Revista lus et Praxis, Año 18, N° 2, 2012, pp. 481-486 ISSN 0717 - 2877 Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales "Fundamentos de Derecho Procesal Penal Nieva Fenoll, Jordi, Editorial B de F, Buenos Aires, 2012" Sem Sandoval Reyes

## FUNDAMENTOS DE DERECHO PROCESAL PENAL\*

NIEVA FENOLL, JORDI, EDITORIAL B DE F, BUENOS AIRES, 2012. 336 PP.

SEM SANDOVAL REYES\*\*

De profusa producción bibliográfica, el profesor barcelonés de la referencia, esta vez centra sus esfuerzos en la elaboración de una obra que –según su declarado propósito–, más que la profundización monográfica, aspira a realizar un análisis de los institutos perennes de Derecho procesal penal según se manifiestan en abstracto en diversos ordenamientos jurídicos específicos. El estudio de la obra tratada, no sólo nos permite afirmar la realización del señalado designio, sino también avalar el sentido de las *palabras previas* que preceden al conjunto, según las cuales, conocidos los principios y datos esenciales de la materia por el lector, "...sólo se requerirá, de hecho, una breve instrucción procedimental para adaptarse a cualquier sistema jurídico en el que se desee actuar".

Su estructura, no alejada de los senderos que traza nuestro Código procesal penal en vigor, principia los nueve capítulos de que se compone, con "los sistemas y principios de la jurisdicción penal", "el objeto del juicio" y "los sujetos" (caps. I-III). Sirviéndome del símil de la etapa de investigación nuestra, cabe destacar que Nieva dedica los capítulos IV y V, a "la instrucción" y "las medidas cautelares". En dicho transcurso, tal como lo haría nuestro procedimiento ordinario por crimen o simple delito, se aboca a "la fase intermedia", arribando en definitiva a "la prueba", "el juicio jurisdiccional penal" y "los medios de impugnación" (caps. VI-IX).

En los tres primeros — principios, objeto y sujetos—, asume la tarea de caracterizar y distinguir los modelos procesales penales inquisitivos y acusatorios. Destaca, en este sentido, la sencillez de una pluma que desde lo pretérito explica una evolución que desemboca en lo moderno, situándolo en una perspectiva desde la cual la conclusión definitiva en torno al modelo que rige en un Estado dependerá fundamentalmente de los factores acusación y el juzgamiento, se-

<sup>\*</sup> Colaboración recibida el 5 de octubre y aprobada el 22 de octubre de 2012.

<sup>&</sup>quot;Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Valparaíso. Profesor ayudante de Derecho procesal, Escuela de Derecho Universidad de Valparaíso. Correo electrónico: ssr@mackaycia.cl.

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> NIEVA FENOLL, Jordi, *Fundamentos de Derecho procesal penal,* Editorial B de F, Buenos Aires, 2012, p. XI.

gún se encuentren o no confundidas en un determinado protagonista: el juez penal.

Los vicios de cada modelo son abordados con claridad. Según el autor, situaciones de la señalada estirpe no gravitan sólo en el color del procedimiento, pues éstos no son asépticos a las estructuras que animan un sistema penal. En este sentido, por tanto, no debe creerse que un modelo de corte acusatorio resulta infalible a los vicios de la norma y práctica inquisitorial<sup>2</sup>.

En el seno del procedimiento el autor sitúa la imputación del hecho denigrativamente apostrofado "delictivo", o lo que estima igual, su *objeto*. El aporte estriba en la fórmula propuesta para su correcto establecimiento –cuestión de relevancia no menor, de cara a la cosa juzgada y la litispendencia—, la que consiste en atender a los datos concretos que conforman en cada caso la *materia iudicandi*, alejándose, por tanto, de criterios desarrollados para lo procesal civil, de difícil y no cómoda aplicación en esta sede procesal<sup>3</sup>.

En el tercer capítulo, seis *sujetos* participantes en el procedimiento penal son analizados resaltando la esencia y facultades de cada uno. El protagonismo lo tienen, como es lógico, "las partes acusadas", el "ministerio fiscal" y "la policía judicial", sin perjuicio de destacar un interesante acápite relativo al juzgamiento por jurados<sup>4</sup>.

En cuanto al fondo, el señalado capítulo destaca dos problemas procesal penales. Primero, "la jurisdicción internacional" y "el problema de jurisdicción en los delitos cometidos a través de internet"; y segundo, la visión del autor en torno al trabajo del ministerio fiscal y la policía judicial. Si el primero desafía concepciones tradicionales, el segundo no resulta de menor complejidad. Esto se sortea rechazando el "imperialismo jurisdiccional" y proponiendo bases para una regulación, en el primer caso; y en el segundo, instando por una mayor coordinación entre la policía judicial —que es la que verdaderamente investiga— y el ministerio fiscal, el que regido por la presunción de inocencia debe obrar en consecuencia tanto en lo que respecta a la instrucción y sus vestigios, como en las fases posteriores del procedimiento, al punto de defender la absolución<sup>5</sup>.

En lo tocante a la *instrucción* y *medidas cautelares*, ésta es concebida como una fase orientada hacia el recogimiento de vestigios de delito y aseguramiento de la persona y los bienes del acusado, la que encierra la potencia o, a las claras, afecta derechos fundamentales en pos de su eficacia, adquiriendo

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Nieva, Fundamentos, cit. nota n. 1, pp. 2, 5, 7-8.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Nieva, Fundamentos, cit. nota n. 1, pp. 25-27.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Nieva, Fundamentos, cit. nota n. 1, pp. 33, 47, 53, 65, 77.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Nieva, Fundamentos, cit. nota n. 1, pp. 36, 39, 44, 57-60, 61-63.

protagonismo entre otros, *sujetos* como la policía judicial, cuyo control de actuación o convalidación puede tener lugar en forma previa, por el ministerio fiscal, aunque necesariamente en definitiva, por el juez penal, sin perjuicio de aquellos ámbitos en los que se reconocen a la policía judicial cotas limitadas de autonomía.

En relación con lo expuesto, resulta de especial interés la relación de tres nociones presentes en el texto: proscripción de la *inquisitio generalis, atestado policial*, y la práctica de *diligencias de investigación*. De la tríada se infiere una idea fundamental: no resulta procedente obrar contra un acusado sin un indicio racional de criminalidad, sin perjuicio que, dado el caso de practicar diligencias, éstas según su especie, adicionan –más no rebajan– exigencias en resguardo de sus derechos fundamentales, cuestión de especial importancia sobre todo en aquellos contextos en que la policía cuenta con facultades para obrar de propia autoridad, tales como los no pacíficos *"cacheos"* y *"la recogida de vestigios biológicos de acceso inmediato y consumo de tóxicos"*6.

De la mano con la concepción de *aseguramiento* de la instrucción, Nieva trabaja en el capítulo quinto, *las medidas cautelares*. Parte desde una aproximación general, en que para la determinación del *fumus delicti commisi*, propone la utilización de un juicio de probabilidad en la obtención de una sentencia condenatoria; compendiando el *periculum libertatis* en el peligro de fuga, de destrucción de pruebas y/o en la reiteración delictiva. Posteriormente, en particular, analiza con detalle *"la citación cautelar"*, *"la detención"*, *"la prisión provisional"* y la durísima *"incomunicación"*. Lo novedoso esta vez estriba en la referencia a la *vigilancia telemática*, la que si bien no es concebida como una medida autónoma, por su naturaleza fortalece el catálogo de las llamadas *"variedades de libertad provisional"*.

Prestos al desenlace, los cuatro capítulos consecuentes, con mayor potencia que el *iter* precedente, giran en torno al proceso, la valoración de la prueba y la debida fundamentación de la sentencia penal, sin perjuicio de su vía recursiva.

El dilema del sobreseimiento o la formulación de la acusación anima en gran parte el capítulo previo a la prueba y el proceso — la fase intermedia—. Una breve reseña a la segunda, se compensa con el tratamiento otorgado a lo primero, en especial, al diferenciar el sobreseimiento provisional del libre, en cuya última fórmula se inscribe el autor, tanto por resultar verdaderamente coherente con la presunción de inocencia, como por no compartir la decisión legislativa de ordenamientos que perpetúan instrucciones y procedimientos estériles por medio

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Nieva, Fundamentos, cit. nota n. 1, pp. 99-105, 117, 119, 126, 131, 134-135.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Nieva, Fundamentos, cit. nota n. 1, pp. 100, 160, 162, 165, 168, 171, 181, 194.

del expediente de la resolución provisional, sean de fuente fiscal o judicial. En seguida, por medio del rótulo de *la conformidad*, NIEVA expone manifestaciones de fórmulas de justicia negociada, de cuyas diferentes experiencias comparadas demuestra erudición<sup>8</sup>.

La práctica y valoración de *la prueba*, sin duda, son concebidas como la actividad central del proceso. En esta línea, el capítulo respectivo principia restando toda eficacia probatoria a las diligencias de instrucción y a la vez –precisando que no todo lo oficial es inquisitivo—, con la venia a la iniciativa probatoria del juez en supuestos de necesario esclarecimiento de los hechos. La senda prosigue con los *medios de prueba*, los que son analizados en particular y en forma sucesiva con arreglo a su tradicional preponderancia en la materia, es decir, desde *los interrogatorios* hasta la prueba *documental*, la que, por lo menos desde el siglo XX, sencillamente no tiene la misma complexión que antaño en términos de relevancia<sup>9</sup>.

Una propuesta surge a propósito del resultado probatorio, el que necesariamente debe ser ponderado conforme a la presunción de inocencia. Al respecto, tratándose de las declaraciones, el autor sugiere pasar desde una valoración intuitiva a otra coherente con postulados propios de la psicología del testimonio, exponiendo cuatro circunstancias objetivas de valoración de las declaraciones; en el mismo sentido, tratándose de la prueba documental, nos impele a avanzar desde la simple lectura u observación –en caso de un documento multimedia–, hacia su necesaria interpretación, que para la hipótesis de contener palabras insta a ponderar valiéndonos de la semiótica textual, la que coadyuvará a desentrañar su sentido. Lo expuesto, según el mismo, beneficia la motivación de la sentencia penal y su eventual vía recursiva, cuyo decidido tratamiento se contiene en las últimas planas de la obra recensionada<sup>10</sup>.

Las postrimerías de la ponderación probatoria culminan donde principia la redacción de la sentencia penal. Llegado este minuto, Nieva trata dos aspectos de interés procesal, el primero: el de la *congruencia procesal*, cuya problemática de fondo es enfocada desde la perspectiva del derecho de defensa y no desde la imparcialidad del tribunal –propia de quienes sostienen que esta temática guarda conexión con el principio acusatorio—. El segundo, tiene lugar al tratar la eficacia negativa y positiva de la cosa juzgada material, cuyo último efecto no es tradicionalmente admitido por la doctrina. Según el mismo, la falta de reconocimiento del citado se traduce en una auténtica disfunción que puede ocasionar fallos contradictorios de manera innecesaria, lo que sin perjuicio del

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> Nieva, Fundamentos, cit. nota n. 1, pp. 206-210, 215-222.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Nieva, Fundamentos, cit. nota n. 1, pp. 225, 231-275.

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> Nieva, Fundamentos, cit. nota n. 1, pp. 233-235, 267-268, 282-285.

postulado, es tratado en sendas hipótesis concretas e intentado corregir proponiendo mecanismos para su evitación<sup>11</sup>.

En definitiva, celebramos la recepción de la obra reseñada, la que al amparo de un cada vez más prominente sello editorial, supera con creces el modesto propósito en principio trazado. La fisonomía del conjunto sin duda resultará de interés, en especial para el estudiante y el profesor, quienes aún no compartiendo todos los postulados y el tratamiento otorgado, encontrarán aquí –explícita o implícitamente– una principal virtud: otra mirada, una experiencia comparada, interrogantes y una serie de planteamientos abiertos al debate que instan por la dedicación e intentos de solución para una parte de la justicia que, viva también en un ordenamiento jurídico específico como el nuestro, comparte con las restantes, el ser fuente de los fulgores que por la vía de la abstracción sirvieron de móvil a los esfuerzos del autor.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> Nieva, Fundamentos, cit. nota n. 1, pp. 293, 297, 301-306.