Positiva", 1963, reproducido en "Scritti e discorsi varii", Milán, II, 1968, pág. 239.

(14) BAUR, *Laienrichter-heute?*, en "Tübinger Festschrift für E. Kern", Tübinga, 1968, págs. 49 y s. HENKEL, ob. cit., págs. 57 y s. y 128 y s. WILLIAMS, *The proof of Guilt. A study of the English Criminal Trial*, Londres, 1963, 3.ª ed., págs. 254 y s. Según RANIERI (*Problemi*, cit., 1968, pág. 239), el jurado es "istituzione venerabile ma da ritenere ormai superata in Italia. Anzi protrebbe dirsi che è contro il tempo sostenere oggi la rinascita nel nostro Paese...". MUELLER, Edgar Jacques, *Die heutige Bedeutung der Schwurgericht in der Schweiz*, en "Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft", Neue Folge, Heft 209 (1957), pág. 128: "Das Schwurgericht in seiner klassischen Form in absehbarer Zeit aus unserer Rechtspflege verschwunden sein wird". VOUIN, *La question du jury*, en "Rev. Science Crim. et Dr. Pen. Comp", 1955, pág. 503, etc. La Sección 2.ª del Congreso de Defensa social de Amberes se

b) En la eficacia del jurado inglés, por otra parte, creen más los juristas no insulares que los propios ingleses. Se comprende, porque aquella convicción no se apoya en una base objetiva. Una observación atenta de la realidad muestra que el sistema del jurado pierde terreno en Inglaterra. Los datos son concluyentes. La generalidad de las figuras delictivas que el Parlamento crea las considera "summary offences" y en consecuencia su conocimiento corresponde directamente a los magistrados, o al menos puede corresponderles éste si el reo hace uso de la posibilidad de opción que se le concede. Pero es que incluso la gran mayoría de las infracciones más graves ("indictable offences") (15), que en principio corresponden a la competencia del jurado, son juzgadas hoy día "summarily" por el magistrado: v. gr., la casi totalidad de los crímenes cometidos por jóvenes de los que conocen actualmente los tribunales de menores, y gran número de infracciones "indictable" cometidas por adultos, en el caso de que el reo consienta en ello. La policía, los jueces y el Parlamento favorecen este proceso (16).

La realidad es que aproximadamente el 84 por 100 de las "indictable offences" son ahora juzgadas "summarily" y sólo el 16 por 100 llegan ante el tribunal del jurado. Si se hace la comparación entre las dos clases de procesos mencionados se obtiene el resultado aún más sorprendente, son palabras de Glanville Williams, de que en 1961, por ejemplo, sólo el 3 por 100 de los reos fueron transferidos previo "indictment" al tribunal del jurado. De este porcentaje hay que deducir los procesados que se declararon culpables y se sustrajeron así a la intervención del jurado. ¿Cuál es la consecuencia? Que muchos años la proporción de reos juzgados por el tribunal del jurado excede en poco del 1 por 100 (17).

Este claro proceso de traslado de la mayoría de las causas criminales de la competencia de jurados legos a la de jueces togados constituye, según Williams, un expresivo voto de confianza en la magistratura, "if it is not also a vote against the efficiency of the jury system" (18).

hizo eco de esta situación manifestando, en la resolución segunda, que parte de las objeciones formuladas contra la "cesura" "tiennent à l'organisation actuelle des juridictions et spécialement à la présence du jury".

(15) *Indictable offences* son las infracciones de mayor gravedad que deben ser juzgadas, en principio, por el tribunal del jurado previo *indictment* o acusación.

(16) WILLIAMS, ob. cit., págs. 301-302.

(17) WILLIAMS, ob. cit., pág. 302.

(18) WILLIAMS, ob. cit., pág. 303. Sobre la base del sistema norteamericano, MUELLER y BESHAROV abogan —en su estudio en multicopista y sin fecha *Bifurcation of criminal proceedings in the United States* (págs. 62 y s., principalmente)— por la introducción en Europa del proceso bifásico. Sus dos ventajas fundamentales son: a) Impedir que, conocidos el carácter y antecedentes del reo se puedan obtener conclusiones erróneas acerca de su culpabilidad, b) garantizar la inviolabilidad de la esfera privada del individuo mientras no se haya declarado su culpabilidad. Los mismos autores reconocen empero que la primera pretendida ventaja del sistema norteamericano desapa-

4. El proceso penal bifásico presupone una determinada concepción jurídico-penal, de la cual es consecuente corolario. Y esa concepción es la de la nueva defensa social. El mismo Ancel lo reconoce expresamente. La "cesura", escribe, aparece como una exigencia nueva de un derecho penal ampliamente impregnado de las ideas de prevención, de reintegración y de individualización (19), y subraya que no puede dar "ses résultats véritables que si l'on se place dans la perspective qu'il faut bien appeler celle de la justice pénale de défense sociale?" (20). Totalmente de acuerdo. Y aún nos permitimos añadir que estimamos que únicamente dentro de la perspectiva de la nueva defensa social la "cesura" puede tener sentido. O lo que es lo mismo, que los juristas o las legislaciones que partan de unas premisas jurídico-penales distintas han de rechazar lógicamente la "cesura" como un elemento extraño, inconciliable con sus concepciones fundamentales sobre la culpabilidad y la pena.

Según el Programa mínimo de la defensa social, fin verdadero del Derecho penal no es otro que la protección de la sociedad y de sus miembros contra la criminalidad. Y en los Estatutos de 6 de abril de 1956 se hizo constar que el sistema de defensa social, teniendo en cuenta los factores que concurren en el acto antisocial y las posibilidades de resocialización de su autor, tiende tanto a proteger a la sociedad contra los delincuentes como a preservar al individuo de delinquir o de recaer en la delincuencia. La eficacia de la reacción social se hace depender de una auténtica individualización (21) sobre la base de la resocialización del delincuente, que deviene la noción esencial de la política criminal del movimiento (22). No hay nada que objetar a que sobre este presupuesto se propugne la creación de una segunda fase en el proceso destinada a elegir la sanción penal adecuada a la situación y a las características individuales del sujeto. Pero si a la pena se le otorgan también otras finalidades u otra naturaleza, si la pena debe satisfacer ante todo exigencias retributivas, resulta absolutamente inconsecuente con estos fines la existencia de una segunda fase en el proceso penal en la cual la culpabilidad ya no será tomada en cuenta. Al prescindirse de la culpabilidad en el momento de la sentencia se imposibilita el cumplimiento del fin retributivo de la sanción penal.

rece en la práctica, en cuanto en los Estados Unidos se permite investigar en la fase del juicio oral, en casos excepcionales, acerca del carácter y los antecedentes del sujeto, y precisamente en los mismos casos en los que los tribunales europeos suelen ordenar la citada investigación. Respecto a la segunda supuesta ventaja puede argumentarse que la división del proceso no siempre garantiza la inviolabilidad de la esfera privada en la fase instructoria o de juicio oral, siendo numerosos los ejemplos en ese sentido.

(19) ANCEL, *La cesure*, cit., pág. 212.

(20) ANCEL, *La cesure*, cit., pág. 224.

(21) CHAZAL-ANCEL, *Introduction a Les enfants et adolescents socialement inadaptés*, París, 1958, pág. 7.

(22) Véase por todos: ANCEL, *Une définition de la Défense sociale?*, en "Rev. Science Crim. et Dr. Pen. Comp.", 1956, pág. 450.

Ahora bien, es un hecho cierto que para gran número de ordenamientos jurídicos y para una parte no despreciable de la doctrina de muy diversos países a la pena le es inherente la finalidad retributiva, sea como fundamento o como fin único, sea como componente de una más amplia gama de funciones (23). Y esto no sólo en el continente europeo o en países iberoamericanos, sino, lo que en principio pudiera parecer extraño, en la misma Inglaterra. Rico de enseñanzas es un artículo reciente del profesor Smith, de la Universidad de Nottingham, sobre la elección de la pena por los tribunales superiores ingleses. La infracción, escribe, ha sido considerada tradicionalmente en el *common law* como una falta moral merecedora de castigo (Blackstone, Denning) y esta concepción influye aún hoy en la elección de la pena. La misión del juzgador es la de hacer justicia, y con frase del juez Lord Asquith "es uno de los principios fundamentales de la justicia... que la pena sea proporcionada a la culpabilidad". De hecho, los tribunales de apelación ingleses modifican "sentences" si estiman que hay desproporción entre la infracción cometida y la pena pronunciada. Los jueces parten del postulado de que existe una pena apropiada para el delincuente que ha cometido una infracción determinada. La pena es "apropiada" no por asegurar su enmienda o por impedir, a él o a otros, cometer nuevas infracciones, es apropiada si es proporcionada a la iniquidad moral de la infracción. Aunque los jueces vacilan en emplear esta palabra, se trata, en efecto, afirma Smith, de "retribución" (24).

(23) A título simplemente ilustrativo, por no ser éste el lugar adecuado para ofrecer una amplia bibliografía sobre el problema a que nos referimos en el texto, nos permitimos remitir, respecto a Alemania: JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*. All. Teil, Berlín, 1969, págs. 49, 560 y s. Sobre los principios del nuevo Proyecto oficial alemán, véase: BARBERO SANTOS, *La reforma del codice penale germanico*, en "La Scuola Positiva", 1961, pág. 283. También el reciente Proyecto alternativo (*Alternativ-Entwurf*) parte del principio de culpabilidad por el hecho (parágrafos 2 y 59), lo cual, según uno de sus redactores, le aleja de un Derecho penal de pura prevención especial al estilo del postulado por la defensa social (BAUMANN, *Was erwarten wir von der Strafrechtsreform?*, en "Tübinger Festschrift für E. Kern", Tübinga, 1968, pág. 33). Respecto a Argentina: SOLER, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, 1963, II, pág. 344. NÚÑEZ, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, 1965, 2.ª ed., pág. 347, y el notable volumen *Jornadas de Derecho penal (Buenos Aires 22-27 de agosto de 1960)*, Buenos Aires, 1962, págs. 95 y s. Respecto a Chile: NOVOA MONREAL, *Curso de Derecho penal Chileno*, II, Santiago de Chile, 1966, pág. 313. Respecto a Italia: ANTÓN ONECA, *Las teorías penales italianas*, cit., págs. 17 y s. Respecto a Portugal: CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito penal*, Lisboa, 1961, págs. 119 y s. CORREIA, *Direito criminal*, Coimbra, 1965, I, págs. 39 y s. SOUSA E BRITO, *Direito criminal*, Lisboa, 1963, II, págs. 5 y s. (ed. en policopia). La generalidad de la doctrina española, por último —JIMÉNEZ DE ASÚA, ANTÓN ONECA, CUELLO, QUINTANO, BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, JIMÉNEZ HUERTA, etc.—, parte de premisas retributivas.

(24) SMITH, *Le choix de la peine dans les tribunaux supérieurs en Angleterre*, en "Rev. Science Crim. et Dr. Pen. Comp.", 1966, pág. 49. Según CROSS y JONES, *An Introduction to Criminal Law*, Londres, 1959, 4.ª ed., página 376, los tres fines principales de la pena son la retribución, intimidación y enmienda.

5. Del 3 al 5 de diciembre de 1951 se celebró en Bruselas un Seminario, organizado por las Naciones Unidas y bajo la presidencia de Cornil, sobre examen médico-psicológico y social de los delincuentes. Tanto la propuesta en favor de la conveniencia de obtener la máxima información posible sobre el imputado, incluso si parece "normal", como la de separar el examen científico del sujeto de la investigación judicial (destinada ésta a establecer la culpabilidad del acusado y aquél a decidir cómo debe ser tratado), chocaron con viva resistencia. A la primera se opuso abiertamente una de las secciones del Seminario: "It met with the strongest opposition in the judicial section", nos relata Cornil (25). Sobre la segunda el Dr. Baan hizo ver lo difícil que resulta en la práctica separar totalmente ambos procesos, ya que para conocer la personalidad del sujeto es necesario en muchos casos saber si cometió o no la conducta delictiva que se le imputa, y, en otros, sólo se puede llegar a determinar la responsabilidad del sujeto si se conoce su personalidad y ambiente.

La sección 2.^a del III Congreso internacional de defensa social, celebrado en Amberes del 20 al 24 de abril de 1954, se ocupó, bajo la presidencia de Ancel, de la escisión del proceso penal en dos fases. Relatores generales fueron Strahl y Levasseur, que presentaron unas brillantes ponencias. La discusión mostró, una vez más, por enfrentarse concepciones jurídico-penales y procesales opuestas, la imposibilidad de lograr una mínima base de asenso. Eliane Liekendael nos ha descrito sin ambages la situación en el propio *Bulletin de la Société Internationale de Défense Sociale* (1954, pág. 10); El problema de la división del proceso en dos fases, espinoso como pocos, dio lugar a debates del más vivo interés, pero en los que se enfrentaron opiniones tan radicalmente divergentes sobre cuestiones de principio que surge la duda de si será posible llegar alguna vez a conciliarlas. Y añade, si se tiene en cuenta que en la sesión de clausura numerosos participantes se abstuvieron de votar las resoluciones relativas a la 2.^a sección, es obligado admitir que el problema se encuentra aún lejos de estar resuelto (26).

El segundo tema —la división del proceso penal en dos fases— del próximo congreso de Roma de la Asociación Internacional de Derecho Penal, ha merecido dos reuniones preparatorias de estudios. La primera se ha celebrado en Estocolmo del 29 al 31 de agosto de 1968, y a la misma han asistido una quincena de penalistas, Schwartz, Andenaes, Graven, Bouzat, Cornil, Mueller, Strahl, Conso, etc. La

(25) CORNIL, *Introduction* al número 3 de la "International Review of Criminal Policy", 1953, pág. 5, dedicado al Seminario.

(26) La sección médica de la delegación italiana en el Congreso (profesores MACAGGI y CANEPA) estimó en su relación que, "desde el punto de vista médico, nos parece inoportuno la escisión del juicio en dos fases; la evaluación del hecho delictivo no debe separarse de la personalidad de su autor y viceversa. Las dos investigaciones deben efectuarse simultáneamente, tanto durante la instrucción como durante el proceso". Cfr. "Bulletin de la Société Intern. de Défense Sociale", 1954, pág. 49.

segunda, en Siracusa, en enero de este año. Las dos notas quizá más importantes del Coloquio de Estocolmo han sido: 1.º Corroborar la dificultad de conciliar las dispares concepciones existentes sobre el tema del proceso bifásico (27), y 2.º Confirmar el desvío de Cornil —antes uno de los más apasionados y cualificados defensores del proceso penal en dos fases— de sus antiguas convicciones.

Cornil manifestó abiertamente su separación de la “cesura” en un artículo que salió a luz en 1966 en el libro homenaje a la memoria del profesor Beza dos Santos. Parte Cornil en este artículo de que el proceso penal está cada vez más influenciado por concepciones análogas a las que presiden el tratamiento de los delincuentes. Y pone como ejemplos el Código procesal penal francés de 1958 que ha introducido una “enquête de personnalité” desde la fase sumarial (28). La ley belga de 29 de junio de 1964, que prevee en algunos casos la posibilidad de dejar en suspenso el pronunciamiento de la condena una vez comprobada la culpabilidad del sujeto. Y la ley también belga de 1.º de julio de 1964 (que modifica la de defensa social de 1930), que permite pronunciar la decisión sobre el internamiento bajo una forma absolutamente indeterminada (29). Estos ejemplos, según Cornil, revelan un desmoronamiento de la noción de pena basada únicamente en la prevención general. Y el convencimiento de que estas innovaciones legislativas se hallan en la línea de una evolución de carácter más general obligará a prescindir del proceso bifásico. Si la prevención general tiende a convertirse en un tratamiento individualizado, la “cesura” —que no era otra cosa que un expediente para hacer vivir en paz dos elementos antagonicos— no tendrá ya razón de ser y habrá que instaurar una modalidad única de procedimiento penal que abarque en un conjunto coherente el juicio y el tratamiento del delincuente (30).

El Precongreso de Siracusa, magníficamente organizado por el Grupo italiano de la Asociación internacional de Derecho penal, ha tenido lugar del 25 al 28 de enero de 1969, con asistencia de más de 200 penalistas de 15 países. Los temas de que se ha ocupado han sido: la división en dos fases del proceso penal y la extradición. Sobre el primero expuso al relación introductoria —de la cual era autor en colaboración con el Dr. Barletta Caldarera— el magistrado

(27) Véase CUCCHIARA, *Note per il Precongresso di Siracusa sui risultati del Colloquio di Stoccolma*, addenda a BARLETTA CALDARERA-CUCCHIARA, *La divisione del processo penale in due fasi*, Precongresso Internazionale, Siracusa, 1969, pág. 2.

(28) Sobre el examen médico psicológico y social, trascendente innovación del art. 81 del nuevo Código de procedimiento penal francés, véase VOÛIN, *L'individualisation de la répression dans le Code de Procédure pénale*, en “Rev. Science Crim. et Droit Pénal Comparé”, 1959, págs. 291 y s. ROCHE, *L'expertise médicale dans le nouveau Code de Procédure pénale*, misma Rev. y año, páginas 665 y s.

(29) CORNIL, *Declin de la cesure dans le procès pénal*, en “Estudos in memoriam” do prof. doutor José Beza dos Santos, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1966, págs. 224 y s.

(30) CORNIL, *Declin de la cesure*, cit., págs. 225 y s.

de Catania, Dr. Cucchiara. La relación de sistesis fue obra del profesor Conso, que había presentado una comunicación conciliadora.

Barletta y Cucchiara partieron en su ponencia de que a la pena es inherente una multiplicidad de fines y después de aludir a que quizá no sea extraño al tema fijado por la Asociación internacional de Derecho penal la idea de acabar formal y prácticamente con la pena para sustituirla por una determinada modalidad de tratamiento, reafirmaron la "insopprimibile esigenza della pena". Era lógico que con estas premisas se declaran adversarios del sistema bifásico, resultado al que les ha conducido también el análisis del proceso psíquico por medio del cual el juez, después de escuchar al imputado y a los testigos, logra una reconstrucción propia de los hechos y de su valoración (31).

Conso, por su parte, ha pretendido en su propuesta —en cuya elaboración ha intervenido una comisión integrada entré otros por De Mattia, Malinverni, Pedrazzi, etc.— conciliar los dos sistemas mono y bifásico del proceso. ¿Por qué medio? Por la única vía que ha estimado hacedera: la de prever alternativamente, según los casos, la adopción de una u otra clase de proceso. Rechaza Conso la solución de confiar al legislador la determinación de las respectivas hipótesis, salvo en lo que afecta a los delitos más leves, para excluirlos *a priori* de la posibilidad del proceso bifásico. En todos los demás delitos corresponderá al juez que conozca de la causa el determinar si en el momento de la decisión sobre el hecho dispone de elementos suficientes para pronunciar una sentencia conjunta, o sólo para pronunciarse sobre el hecho, dejando para un segundo momento el precisar el tratamiento. Únicamente en este segundo supuesto se desdoblara el proceso, es decir, cuando la personalidad del sujeto no resultase "compiutamente delineata" en el momento de decidirse sobre el hecho. A Conso le basta con que en la segunda fase sea competente el mismo órgano que en la primera, sin exigir la identidad física del juzgador, pero estima necesario que la segunda fase finalice a más tardar dos meses después de pronunciada la sentencia parcial (32).

Numerosos participantes en el Precongreso de Siracusa no se sentían inclinados a compartir siquiera la posición conciliadora de Conso. Por ello, la resolución final —aprobada con dos votos tan sólo en contra, lo que muestra que reflejó la postura de los congresistas— viene a significar una línea media entre la tesis conciliadora de Conso y la que rechaza el proceso en dos fases; o sea, que es aún más desfavorable para el proceso bifásico que aquélla, sobre la base de que en Siracusa, por tratarse de un precongreso, no era dable inclinarse por decisiones radicales, sino únicamente ofrecer un posible punto de partida para la amplia discusión que sobre el tema habrá de sostenerse en septiembre en Roma.

(31) BARLETTA-CUCCHIARA, *La divisione del processo penale in due fasi*, cit., *passim*.

(32) CONSO, *La divisione del processo penale in due fasi*, Precongresso internazionale, Siracusa, 25-28 gennaio, 1969, *passim*.

Este fue el tenor de la resolución citada:

El Precongreso internacional de Derecho penal de Siracusa, reafirmando la necesidad de que la sanción penal responda al triple fin de la retribución, de la prevención y de la reeducación, y de que, en la aplicación de la pena, el juez tenga en cuenta —para elegir e individualizar de forma adecuada la sanción— no solamente la gravedad del hecho, sino también la personalidad del culpable; estima que la posibilidad de prever una división del proceso en dos fases sólo es concebible en el caso de que el juez, a causa del limitado período de tiempo transcurrido entre la comisión del delito y la sentencia, no se encuentre en condiciones de realizar una investigación profunda, en particular en lo que afecta al carácter del culpable.

En esta limitada perspectiva, el Precongreso emite el voto de que en un eventual proceso en dos fases se garanticen:

1. La inmutabilidad del juez en las dos fases.
2. El transcurso de un período de tiempo lo más breve posible entre el fin de la primera fase del proceso y el comienzo de la segunda, la cual se destina a estudiar de forma completa la personalidad del imputado.
3. La posibilidad de acudir, en la segunda fase, a la colaboración de especialistas.
4. Adecuadas garantías para la defensa, en la segunda fase del proceso.
5. La obligación de fundamentar minuciosamente la sentencia condenatoria, también en lo que afecta a la personalidad del culpable (33).
6. Reafirmada en el preámbulo de la resolución que acabamos de transcribir la necesidad de que la pena satisfaga a una multiplicidad de fines, era lógico que las posibilidades que se otorgasen al proceso bifásico fuesen muy limitadas; a pesar de que en la resolución se subraye asimismo la necesidad de tomar en cuenta la personalidad del culpable en la aplicación de la pena.

En la segunda parte del mencionado preámbulo se han tenido presentes aquellos casos en los cuales el juzgador debe pronunciar la sentencia dentro de unos plazos perentorios y bajo ciertas condiciones. V. gr., los supuestos que en el ordenamiento procesal italiano se juzgan por el procedimiento especial denominado “giudizio direttissimo”, que se caracteriza por prescindir de la fase de instrucción e iniciarse inmediatamente con el juicio oral. Las disposiciones que regulan el “giudizio direttissimo” han sido dictadas, según Ranieri, en consideración más que a la evidencia de la prueba, a la celeridad —al carácter ejemplar— con que se desea llegar a la decisión (34).

(33) La Comisión científica que redactó la resolución estaba compuesta por los profesores Siracusanos (presidente), Visky (Budapest), Feller (Jerusalén), Barbero Santos (Murcia), Petoello Mantovani (Camerino) y Mueller (Nueva York) y por los magistrados italianos Icardi, Cucchiara y Finocchiaro.

(34) RANIERI, *Manuale di Diritto processuale penale*, Padua, 1965, 5.ª ed., páginas 404 y ss.

Pero si lo que se pretende con estos procesos sumarios es ante todo un fin de ejemplaridad, mal se acomoda este fin —que encuentra su expresión en el momento de dictarse la sentencia condenatoria— con una demora en el pronunciamiento de esta sentencia hasta que se conozca suficientemente la personalidad del sujeto. Salvo que la ejemplaridad a que se aspira pueda lograrse con la sola determinación de la culpabilidad. Lo que parece dudoso.

En cualquier caso únicamente dentro de esta limitada perspectiva se ha inclinado el precongreso de Siracusa por un eventual proceso en dos fases, supeditándolo a su vez a una serie de requisitos, entre los cuales parece oportuno mencionar la exigencia de la inmutabilidad del juez en las dos fases del proceso. Con esta exigencia, empero, ha terminado por reconocer la importancia que otorga a la “unidad” valorativa de las dos fases, o, lo que es lo mismo, a lo que en ellas se decide, la culpabilidad y la personalidad del sujeto. Con lo cual, a nuestro modo de ver, ha llegado a un resultado que es exactamente el contrario del que pretende la institución de la “cesura”.

