



# Revista Brasileira de **Direito** **Processual** **Penal**

Volume 8 - Nº 03 - set./dez. 2022

ISSN 2525-510X

<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i3>

*Dossiê*

*“Prova testemunhal no processo penal, entre o direito interno e supranacional: testemunhas protegidas, interferência midiática, direito ao contraditório”*



Publicação fomentada pelo CNPq  
(Chamada 15/2021 Programa Editorial)







IBRASPP

## EXPEDIENTE / MASTHEAD

---


### EDITORES-CHEFES / EDITORS-IN-CHIEF



Prof. Dr. Vinicius Gomes de Vasconcellos (Universidade Estadual de Goiás – Goiânia/GO, Brasil; Universidade Católica de Brasília, - Brasília/DF, Brasil; Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP - Brasília/DF, Brasil)  

Prof. Dr. Nereu José Giacomolli (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS, Brasil)  

### EDITORES-ASSOCIADOS / ASSOCIATE-EDITORS



Prof. Dr. André Machado Maya (Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul– Porto Alegre/RS, Brasil)  



Prof. Dra. Bruna Capparelli (Alma Mater Studiorum - Università di Bologna, Bologna, Italia) 

Prof. Dr. Caíque Ribeiro Galícia (Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Faculdade Campo Grande e Faculdade Mato Grosso do Sul – Campo Grande/MS, Brasil)  


Prof. Dr. Pier Paolo Paulesu (Università di Padova, Padova, Italia) 



### EDITORES-ASSISTENTES / ASSISTANT-EDITORS



Me. Ana Paula Gonzatti da Silva (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre/RS, Brasil)  

Prof. Dr. Bruno Augusto Vigo Milanez (Universidade Federal do Paraná, Curitiba/PR, Brasil)  



Me. Daniela Dora Eilberg (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre/RS, Brasil)  



Prof. Dra. Elisa Lorenzetto (Università degli Studi di Verona, Verona, Italia) 

Prof. Dr. Felipe da Costa De-Lorenzi (Universidade Federal de Rio Grande, Rio Grande/RS, Brasil)  

Prof. Dra. Manuela Abath Valença (Universidade Federal de Pernambuco, Recife/PE, Brasil)  

Me. Mattia Giangreco (Università degli Studi di Catania, Catania, Italia) 

Dra. Michelle Barbosa de Brito (Pesquisadora independente, Belém/PA, Brasil)  

Prof. Dra. Priscila Machado Martins (Universidad de los Andes, Santiago, Chile)  

Prof. Dr. Rafael de Deus Garcia (titulo Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP - Brasília/DF, Brasil)  

#### CONSELHO EDITORIAL / EDITORIAL BOARD

Profa. Dra. Claudia Cesari, Università degli Studi di Macerata, Macerata, Italia

Prof. Dr. Gabriel Ignacio Anitua, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina

Prof. Dr. Germano Marques da Silva, Universidade Católica de Lisboa, Lisboa, Portugal

Prof. Dr. Giulio Illuminati, *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna, Bologna, Italia

Prof. Dr. Juan Montero Aroca, Universidad de Valencia, Valencia, España

Profa. Dra. Livia Giuliani, Università degli Studi di Pavia, Pavia, Italia

Profa. Dra. Lorena Bachmaier Winter, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España

Prof. Dr. Manuel Monteiro Guedes Valente, Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, Portugal

Prof. Dr. Máximo Langer, University of California, Los Angeles, United States

Prof. Dr. Michele Caianiello, *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna, Bologna, Italia

Prof. Dr. Paolo Ferrua, Università degli Studi di Torino, Torino, Italia

Prof. Dr. Rafael Hinojosa Segovia, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España

Prof. Dr. Raúl Cervini, Universidad Católica de Uruguay, Montevideo, Uruguay

Prof. Dr. Renzo Orlandi, *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna, Bologna, Italia

Prof. Dr. Rui Cunha Martins, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal

Prof. Dr. Stefano Ruggeri, Università degli Studi di Messina, Messina, Italia

Prof. Dra. Teresa Armenta Deu, Universidad de Girona, Girona, España

Prof. Dra. Vania Patanè, Università degli Studi di Catania, Catania, Italia

**PARECERISTAS (DESTE NÚMERO) / REVIEWERS (OF THIS NUMBER)**

Ana Cristina Gomes (Universidad de Salamanca, Salamanca, Espanha)

Ana Isabel Blanco (Universidad de Valencia, Valencia, España)

André Mirza (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP - Brasília/DF, Brasil)

Anna Carolina Canestraro (Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil)

Antonio E. Ramires Santoro (Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/RJ, Brasil)

Antonio Henrique Graciano Suxberger (Centro Universitário de Brasília - Brasília/DF, Brasil)

Bruna Angotti (Universidade Presbiteriana Mackenzie - São Paulo/SP, Brasil)

Carlos del Río Ferretti (Universidad Católica del Norte, Antofagasta, Chile)

Cesar Augusto Silva da Silva (Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil)

Chiavelli Fazenda Falavigno (Universidade Federal de Santa Catarina - Florianópolis/SC, Brasil)

Daiana Santos Ryu (Universidade de São Paulo - São Paulo/SP, Brasil)

Dimas Fagundes Reis (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP - Brasília/DF, Brasil)

Diogo Malan (Universidade Federal do Rio de Janeiro e Universidade Estadual do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro/RJ, Brasil)

Dominik Brodowski (Universität des Saarlandes, Saarbrücken, Germany)

Elena Laro-González (Universidad de Sevilla, Sevilla, España)

Fábio Ramazzini Bechara (Universidade Presbiteriana Mackenzie - São Paulo/SP, Brasil)

Federico Lefranc Weegan (Universidad Modelo, Mérida, Mexico)

Fernanda Regina Vilares (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP - Brasília/DF, Brasil)

Flávio da Silva Andrade (Universidade Federal de Minas Gerais - Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil)

Franklyn Roger Alves Silva (Universidade Estadual do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro/RJ, Brasil)

Guilherme Brenner Lucchesi (Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil)

Guilherme Brenner Lucchesi (Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil)

Gustavo Noronha de Ávila (Universidade Estadual de Maringá, Maringá, Paraná, Brasil)

Hanna Kuczyńska (Institute of Law Studies, Polish Academy of Science, Warsaw, Poland)

Hugo Luz dos Santos (City University of Macau, Macau, People's Republic of China)

Hugo Soares (Humboldt Universität zu Berlin, Berlin, Alemanha)

José de Assis Santiago Neto (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - Belo Horizonte/MG, Brasil)

Karolina Kremens (Uniwersytet Wrocławski, Wrocław, Poland)

Laura Viviana Mayer Lux (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile)

Leonardo Costa de Paula (Faculdade Cenecista - Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil)

Luiza Borges Terra (Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España)

Maria Luisa Dominguez Barragan (Universidad de Sevilla, Sevilla, España)

Michelle Girona Cabrera (Pontifícia Universidade Católica do Paraná - Curitiba/PR, Brasil)

Miren Josune Pérez Estrada (Universidad del País Vasco, Bizkaia, España)

Mónica María Bustamante Rúa (Universidad de Medellín, Medellín, Colômbia)

Nestor Eduardo Araruna Santiago (Universidade Federal do Ceará e Universidade de Fortaleza - Fortaleza, Ceará, Brasil)

Pablo Polese de Queiroz (Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil)

Paloma Arrabal Platero (Universidad Miguel Hernández de Elche, Alicante, España)

Patrick Cacicedo (Universidade de São Paulo - São Paulo/SP, Brasil)

Patrick Cacicedo (Universidade de São Paulo - São Paulo/SP, Brasil)

Raquel Lima Scalcon (Fundação Getúlio Vargas, São Paulo/SP, Brasil)

Rodrigo Régnier Chemim Guimarães (Centro Universitário de Curitiba -  
Curitiba/PR, Brasil)

Teresa Lancry A. S. Robalo (University of Macau, Macau SAR, China)

Túlio Felipe Xavier Januário (Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal)

PROJETO GRÁFICO [DIAGRAMAÇÃO E CAPA] Camila Provenzi ([be.net/camilaprovenzi](http://be.net/camilaprovenzi))

## Sumário

**1065 Dossiê: “Prova testemunhal no processo penal, entre o direito interno e supranacional”**

*“Testimonial evidence in criminal procedure, between domestic and supranational law”*

- 1067 *Editorial* – An overview on the “crisis” of testimonial evidence as a judicial decision making tool, between ECHR and Italian Criminal Proceeding: protected witnesses, media interference, principle of immediacy and right to cross-examination.

*Editorial – Uma visão geral sobre a “crise” da prova testemunhal como um instrumento de decisão judicial, entre o TEDH e o processo penal italiano: testemunhas protegidas, interferência da mídia, princípio da imediação e direito ao exame cruzado*

**Pier Paolo Paulesu**

- 1093 Declaración de personas vulnerables y preconstitución de la prueba en el proceso penal

*Witness statement of vulnerable persons and preconstitution of evidence in criminal proceedings*

**Coral Arangüena Fanego**

- 1127 Delitos contra la administración de justicia ante la Corte Penal Internacional y el desarrollo del derecho internacional penal ante la manipulación de testigos: Comentario jurisprudencial al caso Bemba II

*Crimes against the administration of justice before the International Criminal Court and the development of international criminal law in the face of witness tampering: case-law commentary on Bemba II*

**Walter Arévalo-Ramírez**

- 1157 Conflicting interests of witnesses and defendants in a fair criminal trial – can a hearing by videoconference be the best instrument to reconcile them?

*Conflito de interesses entre testemunha e pessoa acusada em uma persecução penal justa – a oitiva por videoconferência pode ser um instrumento para solução?*

**Arkadiusz Lach**

**Maja Klubińska**

**Renata Badowiec**

**1201 Status of a child witness involved in the offence of an adult in criminal procedure – European Union standards**

*Situação da testemunha infantil ouvida no processo penal de delito cometido em coautoria com adulto – parâmetros da União Europeia*

**Justyna Głębocka**

**1229 Presuntivismo e falsa contraposição entre mentira e verdade: duas possíveis causas para seguirmos ignorando o impacto de fatores como a passagem do tempo e as informações pós-evento no processo penal. Três propostas sobre o que fazer.**

*Presuntivism and false dichotomy between lie and truth: two possible reasons why we continue to ignore the impact of factors such as retention interval and post-event information in criminal procedure. Three proposals about what to do*

**Vitor de Paula Ramos**

**1261 Fundamentos de Direito Processual Penal**

***Fundamentals of Criminal Procedure***

**1263 Vigencia de la dogmática penal en los sistemas de enjuiciamiento criminal que coexisten en Colombia. *In memoriam de Bernardo Gaitán Mahecha***

*Criminal dogmatics' validity in criminal prosecution systems in Colombia In memoriam of Bernardo Gaitán Mahecha*

**Norberto Hernández-Jiménez**

**José Fernando Mestre-Ordoñez**

**1299 Persecução penal: investigação, juízo oral e etapa recursal**

**Criminal prosecution: investigation, public oral trial and appeal**

**1301 No siempre el procedimiento monitorio es garantía de eficiencia en el proceso penal: el caso de Portugal y España**

*The admonition procedure is not always a guarantee of efficiency in the criminal process: the case Portugal and Spain*

**Guillermo Oliver**



- 1335 The Regulation of Money Laundering and Corporate Criminal Responsibility in Spain: compliance as a key for Virtual Asset Service Providers

*La regulación de blanqueo de capitales y la responsabilidad penal de la persona jurídica en España: compliance como clave para los proveedores de servicio con activos virtuales*

**Ayelén Anzola**

**Marina Oliveira Teixeira dos Santos**

- 1371 Le cause degli errori giudiziari e i meccanismi di prevenzione e riparazione delle condanne e imputazioni ingiuste

*The causes of miscarriages of justice and the mechanisms for preventing and remedying wrongful convictions and charges*

**Domenico Mastro**

## **1417 Teoria da Prova Penal**

### **Criminal evidence theory**

- 1419 A vueltas con la duda razonable y la lógica difusa: ¿necesitamos una regla heurística?

*In between any reasonable doubt and the fuzzy logic: do we need a heuristic rule?*

**Juan Sebastián Vera**

- 1463 O *malware* como meio de obtenção de prova e a sua implementação no ordenamento jurídico brasileiro

*Malware as a means of obtaining evidence and its implementation in the Brazilian legal system*

**Gustavo Alves Magalhães Ribeiro**

**Pedro Ivo Rodrigues Velloso Cordeiro**

**Débora Moretti Fumach**

## **1501 Processo Penal Internacional e Cooperação Jurídica**

- 1503 The Extradition Bill of Hong Kong revisited, the National Security Law and the irony of human rights protection in "one country, two systems"

*A Proposta de Lei da Extradicação de Hong Kong revisitada, a Lei da Segurança Nacional e a ironia da proteção de direitos humanos em "um país, dois sistemas"*

**Miguel Lemos**

**Miguel João Costa**

- 1537 "Criminal or nay?" Migrants' administrative detention within the IAHRs: lessons (not) learned by Europe

*"Penale o no?" La detenzione amministrativa dei migranti all'interno del Sistema Interamericano dei diritti umani: lezioni (non) imparate dall'Europa.*

**Lorenzo Bernardini**

## **1605 Processo Penal em Perspectiva Interdisciplinar**

- 1607 Discriminación en la persecución penal. Acerca de las diferencias entre delitos intracarcelarios y delitos cometidos fuera de prisión.

*Discrimination in criminal prosecution. On the differences between crimes committed in prison and crimes committed outside prison.*

**Jörg Alfred Stippel**

**Paula Medina González**

**Dossiê:**  
**“Prova testemunhal no  
processo penal, entre o  
direito interno e supranacional”**

---

*“Testimonial evidence in  
criminal procedure, between  
domestic and supranational law”*

---


## **Editorial – An overview on the “crisis” of testimonial evidence as a judicial decision making tool, between ECHR and Italian Criminal Proceeding: protected witnesses, media interference, principle of immediacy and right to cross-examination.**

*Editorial – Uma visão geral sobre a “crise” da prova testemunhal como um instrumento de decisão judicial, entre o TEDH e o processo penal italiano: testemunhas protegidas, interferência da mídia, princípio da imediação e direito ao exame cruzado*

**Pier Paolo Paulesu<sup>1</sup>**

University of Padua, Padua, Italia; University of Innsbruck, Innsbruck, Austria.

pierpaolo.paulesu@unipd.it

 <https://orcid.org/0000-0002-2152-0190>

---

**ABSTRACT:** We know that science is a precious ally for the judge in the search for truth. But we also know that every coin has its flipside. Science can in fact constitute a false ally for the judge, dangerously channeling the process towards judicial error. The matter is well known. Criminal justice now draws heavily on the results of science, but has to deal with its overt fallibility. Often the process becomes the place where experts and consultants reveal the gaps in those same disciplines that should instead correctly orientate the decisions of criminal judges. Therefore, the Criminal trial always needs witnesses. Especially witnesses against the accused, of course. However testimonial evidence as a fundamental judicial decision making tool is in crisis today. A crisis that has come about as a result of the downsizing of the right of the accused to effectively cross-examine the witnesses testifying against him (or her), thereby reducing the chances for the judge to perceive the witness's story in the best possible way. Hence the risk of significantly lowering the quality standard of criminal sentences. The crisis of testimony in the criminal trial can be attributed to two factors. The first reason. The multiplication of protected witnesses on the trial scene. Figures

---

<sup>1</sup> PhD in Law. Full Professor of Criminal Procedure. University of Padua, Italia. University of Innsbruck, Austria.

who, as a sort of counterpart for their contribution to the assessment, require high, constant and diversified levels of protection: “fragile” and vulnerable people, minors, the mentally ill, witnesses of justice, or “anonymous” witnesses” (undercover agents). As we can see, as a rule, we are dealing with persons who usually testify against the accused. At the level of European and Italian law and jurisprudence the trend is clear. The needs of protection for these categories of witnesses result in a reduction in the number of hearings, and therefore the opportunities for dialectical confrontation between the accused and the witness. This may also result in the push to “personalization” of the methods used for that confrontation, by adapting it to the protection needs to be met. In some cases those forms of protection could be used to get more genuine information from the witness, but we also cannot underestimate the opposite risk of obtaining qualitatively less reliable statements: because they might be too conditioned by those protection needs, precluding the defender of the accused the possibility of deepening some controversial points. The second reason. At the national and European political level, the idea now prevails that the speed of Criminal justice is the primary instrument by which to calibrate the standard of reliability and solidity of an economically advanced State. This mainstream perspective is the fruit of an exasperated and erroneous conception of the principle of the reasonable duration of the trial (Art. 6 par. 1 ECHR and Art. 111 par. 2 Italian Constitution). The *time factor* is now an absolute, apical and absorbing value in the Criminal trial, which seems capable of negatively impacting the quality of the witness evidence as well: we refer, in particular, to the recent so-called Cartabia Reform of the Italian Code of Criminal Procedure, where a weakening of the fundamental principle of immediacy is clearly perceptible. That is, the judge attending the construction of the oral evidence and the judge who must adopt the judgment must be the same. When the trial judge changes, the idea is that immediacy can be easily replaced by technology (the audiovisual recording of the testimony before the first judge and subsequent viewing of the recording by the new judge).

**KEYWORDS:** Criminal Trial; Adversarial system; Judicial efficiency and procedural speed; Testimonial Evidence; The right of the accused to examine the witnesses against him; Protected victims; Anonymous witnesses; Media witnesses; Contradictory; orality; immediacy; Appeal judgement and testimonial evidence.

**RESUMO:** *Sabemos que a ciência é uma preciosa aliada do juiz na busca pela verdade. Mas também sabemos que toda moeda tem a sua outra cara. A ciência*

*pode, de fato, ser uma falsa aliada do juiz, potencializando perigosamente o erro judicial no processo. O assunto é bem conhecido. A justiça criminal agora se fundamenta fortemente nos resultados da ciência, mas tem que lidar com sua sabida falibilidade. Muitas vezes, o processo torna-se o lugar onde peritos e pareceristas revelam as lacunas nessas mesmas disciplinas que deveriam orientar corretamente as decisões dos juizes criminais. Portanto, o juízo criminal sempre precisa de testemunhas. Especialmente testemunhas contra o acusado, é claro. No entanto, atualmente a prova testemunhal como instrumento essencial de tomada de decisão judicial está em crise. Uma crise que surgiu como resultado da redução do direito do acusado de efetivamente questionar as testemunhas que depõem contra ele (ou ela), restringindo as chances de o juiz perceber a versão da testemunha da melhor maneira possível. Esse é o risco de baixar significativamente o standard de qualidade das sentenças criminais. A crise da prova testemunhal no processo penal pode ser atribuída a dois fatores. A primeira razão. A multiplicação de testemunhas protegidas no processo. Figuras que, como uma espécie de contrapartida à sua contribuição para o julgamento, requerem níveis de proteção elevados, constantes e diversificados: pessoas "frágeis" e vulneráveis, menores, pessoas com transtornos mentais, delatores ou testemunhas "anônimas". Como podemos ver, em regra, trata-se de pessoas que costumam testemunhar contra os arguidos. Em relação ao direito e à jurisprudência europeia e italiana a tendência é clara. As necessidades de proteção dessas categorias de testemunhas resultam em redução do número de audiências e, portanto, das oportunidades de confronto dialético entre acusado e testemunha. Isso pode resultar também no impulso para a "personalização" dos métodos utilizados para esse exame cruzado, adaptando-o às necessidades de proteção a serem cumpridas. Em alguns casos, essas formas de proteção podem ser usadas para obter informações mais genuínas da testemunha, mas também não podemos subestimar o risco oposto, de obter declarações qualitativamente menos confiáveis: porque podem estar muito condicionadas por essas necessidades de proteção, impossibilitando ao defensor do acusado a possibilidade de aprofundar alguns pontos controversos. A segunda razão. Em nível político nacional e europeu, prevalece agora a ideia de que a celeridade da Justiça Criminal é o critério primordial para definir o padrão de fiabilidade e solidez de um Estado economicamente avançado. Esta perspectiva dominante é fruto de uma concepção exasperada e errônea do princípio da duração razoável do julgamento (art. 6, par. 1, CEDH e art. 111, par. 2, Constituição Italiana). O fator tempo passa a ser um valor absoluto, apical e atraente no processo penal, o que parece capaz de impactar negativamente também a qualidade da prova testemunhal: nos referimos, em particular, à recente denominada Reforma da Cartabia ao Código de Processo Penal italiano, onde é claramente perceptível um enfraquecimento do princípio fundamental da imediação. Ou seja, o juiz que assiste à produção da prova oral*

*e o juiz que deve proferir a sentença devem ser o mesmo. Quando o juiz de primeira instância muda, a ideia é que a imediação pode ser facilmente substituída pela tecnologia (a gravação audiovisual do depoimento perante o primeiro juiz e posterior visualização da gravação pelo novo juiz).*

**PALAVRAS-CHAVE:** *processo penal; sistema adversarial; eficiência judicial e celeridade procedimental; prova testemunhal; direito do acusado ao exame cruzado; vítimas protegias; testemunhas anônimas; testemunhas midiáticas; contraditório; oralidade; imediação; julgamento em apelação e prova testemunhal.*

**SUMMARY:** 1. Introductory remarks. The “crisis” of witness evidence as a cognitive tool, between the needs of protection of the declarant and needs of judicial celerity and efficiency. 2. Protected witnesses. a) The testimony of the victim: lights and shadows; b) “Anonymous” witnesses, between the European Court of Human Rights and Judicial Cooperation 3. Media witnesses and possible procedural relapses. 4. Change of the trial judge and testimonial evidence: short remarks. 5. Testimonial evidence and appeal judgment. 6. Final remarks.

---

## **1. INTRODUCTORY REMARKS. THE “CRISIS” OF WITNESS EVIDENCE AS A JUDICIAL DECISION MAKING TOOL, BALANCING THE NEEDS OF PROTECTION OF THE DECLARANT AND REQUESTS FOR PROCEDURAL SPEED.**

That the testimonial evidence today presents new and higher levels of difficulty than in the past is evident. For at least two reasons. The first. The well-known “structural” problems linked to the peculiar nature of testimony as a representative / evocative instrument of facts through language (questions, perceptions, memories, silences, lies, discrepancies, blandishments, pressures, threats, partisan checks and judicial checks) are increasingly complex due to the multiplication of witnesses on the trial scene. Figures who, as a sort of counterpart for their contribution to the assessment, require high, constant and diversified levels of protection: “fragile” and vulnerable people, minors, mentally ill, witnesses assisted, witnesses of justice, “anonymous” witnesses “. Hence the strenuous search for a balance point between opposing and difficult to reconcile needs: ensuring the value and quality of the contradictory, understood here above all as the accused’s right to effectively counter-examine the accused; protect

the declarant from the prejudicial effects that dialectical confrontation in the trial is capable of producing. Moreover, from a strictly logical point of view, those who intend to test the credibility of a registrant would not want there to be too many obstacles to the possibility of examining it, even several times, and in a strategically effective way, that is, by submitting it to the questions it deems useful in the specific case. Unfortunately, however, this instance clashes with the current trend aimed at reducing the number of hearings (and therefore the opportunities for dialectical confrontation with the witness), and at the same time, at “personalizing” more and more the methods of carrying out the hearing by adapting it to the protection needs to be met. Instances of protection on which the European Court of Human Rights has been insisting for some time now, as we will have the opportunity to underline further, focusing in particular on two figures of protected witnesses: particularly vulnerable victims and undercover agents. This problematic conflict between the right to defend oneself by asking the accused and the duty of the State to protect the declarant from the potential harmful effects attributable to those questions obviously also impacts on the type of questions that can be proposed to the witness, which must be adapted from time to time to the particular position of declarant. This results in a greater commitment in terms of preparation for the cross-examination by the prosecutors and (above all) by the defenders, on the one hand, and the equally demanding activity of control and selection of admissible questions entrusted to the judge, on the other hand. Thus, for example, let us think of the prohibition of formulating harmful (for the sincerity of the answers) or leading questions provided for by the Italian criminal procedure code (Article 499): while with reference to the ordinary witness the admissibility of those questions is essentially measured on the typology of the historical fact and on its perception by the declarant, in the presence of a protected subject (victim, particularly vulnerable victim, undercover agent), further limits arise on the questions that can be proposed, to be calibrated also on the specific and diversified protection needs required. With a clear increase in the level of complexity of the exam. And at the same time with the risk of obtaining qualitatively less reliable statements, because they might be too conditioned by those protection needs, precluding the defender of the accused the possibility of deepening some controversial points. On this topic, however, it is necessary to avoid



misunderstandings. Some witnesses deserve to be adequately protected in the trial and because of the trial. But it is necessary to be convinced that the trial cannot constitute the privileged place of protection for those types of declarants: because there is a reasonable threshold of protection beyond which one cannot go without compromising the cognitive function of the criminal proceeding, which in the testimony and in the dialectical method with which it is formed in the trial (questions of the parties and controls by the judge) finds its highest and most powerful expression. Here then is the duty of the State to protect those who make a contribution to the assessment (witnessing, we know, is an easement of justice, because the law obliges the witness to present himself and respond truthfully, under the threat of criminal sanctions) it must find its reasonable limit in the right of the accused to refute its credibility in an equally effective manner. If we agree on this point, it would perhaps be necessary to cultivate a different perspective: identifying and strengthening forms of protection parallel and external to the trial, acting on an administrative level.

The second reason is of a very different and broader nature and to understand it clearly it is necessary to start from a premise. There is a sort of symbiosis between testimonial evidence and the principles of contradictory, orality and immediacy<sup>2</sup>. Contradictory understood here as a dialectic between the parties, and between the parties and the third and impartial judge. Orality understood as the system's preference for the communicative tool of the word spoken out loud and heard at the hearing by the protagonists of the trial. Immediacy understood as the identity between the trial judge who assists in the construction of the evidence (thus gaining genuine impressions thanks to the contact with the persons subjected to the examination: hence his ability to grasp every nuance of the deposition, in particular the non-verbal language of the declarant<sup>3</sup>), and the judge who is called to evaluate the results in a decision-making key. A logical consequence derives from that symbiosis: the persuasive force of a testimony is directly proportional to the effectiveness of the three fundamental principles in question.

---

<sup>2</sup> See P. P. PAULESU, *Giudice e parti nella "dialettica" della prova testimoniale*, Giappichelli, Turin, 2002, p. 5 s.

<sup>3</sup> See P. FERRUA, *Contraddittorio e verità nel processo penale*, in *Studi sul processo penale*, vol. II, Giappichelli, Turin, 1992, p. 80; R. CASIRAGHI, *La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali*, Giuffrè, Milan, 2011, p. 12 s.

We know that the construction of the testimonial evidence is often a long and complex operation. Hence a fundamental question: how to reconcile that complexity with the modern needs of simplification and speeding up of criminal proceedings? Is there really a risk that the search for the quality of the contributions offered by witnesses (which would often require the simultaneous presence on the scene of witnesses, judges, prosecutors, defenders, to create an effective contextual dialectic among the protagonists of the trial) could be partly sacrificed on the altar of simplifying and speeding up the criminal trials? At the political level (National and European), the idea now prevails that the efficiency of criminal justice is the primary purpose on which to calibrate the level of reliability and solidity of an economically advanced State. This mainstream perspective is the fruit of an exasperated and erroneous conception of the principle of the reasonable duration of the trial (Art. 6 par. 1 ECHR and Art. 111 par. 2 of Italian Constitution). The *time factor* is now an absolute, absorbing value in the criminal trial, which seems capable of negatively impacting the quality of the witness evidence as well. We think of the remote examination provided for in the Italian procedural system (art. 147 implementing provisions of Italian Code of Criminal Procedure). The declarative evidence is taken through the audiovisual link between the courtroom and the seat where the witness is located<sup>4</sup>. The questions and answers are filtered by tools for the contextual reproduction of sounds and images. In short, the construction of witness evidence takes place even if the witness does not physically participate in the trial. Sure, the audiovisual link saves time and resources. But the mediation of the technological apparatus between the person conducting the examination and the declarant could make the cross examination less fluid, less effective, weakening the principle of orality, immediacy, contradictory. As we will see later, Similar perplexities also emerge in the light of recent Italian Law n. 134 of 2021 (so-called Cartabia Reform), with specific reference to the hypothesis of change of the trial judge<sup>5</sup>. Also in this case, the risk of a loss of quality of witness evidence

---

<sup>4</sup> See D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, Giuffrè, Milan, 2006, p. 305 s; M. DANIELE, *La formazione digitale delle prove dichiarative*, Giappichelli, Turin, 2012, p. 62.

<sup>5</sup> Art. 525 par. 2<sup>th</sup> of Italian code of criminal procedure: “Under penalty of absolute nullity, the same judges who participated in the trial shall be present

and of the value of immediacy is serious and cannot be underestimated. Of course, it could be argued that technological progress must lead to a new concept of immediacy and orality in a modern criminal trial, appropriate to the time. But where technological progress ends and where the risk of weakening testimonial evidence begins? And in a broader perspective: where technological progress ends and where the risk of wrong judgments begins?

## **2. PROTECTED WITNESSES AND THE RIGHT TO CROSS EXAMINATION.**

### **A) THE TESTIMONY OF THE VICTIM, BETWEEN LIGHTS AND SHADOWS.**

The difficulty of reconciling the protection needs of the witness with the need to ensure effective control of his statements through cross-examination emerge today especially with reference to the testimony of the victim. We know that the criminal trial increasingly needs the testimony of the victim, especially when the latter is the only witness available at the trial scene (crimes committed within the family, assaults in isolated places, sex crimes, etc.). The system therefore needs the testimony of the victim, but must take charge of the need to protect it.

The problem of protecting the victim as a witness emerges above all with reference to a particular category of subjects, defined as “particularly vulnerable”. This is the area where the widest experimentation of the protection of fragile subjects in the process is carried out, both in Europe and, in cascade, at the level of national legal systems. Particular attention is paid to vulnerable victims through forms of differentiated and strengthened safeguards with respect to other victims (considered) less fragile. The primary objective is to ensure to those subjects the widest protection from certain procedural activities that could trigger situations of “secondary victimization”: an expression which, as is well known, alludes to the possible re-emergence of a psychological trauma during the reconstruction of the historical fact in the judicial context.

On the European legislative level, the steps towards the goal of protecting fragile victims can be summarized as follows: first, attention

---

at the deliberation”. On this topic see then par. 4.

to the victim's testimony; then the sensitivity for the testimony of the minor (victim or not), a fragile subject par excellence; finally, with the well-known directive 2012/29 / EU, the arrival of a broader protection dimension (i.e. not restricted to the witness context only and released from specific crimes), focused on the "particularly vulnerable" victim. To the minor victim, certainly vulnerable, then there are other victims, including adults, potentially vulnerable. Precisely in compliance with the aforementioned Directive 2012/29 / EU, the criteria for identifying the vulnerable victim are today analytically codified in the Italian system (Article 90-*bis* of the Italian code of criminal procedure). The method is based on individual assessment, that is, on the analysis of the peculiarities of each individual victim<sup>6</sup>. Hence a fixed point: no presumption of the vulnerability of the subject involved from time to time but checks carried out case by case. The condition of particular vulnerability is obtained from the following data: age and state of infirmity or mental problems of the victim; criminal type; modalities and circumstances of the fact for which you proceed; it is then necessary to verify whether the fact was committed with violence to the person or with racial hatred, whether it is the result of organized crime or terrorism (internal or international) or trafficking in human beings; if it is characterized for purposes of discrimination; if there is a relationship of emotional, psychological or economic dependence between the (alleged) victim and the (alleged) perpetrator of the crime. However, it is not clear how the state of particular vulnerability should be ascertained in practice. That there is a strong accountability of the judicial authority (police, prosecutor, judge) who from time to time comes into contact with the victim is evident. Just as it is plausible to believe that the individual assessment should usually take place in the early stages of the investigation, to immediately ensure timely and effective protection for the victim. However, some unresolved issues remain. For example, what happens if doubts arise about the victim's real state of vulnerability or if there are errors of assessment about her real psychophysical state? If the minor age is uncertain, the judge orders an expert opinion and, if the uncertainty persists, the minor age is presumed (but only for procedural purposes: it is

---

<sup>6</sup> See S. QUATTROCOLO, *Vulnerabilità ed individual assessment: l'evoluzione dei parametri di identificazione*, in *Vittime di reato e sistema penale. Alla ricerca di nuovi equilibri*, edited by M. Bargis.H. Belluta, Giappichelli, Torino, 2017, p. 311.

therefore forbidden to use this presumption for the purpose of configuring aggravating circumstances based on the minor age of the victim). However, this mechanism is not extended to other vulnerable victims. In general, the Italian legislation today appears to be deficient in terms of controls on the activity of those who intervene to test the vulnerability of a given subject, also taking into account that it is a verification that implies a high degree of discretion. Perhaps the Italian legislator intends to promote “informal”, agile and timely solutions; with the risk, however, of leaving room, in doubtful cases, for the presumptive evaluations that one would rather avoid.

The idea of protecting some victims more than others may appear progressive, modern, sensitive to individual needs, but it poses two main problems that, at the moment, do not find truly effective solutions. Neither on a European level nor on an Italian level.

The first problem. As mentioned, the criteria for the identification (individual assessment) of particularly vulnerable victims provided at European level (and implemented by the Italian legislator) are generic, and leave too much discretion to the judges (and, in investigations, to the judicial police and the prosecutor). Hence the risk of errors, inequities and above all discrimination among the victims. What happens if a guy is assessed as “particularly vulnerable” but in reality it is not. Or viceversa. In these cases, would there not perhaps be a blatant violation of the fundamental principle of equality, understood here as equal treatment in the trial of victims? Due to a mere misjudgment, one victim may be unreasonably more protected in the process than others. More. The wide discretion of the judge in assessing the status of a vulnerable person risks favoring too much the use of forms of taking testimony that significantly reduce the right to be heard. It should be borne in mind that, when dealing with vulnerable persons, the Italian code of criminal procedure considerably restricts the right to listen to the witness already heard elsewhere in the trial (Article 190 bis paragraph 1 bis, final period of Italian Code of Criminal Procedure)<sup>7</sup>.

The second problem, even more delicate. The recalled need to prevent vulnerable victims, when called to testify as witnesses, from undergoing secondary victimization phenomena, has prompted the Italian legislator to

---

<sup>7</sup> See D. NEGRI, *cit.* p. 580.

place the fragile witness under a sort of “glass bell”<sup>8</sup>, severely limiting the right of ‘accused of confronting the subject who accuses him (Article 6 letter *d* of the ECHR and Article 111 paragraph 3 of the Italian Constitution). So, for instance, if it is a minor witness, the defender must submit the questions to the judge, who filters them. More. There is the highly protective mechanism of the “shielded” hearing, designed specifically for all victims who are in particularly vulnerable conditions: in that case the examination is carried out through a glass mirror (the witness is in a separate room and connected via intercom) (Article 498 paragraph 4 *quater* of the Italian code of criminal procedure)<sup>9</sup>. As has rightly been observed, the witness’s response and the paralinguistic features that accompany it come in turn mediated and from afar, making it impossible to grasp the nuances of the speech. So, it is doubtful whether in these cases the evidence is really formed in the cross-examination (art. 111 paragraph 4 of the Italian Constitution)<sup>10</sup>.

This unresolved knot that concerns the phase of construction of the testimony of the victim is then joined with that relating to the evaluation of that same testimony. We start from a logical premise even before a juridical one. Premise that may seem obvious, but we will see that it is not so obvious. The statements of the victim who testifies should be carefully considered. For a very simple reason. This is a person involved in the crime (as the alleged recipient of the criminal action) and therefore directly interested only in a specific procedural outcome: the conviction of the accused. Aware of this problem, in the past the Italian Constitutional Court had stressed the need for a scrupulous examination of the testimony of the victim<sup>11</sup>. Recently the European Court of Human Rights has also reiterated the need to evaluate with particular attention the statements of weak witnesses, because they are made in contexts and in ways that do not ensure defensive rights the possibility of manifesting themselves at

---

<sup>8</sup> C. CESARI, “*La campana di vetro*”: protezione della personalità e rispetto del contraddittorio nell’esame dibattimentale del teste minorenne, in *Il minorenne fonte di prova nel processo penale*, edited by C. Cesari, 2<sup>th</sup> ed., Giuffrè, Milan, 2015, p. 296 s.

<sup>9</sup> A. PRESUTTI, *Le audizioni protette*, in *Vittime di reato e sistema penale*, cit. p. 378 s.

<sup>10</sup> O. MAZZA, *Il Contraddittorio attutito di fronte ai testimoni vulnerabili*, in *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, edited by D. Negri- R. Orlandi, Giappichelli, Turin, 2017, p. 130; D. NEGRI, *Il dibattimento*, cit., p. 576.

<sup>11</sup> Corte cost. 19<sup>Th</sup> March 1992 n. 115.

the levels usually imposed by the ECHR<sup>12</sup>. As can be seen, the European judges are aware of the crucial problem already highlighted above. In other words: the protection needs of the victim must be properly met within a solid framework for the protection of the accused and his right to effectively refute the statements of the witness. However, it is enough to take a quick look at the Italian jurisprudence of legitimacy to realize how much the risk of unreliable or slanderous declarations by victims is underestimated. Recently, the Italian Court of Cassation has argued that the testimony of the injured person can be taken, *even alone*, as proof of the accused's responsibility, provided that it is subjected to a positive scrutiny as to its reliability, *but without the need to apply the evidential rules pursuant to art. 192 par. 3 and 4 of the Italian code of criminal procedure, which require the presence of external feedback*<sup>13</sup>. As we can see, there is an almost fideistic attitude towards the victim's statements. An attitude that can be strongly criticized, especially when there are statements from particularly vulnerable victims. The psychological fragility of these subjects should instead impose even more rigorous assessments. Too many variables are involved: the greater risk of perception errors; the lesser ability to recall previous experience; the recalled limitations for the defense in conducting an effective cross-examination. It is not meant to say that the state of particular fragility and vulnerability of the victim-witness implies a lower reliability in the abstract. But, in practice, the risk of obtaining non-genuine declarations is really too high. Faced with the testimony of the vulnerable victim, the accused is in a vice. On the one hand, the protection mechanisms in place for the victim make it more difficult for the defender to carry out a full cross examination. On the other hand, the accused is constantly exposed to the risk that the victim's statements may have a decisive and decisive weight for the purposes of the sentence. Hence a proposal. Introduce a rule that extends the assessment rules for witnesses to the testimony of all vulnerable victims. We refer to the discipline of the findings referred to in Article 192 paragraph 3 of the Italian code of criminal procedure. So as to strongly empower the judge during the evaluation, forcing him to provide an explicit and timely motivation on those findings. With a

---

<sup>12</sup> ECtHR, 16<sup>th</sup> December 2003, *Magnusson c. Svezia*.

<sup>13</sup> Cass. 13<sup>th</sup> February 2020, Ciotti, *CED* 279070.

further regulatory clarification. The guilt of the accused cannot be based solely on the victim's declaration. Once the path of procedural specificity (greater safeguards) of victims with weak procedural dynamics has been undertaken, it would seem reasonable to really follow it to the end, that is, up to the crucial evaluation context.

**B) "ANONYMOUS" WITNESSES, BETWEEN THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND JUDICIAL COOPERATION**

When it comes to "protected witnesses", the delicate profile of the procedural contribution of undercover agents comes to the fore. It is well known that the use of covert investigations is now widespread internationally. It is a very profitable investigative tool but also potentially damaging to some individual guarantees<sup>14</sup>. There is no information to be communicated to the suspect or minutes documenting the proper conduct of the activities, as happens for the ordinary judicial police activity: we rely above all on the "protected" testimony of the agents during the trial. Moreover, it is hardly necessary to observe that, in the face of the challenges posed by modern forms of crime, the very word intelligence, with which we often generically allude to the complex of proactive police activities (including undercover operations) today it is colored with a plurality of meanings. It no longer refers only to administrative/preventive investigations that anticipate the judicial moment, but to operations interpenetrated with the criminal investigation. Apparatus of the executive and judicial police bodies act in constant synergy, in the context of a sort of "parallel criminal law", where the substantive principle of strict legality and the procedural values of the presumption of innocence, of cross-examination, of the right to defense can be severely weakened.

---

<sup>14</sup> Moreover, undercover operations have a peculiar border line physiognomy, because they are suspended between prevention and repression. It is often difficult to concretely understand to what extent the undercover agent seeks evidence on the basis of an already acquired *notitia criminis*, or rather acts in order to find it. In fact, in the context of such investigations, the (casual?) discovery of crime reports other than those for which it is investigated incognito is frequent. As it is highly probable, in such contexts, the emergence of evidence relating to crimes other than those covered by the concealed investigation.



Having said this, it must immediately be said that the European Court of Human Rights has often intervened in the matter of the procedural contribution of undercover agents as “anonymous witnesses”<sup>15</sup>. In this case, the European judges consider anonymity functional to the protection of agents, but they are also aware of the objective difficulties faced by the defense that intends to refute its credibility during cross examination. Hence the need to provide adequate defensive guarantees in the evidentiary procedure. In terms of admission of the anonymous witness, the fundamental principle of proportionality is appropriately recalled. And in this perspective, the anonymity of members of the police forces and security services should be limited to exceptional cases (it is still a “not disinterested” testimony, given by subjects linked to the executive power and the public prosecutor), that is, when it is essential to protect agents, also in order not to compromise their use in similar future operations<sup>16</sup>. With specific regard, then, to the assumption of anonymous testimony, the Court considers it essential to ensure the effective possibility of the defender to formulate questions in the hearing in the presence of the judge (who should always know the true identity of the witness, to verify their reliability)<sup>17</sup>.

The profile of the evaluation of the undercover agent’s testimony is also controversial. The thesis of the sole and decisive rule<sup>18</sup>, that is the prohibition to found an exclusive or decisive conviction on the declaration of the anonymous witness, which was initially considered a sort of “closing rule”, was then in part significantly reduced: anonymous testimony can, by itself, legitimately support a conviction, even if the Court

---

<sup>15</sup> ECtHR, 23<sup>th</sup> April 1997, *Van Mechelen, v. Netherlands*. On this topic, see A. Balsamo, *Operazioni sotto copertura e giusto processo: la valenza innovativa della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Cass. pen.* 2008, p. 2641.

<sup>16</sup> ECtHR, 23<sup>th</sup> April 1997, *Van Mechelen*, cit.

<sup>17</sup> See again ECtHR 23<sup>th</sup> April 1997, *Van Mechelen*, cit. In that case, the undercover agents had been heard by the judge in a separate place without the presence of the accused and his lawyer. Not only the details of these subjects were unknown to the defense, but the latter had not even had the opportunity to observe the behavior of the agents in the face of questions. See also ECtHR 10<sup>th</sup> April 2012, *Ellis, Simms v Martin v.UK*.

<sup>18</sup> ECtHR 28<sup>th</sup> February 2006, *Krasniki v. Czech Republic*.

reserves the power to verify, from time to time, the possible presence of situations capable of ensuring a fair judgment pursuant to art. 6 ECHR, and, in particular, the concrete possibility of the guy accused to contest the statements against him<sup>19</sup>.

It is almost obvious to point out that the undercover agent is not just any witness. He is no stranger to the facts. He acquires data undercover for repressive purposes. It reports the outcome of activities carried out on the basis of the directives of others. For the reasons already stated, it requires particular forms of protection, before, during and after the enforcement. The testimony of the infiltrator is now expressly contemplated in the trial systems of various countries. In the Italian legal system, in particular, it is envisaged that the officers and agents of the judicial police, also belonging to foreign police bodies, the employees of the security information services, the auxiliaries and the interposed persons, called to testify in any status and grade of the proceedings regarding the undercover activities carried out pursuant to art. 9 of Law no. 146 of 2006, can provide on that occasion the fictitious details used in the investigation (Article 497 paragraph 2-*bis* of the Italian code of criminal procedure). And to this end, the use of “precautions necessary for the protection and confidentiality of the person to be examined” is envisaged, with “modalities” (identified by the judge or, in urgent cases, by the president of the Court) such as to prevent the face of the depositor from being visible. The witness examination of the undercover agent takes place remotely (audiovisual link), unless the judge considers the presence of the declarant to be necessary (Article 147-*bis* implementing provisions of Italian code of criminal procedure). As you can see, this is an anonymous testimony in all respects. In the proceedings there is no trace of the real identity of the agents. They are unknown to the accused, to his lawyer, to the judge himself. Instead, they can be known by the prosecutor: the latter can in fact ask the body that ordered the undercover investigations for the names of the subjects who carry them out pursuant to art. 9 paragraph 4 L. n. 146 of 2006. The failure to provide a selective filter by the judge aimed at verifying, from time to time, in the specific

---

<sup>19</sup> ECtHR 10<sup>th</sup> April 2012, *Ellis, Simms, Martin v. UK*; ECtHR 15<sup>th</sup> December 2011, *Al Khawaja and Tahery v. UK*.

case, the absolute need to preserve the anonymity of the undercover agent is criticizable. This gap, in addition to sacrificing the accused's right to confrontation, significantly alters the level playing field, because the prosecutor knows the true identity of the infiltrator, the defender does not. There are, however, criminal offenses where the risk of retaliation against agents would seem very limited (this is the case of computerized child pornography<sup>20</sup>); in this case, the use of fictitious identities during the enforcement would seem really excessive. Another decisive problematic aspect is constituted by the lack of knowledge of the true identity of the witness by the judge, who can neither test the credibility of the infiltrator (Article 194, paragraph 2 of the Italian code of criminal procedure), nor verify *a posteriori* the presence of investigative abuses, violation of rights, induction of crime. In short, the need to preserve and crystallize the "investigative knowledge" of the investigators prevails. With the obvious negative repercussions in terms of correctness and completeness of the decision. This risk can perhaps be partially mitigated through a non-decisive and careful use of anonymous testimony in a decision-making key, in line with what was established by the Strasbourg Court. The unreasonable automatism of undercover investigations - anonymous testimony, present in the phase of taking the evidence, would thus find a reasonable reconciliation on a strictly evaluation level.

Looking at the field of judicial cooperation, the European Criminal Investigation Order obviously takes on importance for our purposes. In this regard, it must immediately be said that, in the context of the passive procedure, the undercover agent who is on Italian territory can be heard as a witness, by videoconference, subject to agreement with the issuing authority on the modalities of the hearing and on the protective measures to be taken<sup>21</sup>. The contextual cross-examination is thus safeguarded during the formation of the evidence. But the most interesting fact, in light of the strong internal criticalities already reported, lies in the presence of a consensual space that should be widely exploited by the authorities involved to assess the actual need to examine the undercover agent

---

<sup>20</sup> On this topic see G. BARROCU, *Le indagini sotto copertura*, Iovene, Naples, 2011, p. 133.

<sup>21</sup> Art. 18 D.lgs. n. 108/ 2017.

anonymously, and to agree possibly, alternative forms of protection to the use of fictitious identity. The hearing of the undercover agent is conducted directly by the authority that issued the investigation order (and in any case under his direction), to which the relative report must be sent. The audiovisual link mechanism allows the authority issuing the order and the parties to the internal procedure to exercise the right to be heard, understood as the possibility to speak directly with the declarant. The enforcement can also take place via telephone conference, in the event that the declarant cannot appear before the authority that issued the order or when his presence is inappropriate<sup>22</sup>. This technical expedient may perhaps contribute to solving the problem of the protection of the registrant, but it risks significantly worsening the quality of the hearing. As for the active procedure, the prosecuting authorities (public prosecutor or judge) can issue an investigation order to request the remote hearing of witnesses in the cases provided for by art. 147-bis of implementing provisions of Italian code of criminal procedure (therefore also officers and judicial police officers who have carried out undercover activities), when their presence on the national territory is not appropriate (Article 39 of Legislative Decree No. 108 of 2017). The methods of the hearing must be agreed between the authorities involved, and it is the duty of the Italian judicial authority to verify that the declarant is provided with all the information about the rights and guarantees provided for by our legal system. Only under these conditions can the minutes of the hearing be legitimately merged into the file for the hearing (Article 36 paragraph 1 letter *b* of Legislative Decree no. 108 of 2017) and be used for the decision.

### **3. “MEDIA” WITNESSES AND POSSIBLE JUDICIAL RELAPSES**

For our purposes it may be interesting to briefly mention the figure of the “media witness”. Alongside the real trial, which takes place in the courtrooms, in some cases there is also a parallel, virtual trial, which is celebrated in the media: a trial based above all on testimony. Well, if we observe the rules on testimony in the Italian criminal procedure

---

<sup>22</sup> Art. 19 D.lgl. n. 108/ 2017.

code, there are clear differences between the trial witness and the media witness<sup>23</sup>. In the criminal trial, as a rule, the witness cannot testify on the morality of the accused. He cannot testify on current rumors in the public (in that environment it is said that, it is well known that). He cannot express personal appreciation (value judgments on the accused) (Article 194 of Italian code of criminal procedure). In the media process, however, what is forbidden by the code almost always happens. Yet. In the criminal trial, the declarant must be warned of the duty to tell the truth, and of the criminal consequences for false or reticent witnesses (Article 497 of Italian code of criminal procedure). In the criminal trial, therefore, the witness has the obligation to answer truthfully to the questions that are asked (Article 198 of the Italian code of criminal procedure). In the media trial, nothing like this happens (indeed, people are often rewarded for their willingness to be interviewed and to issue coached statements that satisfy the demands of journalists television programs). For example, obtaining a statement from the witness that is effective, even ambiguous, but that can arouse the attention of the public. Or leave room for implications. In the criminal trial, questions that may harm the sincerity of the answers and suggestive questions are prohibited. In the media no. Because in the media the validity of a question is measured according to the type of response that the questioner expects (also here: often in line with a pre-established thesis). In the criminal trial there are some incompatibilities to testify in relation to some subjects (Article 197 of Italian code of criminal procedure). In the media, everyone can make statements. In the criminal trial, the next of kin of the accused are advised that they can refrain from testifying (Article 199 of the Italian code of criminal procedure). This rule does not apply in the media. In the criminal trial, the witnesses are examined one after the other, and cannot communicate with each other before the deposition, nor attend what happens at the hearing (Article 149 of implementing provisions of Italian code of criminal procedure). In the media, the witnesses are even confronted with each other. In the criminal trial there is a judge who checks the relevance of the questions and the fairness of the exam.

---

<sup>23</sup> See G. GIOSTRA, *Processo mediatico*, in *Enc. Dir. Agg.* Giuffrè, Milan, 2017, p. 656.

In the media trial, the witness's statement is beyond any control. On this basis, the following question arises: can the statements made by witnesses to the media have an impact on the criminal trial, and in particular, on the conviction of the judge? It could be answered that, after all, it is a false problem, because the judge should absolutely not be conditioned by what happens outside the courtrooms, thus proving not to be impartial. The point is that an external psychological conditioning of the judge capable of compromising his impartiality is not visible, measurable and controllable. That a problem of this type exists is moreover demonstrated, for example, by the care with which the Italian legislator takes care to prohibit the publication of documents contained in party files, when there is certainty that the hearing will proceed (art. 114 of Italian code of criminal procedure). To mitigate the risk that statements made by witnesses to the media could have some impact on the trial, we could perhaps begin to reflect on the possibility of introducing, in the hands of journalists, the prohibition (controlled by disciplinary sanctions) to contact and receive statements from witnesses indicated in some particular acts of the parties (requests for evidence, the witnesses lists) but also witnesses introduced *ex officio* by the judge during the trial pursuant to art. 507 of Italian code of criminal procedure. This prohibition would cease only after the examination of the witness or when the latter does not take place (because, for example, one party renounces to examine him). In this perspective, the witness could make statements to the media only after having made his testimony in the trial, or in the event that he was not examined (for example, as a result of a renunciation of evidence pursuant to Article 495 of Italian code of criminal procedure).

#### **4. CHANGE OF THE TRIAL JUDGE AND TESTIMONIAL EVIDENCE: SHORT REMARKS**

What is the fate of witness evidence, correctly forged in cross-examination, when the judge who has to adopt the sentence is different from the judge who attended the formation of that evidence?

It is clear that the choice to give priority to the reading, in front of the new judge, of the minutes of evidence carried out previously, if on the one hand it could speed up the criminal trial, on the other hand

it would weaken the principles of orality and immediacy (the judge must form his own conviction on the immediate perception of what happened before him in the judgment). Given that the Italian code of criminal procedure safeguards those two principles through the rule of the immutability of the trial judge (under penalty of absolute nullity, the same judges who participated in the trial shall be present at the deliberation: Article 525 par. 2 Italian code of criminal procedure), the problem of the fate of witness evidence following the change of the trial judge was originally resolved by Italian jurisprudence in the following way. The parties were granted the right to witness evidence, understood as the right to examine the declarant before the new judge. The reading of the minutes of evidence was considered legitimate only after the new examination of the declarant or when none of the parties had requested it<sup>24</sup>. As can be seen, the principles of orality and immediacy were all in all sufficiently safeguarded.

But then this scenario changed. To achieve goals of efficiency and procedural speed, the Italian Constitutional Court<sup>25</sup>, but above all the Italian Court of Cassation<sup>26</sup> (both relying on some judgments of the Strasbourg Court inclined to tolerate exceptions to the principle of immediacy when the accused has benefited from procedural guarantees capable of balancing the failure to renew the cross examination in front of the new judge<sup>27</sup>) have greatly reduced the right to renewal of witness

---

<sup>24</sup> Cass., Sez. un., 15<sup>th</sup> January 1999, Iannasso, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 480; Corte cost., 9<sup>th</sup> March 2007, n. 67.

<sup>25</sup> Corte cost., 29<sup>th</sup> May 2019, n. 132; see P. FERRUA, *Il sacrificio dell'oralità nel nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore*, in *Arch. pen. (web)*, 2019, n. 2; M. DANIELE, *Le "ragionevoli deroghe" all'oralità nel caso di mutamento del collegio giudicante: l'arduo compito assegnato dalla Corte costituzionale al legislatore*, in *Giur. cost.*, 2019, p. 1551; O. MAZZA, *Il sarto costituzionale e la veste stracciata del codice di procedura penale*, in *Arch. pen. (web)*, 2019, n. 2.; D. NEGRI, *La Corte costituzionale mira a squilibrare il "giusto processo" sulla giostra dei bilanciamenti*, in *Arch. pen. (web)*, 2019, n. 2.

<sup>26</sup> Cass., Sez. un., 30<sup>th</sup> May 2019, Bajrami, in *Proc. pen. giust.*, 2020, p. 136. A. MANGIARACINA, *Immutabilità del giudice versus inefficienza del sistema: il dictum delle Sezioni Unite*, in *Proc. pen. giust.*, 2020, p. 166.

<sup>27</sup> ECtHR 2<sup>th</sup> December 2014, Cutean v. Romania; ECtHR 6<sup>th</sup> December 2016, Škaro v. Croatia.

evidence in front of the new judge, thus weakening the values of immediacy and orality. On the one hand, it was stated that the parties must indicate the reasons that make it necessary to examine the witness before the new judge. On the other hand, the new judge was given a wide discretion in rejecting the party's request. The message of the Court of Cassation was clear: the renewal of the examination of the witness is always an exception; renewal becomes superfluous in two cases: a) if the party who asks to hear the witness again does not demonstrate that this activity is decisive for the fate of the trial (it is a very difficult operation for the defense, almost a *probatio diabolica*) b) if the first audition is verbalized by means of stenotyping and contextual phonographic recording (the technical support becomes the alibi for dismantling the principle of immediacy). As can be seen, in the name of a misunderstood and exasperated conception of the principle of the reasonable duration of the trial, the defense is penalized due to an event, the change of the trial judge, linked to the organization and structure of the judicial offices<sup>28</sup>.

Let's investigate the latest reforms. As already mentioned, the so called Cartabia reform (L. n. 134 of 2021 and implementing decrees) tries to solve the problem with a compromise solution that enhances the instrument of audiovisual reproduction of the testimonial evidence (art 510 par. 2 *bis* and 3 *bis* and 498 par 4 *ter* Italian code of criminal procedure).

If the trial judge changes, the interested party has the *right to obtain* an examination of the persons who have already made statements in the same debate in the cross-examination with the subject against whom the same declarations will be used. So far the right of proof seems to be sufficiently protected. The *right of proof* must be correctly understood as *to ask* but also as *to obtain*: a request by the party must correspond to a duty of performance of the judge (to decide on the request) anchored to clear and predefined criteria<sup>29</sup>. And here is a duty of performance that falls on the judge.

---

<sup>28</sup> On this topic see recently O. MAZZA, *Il processo che verrà: dal cognitivismo garantista al decisionismo efficientista*, in *Arch. pen.*2022, p. 19.

<sup>29</sup> See P.P. PAULESU, *Giudice e parti nella "dialettica" della prova testimoniale*, cit. p. 30.



But there is also an important exception to ensure the judicial efficiency. The right to examine the witness before the new judge is no longer recognized if previously, the examination has been fully documented by means of audiovisual reproduction. The technological tool therefore serves to compensate for the evident downsizing of orality and immediacy to speed up the proceedings. Of course, the judge can always order the renewal of the exam if he deems it necessary on the basis of specific needs. But we have to point out that in this case we are *outside the area of the right to proof*: because the new face to face hearing of the witness depends on a discretionary choice of the new judge.

Many doubts remain. The videotaped evidence cannot be assimilated to the evidence gathered in presence of the first judge. The perception of the witness's story by the new judge who watches the video recording may be completely different. For this reason, the methods by which the new judge must take cognizance of the videotaped evidence must be analytically regulated to ensure maximum transparency of activities of the judge and the parties (prosecutor and defendant). And in this perspective it is necessary a dedicated and public hearing<sup>30</sup>.

## **5. TESTIMONIAL EVIDENCE AND APPEAL JUDGMENT**

In the civil law systems, the hearing instruction on appeal usually reflects the strong tension between two opposing needs. The first. Preserve the function of the appeal intended as a control tool, that is, as a mere critical reassessment of the results obtained in the first instance; prevailing, in this perspective, is the idea of the completeness of the evidence taken at first instance: the appeal only serves to verify their consistency. As you can see, in this case, the idea of efficiency, speed and simplification prevails. The second need. Protect the right to proof and to be heard: here the appeal judgment opens up to new probative activities and maintains its own peculiar and autonomous cognitive dimension with respect to the first instance judgment. Well, in the Italian criminal trial the tension between these two instances is resolved with a compromise

---

<sup>30</sup> See O. MAZZA, *Il processo che verrà: dal cognitivismo garantista al decisionismo efficientista*, cit., p. 19.

choice: the renewal of the probative instruction constitutes an exception, because it is limited to some strictly provided cases (Article 603 of Italian code of criminal procedure). As is known, the boundaries set by the Italian code of criminal procedure *to the renewal of testimonial evidence on appeal* have been the subject of some significant interventions by the European Court of Human Rights which concerned the witness evidence itself. In particular, the Strasbourg judges found a violation of art. 6 par. 1 ECHR (right to a fair trial) and 3 par. *d* ECHR (right to examine and have examined witnesses against him and to obtain the convocation and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him), when the judge of appeal replaces the sentence of acquittal with the conviction on the basis a mere rereading of the minutes of the testimonies collected in the first instance, without proceeding with the (new) examination of the testimonial evidence available against the accused. The reliability of the statements made by the witnesses against him can in fact be concretely verified only if the appellate judge has the direct perception (not filtered and mediated by the minutes), and can therefore listen and correctly evaluate the narrative contribution of the witness. The value of immediacy and contradictory must prevail over instances of speed and simplification of the appeal. Hence the prospect of reforming an acquittal sentence on appeal (challenged by the public prosecutor) without the scrutiny of the guilt of the accused beyond any reasonable doubt based on evidence examined in the cross-examination between the parties is therefore in open conflict with the ECHR. Hence the changes introduced in Italy by L. n. 103 of 2017, aimed at enhancing the testimonial evidence on appeal. In summary. If the appeal of the public prosecutor against the acquittal sentence is based on reasons relating to witness evidence (but the discourse applies to all declaratory evidence), the judge is obliged to order the renewal of the hearing instruction, to allow that same evidence in the cross-examination between the parties (Article 603 paragraph 3 bis of the Italian code of criminal procedure). In this case, the need to examine the witness again is presumed by law. It can be argued that acquittal at first instance strengthens the presumption of innocence on appeal. A presumption that can be overcome in the second level of judgment only through the establishment of a cross-examination as a method of constructing the

declaratory evidence (Article 27, paragraph 2 and 11, paragraph 4 of the Italian Constitution). However, some doubts remain. The art. 603 paragraph 3 *bis* of Italian code of criminal procedure obliges the judge to order the renewal of the hearing instruction not only when, in the light of the documents, it is oriented towards conviction, but in all cases in which the public prosecutor has appealed the acquittal for reasons relating to the evaluation of the declaratory evidence: public prosecutor would be enough to adduce those reasons (even in a pretext way), to win a full right to proof even in the second degree. An arrangement of this type creates an asymmetry with respect to the accused, who does not see a similar right expressly recognized. What happens, in fact, if the accused appeals against the sentence? In the silence of the law, the conditions provided for by art. 603 paragraph 1 of the Italian code of criminal procedure: therefore the judge would be required to renew the witness evidence only if it were impossible to decide on the state of the documents. A solution of this type, however, seems to conflict with the principle of equality of the parties referred to in art. 111 paragraph 2 of the Italian Constitution: because the right to witness evidence on appeal seems to have been granted to the public prosecutor, and instead denied to the accused. According to the jurisprudence it is still possible to reform the sentence in acquittal, even without taking the witness evidence already evaluated at first instance, but in this case the appellate judge is obliged to draft a reinforced motivation. To conclude on this point, it should be noted that the Law n. 134 of 2021 (the so-called Cartabia Reform) seems in part to deviate from the path traced by the European Court, favoring the requests for simplification and speed of the second instance judgment: the possibility of taking a testimony in the event of an appeal against an acquittal sentence for reasons relating to the evaluation of this declaratory evidence is limited to the sole case in which the latter was taken at the hearing during the first instance trial proceedings.

## **6. FINAL REMARKS**

In the light of the reflections made, the following conclusions can be drawn. The first conclusion. The protection of some witnesses

in the trial and from the trial, while sometimes necessary, must always take place within a legislative and jurisprudential framework of effective protection of the accused. In fact, a fair balance must be ensured between the need to protect witnesses (victims of crime, fragile and particularly vulnerable persons, underage, undercover agents) and the right of the accused to examine them effectively to refute the statements against him (or her). The second conclusion. The principle of immediacy (understood as the identity between the trial judge who assists in the construction of the testimonial evidence and the judge who is called to decide, evaluating the results of that same evidence) can be adapted to the needs for simplification and speed of a modern criminal trial, which must in any case have a reasonable duration. Therefore, if the trial judge changes, the principle of immediacy can also be ensured by exploiting modern technological resources, and in particular audiovisual tools. The testimony given before the first judge must be videotaped and the second judge can view it. Provided, however, that the modalities with which this vision is achieved are well defined and made transparent (possibly in a public hearing?) so as to ensure an effective cross-examination among the parties, and between the parties and the new judge. Third conclusion. The particular structure of the testimony (perceptions, memories, language) exposes it to an inevitable qualitative decay due to the passage of time. Hence the need to enhance the principle of immediacy in the appeal judgment, through a new cross-examination of the witness in that context.

All these conclusions seem to be in line with the jurisprudence of the European Court of Human Rights, which in the matter of witnesses does not seem to tolerate excessive restrictions on cross-examination.

## REFERENCES

BARROCU, *Le indagini sotto copertura*, Iovene, Naples, 2011, p. 133.

CESARI, “*La campana di vetro*”: *protezione della personalità e rispetto del contraddittorio nell’esame dibattimentale del teste minorenne*, in *Il minorenne fonte di prova nel processo penale*, edited by C. Cesari, 2<sup>th</sup> ed., Giuffrè, Milan, 2015.

CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, Giuffrè, Milan, 2006.

DANIELE, *La formazione digitale delle prove dichiarative*, Giappichelli, Turin, 2012.

FERRUA, *Il sacrificio dell'oralità nel nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore*, in *Arch. pen. (web)*, 2019, n. 2.

GIOSTRA, *Processo mediatico*, in *Enc. Dir. Agg.* Giuffrè, Milan, 2017, p. 656.

MAZZA, *Il processo che verrà: dal cognitivismo garantista al decisionismo efficientista*, in *Arch. pen.* 2022, p. 19.

MAZZA, *Il sarto costituzionale e la veste stracciata del codice di procedura penale*, in *Arch. pen. (web)*, 2019, n. 2.

MAZZA, *Il Contraddittorio attutito di fronte ai testimoni vulnerabili*, in *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, edited by D. Negri- R. Orlandi, Giappichelli, Turin, 2017.

NEGRI, *La Corte costituzionale mira a squilibrare il "giusto processo" sulla giostra dei bilanciamenti*, in *Arch. pen. (web)*, 2019, n. 2.

PAULESU, *Giudice e parti nella "dialettica" della prova testimoniale*, Giappichelli, Turin, 2002.

QUATTROCOLO, *Vulnerabilità ed individual assessment: l'evoluzione dei parametri di identificazione*, in *Vittime di reato e sistema penale. Alla ricerca di nuovi equilibri*, edited by M. Bargis.H. Belluta, Giappichelli, Torino, 2017.

### **Authorship information**

*Pier Paolo Paulesu*. PhD in Law. Full Professor of Criminal Procedure. University of Padua, Italia. University of Innsbruck, Austria. [pierpaolo.paulesu@unipd.it](mailto:pierpaolo.paulesu@unipd.it)

### **Additional information and author's declarations (scientific integrity)**

*Conflict of interest declaration:* the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

*Declaration of authorship:* all and only researchers who comply the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

*Declaration of originality:* the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; he also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

### **HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):**

PAULESU, Pier Paolo. Editorial – An overview on the “crisis” of testimonial evidence as a judicial decision making tool, between ECHR and Italian Criminal Proceeding: protected witnesses, media interference, principle of immediacy and right to cross-examination. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, n. 3, p. 1066-1092, set./dez. 2022. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i3.757>




License Creative Commons Attribution 4.0 International.

# Declaración de personas vulnerables y preconstitución de la prueba en el proceso penal<sup>1</sup>

*Witness statement of vulnerable persons and preconstitution of evidence in criminal proceedings*

**Coral Arangüena Fanego<sup>2</sup>**

Universidad de Valladolid, Valladolid, España  
coral.aranguena@uva.es

 <http://orcid.org/0000-0002-2581-0478>

---

**RESUMEN:** El presente trabajo ofrece un análisis crítico del estatuto jurídico de las víctimas vulnerables (menores y personas con discapacidad) con referencia a su marco legal y a las particularidades de su testimonio. Se analizan las novedades incorporadas en el ordenamiento jurídico español por la Ley Orgánica 8/2021 de Protección de la Infancia y la Adolescencia contra la Violencia, que contribuyen a mejorar sustancialmente la toma del testimonio de menores de edad y personas con discapacidad en el proceso penal.

**PALABRAS CLAVE:** prueba preconstituida; víctimas vulnerables; menores; personas con discapacidad.

**ABSTRACT:** *This paper provides a critical analysis of the legal status of vulnerability victims (minors and persons with disabilities) with reference to their legal framework and particularities in your testimony. It analyzes the novelties incorporated in the Spanish legal system by The Protection of Children and*

---

<sup>1</sup> Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación: “Proceso Penal y Unión Europea. Análisis y propuestas. PID2020-116848GB-I00” (Plan nacional I+D+i, Ministerio de Ciencia e Innovación) y del Grupo de Investigación Reconocido de la Universidad de Valladolid “Garantías Procesales y Unión Europea” y Unidad de Investigación Consolidada nº 120 de la Junta de Castilla y León.

<sup>2</sup> Catedrática de Derecho Procesal en la Universidad de Valladolid, España. Doctora en Derecho. Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación (Sección Quinta. Derecho Procesal). Académica de número de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid.

*Adolescents Against Violence Act 8/2021, which contribute to substantially improve the taking of the minors and persons with disabilities testimony in criminal proceedings.*

**KEYWORDS:** *preconstitution of evidence; vulnerability victims; minors; persons with disabilities.*

**INDICE:** 1. Introducción. 2. Categorías de personas vulnerables amparadas por la nuevas soluciones legales: 2.1 Menores.- 2.2. *Personas con discapacidad necesitadas de especial protección.* 3. Medidas de protección en la declaración de menores y personas con discapacidad. En particular, la generalización de la preconstitución probatoria. 3.1. *Prueba preconstituída. Algunas premisas básicas;* 3.2. *Hacia la generalización de la preconstitución probatoria de víctimas y testigos vulnerables tras la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2021.* 4. Perspectivas de futuro. 5. Reflexiones finales. 6. Bibliografía.

---

## 1. INTRODUCCIÓN

El trato digno en los procedimientos judiciales de todas las personas sea cual sea su posicionamiento procesal, es un principio que debe regir la actuación de nuestros tribunales y, en general, de todos los operadores jurídicos. Cuando el sujeto inmerso en un procedimiento, particularmente un procedimiento penal, tiene alguna circunstancia que le hace especialmente vulnerable (por ser menor de edad o por adolecer de algún tipo de discapacidad, sea física, psíquica o sensorial) ha de ser tratado y considerado como persona de especial sensibilidad y cuestiones que pueden parecer inocuas, y que nos pasan inadvertidas -como el lenguaje excesivamente técnico que se utiliza en los juzgados o la rigurosidad de las vistas-, les colocan en una situación de fragilidad frente al sistema<sup>3</sup>.

Ya ocupe la posición pasiva, siendo el investigado/encausado en el proceso, ya sea por haber sufrido las consecuencias del delito

---

<sup>3</sup> FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J.M. "Presentación", en *Las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo ante el proceso penal* (T. Recover e I. de Araoz, coords.), FEAPS, Madrid, 2014, p.11.



o, simplemente, por haber tenido conocimiento de su comisión de forma directa o indirecta, su paso por el procedimiento judicial puede ser especialmente penoso si no se adoptan medidas que tomen en consideración las especiales circunstancias que les rodean para facilitar su participación en el proceso.

Nos ocuparemos únicamente, en estas páginas, de analizar la situación de menores y personas con discapacidad que por haber sido víctimas del delito o por haber tenido conocimiento de su comisión han de prestar declaración en el proceso. Y analizaremos las novedades que se han introducido a la hora de prestar declaración en sede judicial generalizando su preconstitución probatoria con el fin de evitar que su contacto con el sistema procesal pueda derivar en una suerte de victimización secundaria.

En efecto, el legislador español ha tomado, poco a poco, conciencia de esta realidad y ha emprendido el camino de la protección de estas personas llevando a cabo diversas reformas procesales. Reformas que, en buena medida, se deben al cumplimiento de algunos compromisos internacionales; señaladamente, en el marco de Naciones Unidas a la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España en 1990 y la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, y ratificada por España el 30 de marzo de 2007. Ya en el marco de la Unión Europea, a la Directiva 2012/29/UE por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

En esta senda de cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por España se sitúan varias reformas operadas en nuestros textos procesales penales en los últimos años. Destaquemos, únicamente, las dos de carácter más amplio en la materia<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Hay otras más limitadas y/o específicas, como la operada por la Ley 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modificó la Ley Orgánica 5/2000, de Responsabilidad Penal del Menor que procedió a reformar el art.731 *bis* LECrim para incluir, de forma expresa, como supuesto de aplicación de la videoconferencia el hecho de que el interviniente fuere menor de edad. O la reforma llevada a cabo en la Ley Orgánica 5/1995, del Tribunal del Jurado por la Ley Orgánica 1/2017 debida directamente a la necesidad de adaptar la Ley Orgánica

En primer lugar, la reforma operada en 2015 en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím) por virtud de la aprobación de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima<sup>5</sup> (fruto de la transposición de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos) que incorpora sensibles modificaciones en la atención y protección de las víctimas, con especial consideración de las más vulnerables, entre las que incluye con claridad a los menores y a las personas con discapacidad. Recordemos, entre otros aspectos, las novedades operadas a la hora de tomar declaración a víctimas y testigos con la capacidad judicialmente modificada (arts.433, 448 y 707 LECrím) posibilitando ser acompañados por su representante legal y una persona de su confianza y previendo su realización por medio de expertos evitando la confrontación visual y aun la presencia física del encausado en la exploración. Asimismo, las medidas para garantizar la protección de la intimidad de este tipo de víctimas con la prohibición expresa de divulgar información de datos que puedan contribuir a su identificación y publicación de imágenes suyas o de sus familiares (arts.301 bis y 681.3 LECrím).

En segundo lugar, la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que ha introducido modificaciones relevantes en la Ley de Enjuiciamiento

---

5/1995 a las exigencias de la Convención de Nueva York que, recordemos, modificó el estatuto de los jurados para que la discapacidad no fuera considerada un impedimento para desempeñar la función de jurado (exigiendo en consecuencia de la Administración de justicia la provisión de los apoyos necesarios para facilitarlos) sino, en su caso, un motivo de excusa para eludirla.

<sup>5</sup> Recordemos que la Ley del Estatuto de la Víctima ha articulado, siguiendo el modelo establecido en la Directiva 2012/29/UE, tres niveles de protección acumulativos: un nivel estándar que resulta de aplicación a las víctimas de todos los delitos; un segundo nivel, reforzado, referido a las víctimas en que se aprecien necesidades especiales de protección; y, un tercer nivel, de máxima protección, aplicable a las víctimas menores de edad y personas con discapacidad o con la capacidad judicialmente modificada. Véase sobre esta materia SERRANO MASIP, M., “Medidas de protección de las víctimas”, en *La víctima del delito y las últimas reformas procesales* (De Hoyos Sancho, M. directora) Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp.135-170 y DE HOYOS SANCHO, M., “Novedades en el tratamiento procesal de las víctimas de hechos delictivos tras las reformas normativas de 2015”, *Diario La Ley*, nº 8689, de 26 de enero de 2016.

Criminal dirigidas a facilitar la declaración testifical de estas personas vulnerables en condiciones que eviten su victimización secundaria<sup>6</sup>.

Precisamente es nuestra intención analizar en estas páginas el nuevo régimen instaurado en nuestro sistema procesal penal por virtud de dicha Ley Orgánica 8/2021 para la declaración testifical de menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección, que apuesta de manera decidida por generalizar e imponer la preconstitución probatoria con el fin de determinar si los objetivos del legislador (protección de estas personas vulnerables en el ámbito de la Justicia sin merma de las garantías y derechos del investigado y/o encausado) han sido alcanzados.

Adelantemos ya que en pro de la solución acogida y que acabamos de avanzar se esgrimen razones de carácter victimológico y, también, de carácter epistemológico. Preconstituir la prueba no sólo conjura el riesgo de victimización secundaria presente dadas las condiciones de vulnerabilidad de este tipo de víctimas/testigos; con su práctica también se elude el riesgo de empobrecimiento de los testimonios producido por el transcurso del tiempo o de contaminación a los que se muestran especialmente permeables los testimonios de niños de corta edad y personas con discapacidad<sup>7</sup>.

## **2. CATEGORÍAS DE PERSONAS VULNERABLES AMPARADAS POR LAS NUEVAS SOLUCIONES LEGALES**

Detengámonos, en primer lugar, sobre las dos categorías de personas vulnerables que atendido el art.449 *ter* LECrim. han sido objeto de consideración como destinatarios de las nuevas medidas de protección establecidas para garantizar que su declaración se presta en condiciones adecuadas: los menores y las personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

---

<sup>6</sup> Para una completa visión de esta Ley Orgánica, véase BELTRÁN MONTOLIÚ, A., “Víctimas vulnerables: especial referencia al estatuto del menor a la luz de la L.O. 8/2021 de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia”, *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, nº 3, 2021, 108-149.

<sup>7</sup> Véase, en este sentido, sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª) nº 95/2012, de 8 de noviembre.

## 2.1 MENORES

Las especiales características que rodean al menor en cuanto persona que se halla en proceso de desarrollo físico, psíquico y emocional la hacen especialmente vulnerable por la repercusión negativa que las actuaciones propias del proceso penal pueden tener en su desarrollo. A los efectos o consecuencias directas del delito (victimización primaria) puede sumarse (y se ha de neutralizar) la denominada victimización secundaria que se produce a lo largo del *iter* procesal, puesto que cuando la víctima entra en contacto con el sistema penal, policial y/o judicial (interrogatorios, reconstrucción de los hechos, asistencia a juicios, identificaciones de acusados), experimenta la excesiva burocracia y dilación de los procedimientos, sufre la incompreensión de los operadores jurídicos y del propio sistema.

Por ese motivo el proceso debe adaptarse con la finalidad de neutralizar esa victimización secundaria, esos eventuales perjuicios que puede acarrearle al menor su relación con las actuaciones procesales. Y pieza central de esa adaptación lo constituye el “interés superior del menor”.

La expresión “interés superior del niño” se utilizó por primera vez en la Declaración de los Derechos del niño<sup>8</sup> de 1959. Posteriormente la ya citada Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989 consagró en su art. 5 este “interés superior” como una garantía aplicable en toda decisión que se tome con relación a la niñez y la adolescencia y estableció la necesidad de que todos los Estados adoptaran acciones y medidas para su observancia.

Se trata de un concepto jurídico indeterminado que en España ha sido dotado de contenido específico por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que incorporó al art.2 de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección jurídica del menor la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia y los criterios de la Observación general nº 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos

---

<sup>8</sup> Principios 2 y 7 de la Declaración de los Derechos del niño proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959.

del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

De acuerdo con su actual configuración, este concepto se define desde un contenido triple<sup>9</sup>. Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral. Y a la luz de estas consideraciones, es claro que la determinación del interés superior del menor en cada caso debe basarse en una serie de criterios aceptados y valores universalmente reconocidos por el legislador que se enuncian ahora expresamente en el art.2.3 y que deben ser tenidos en cuenta y ponderados en función de diversos elementos y de las circunstancias del caso, y que deben explicitarse en la motivación de la decisión adoptada, a fin de conocer si ha sido correcta o no la aplicación del principio.

El interés del menor, por tanto, constituye principio esencial a tener en cuenta en todos aquellos casos en que el menor se vea involucrado en un proceso penal; entre ellos, y en lo que aquí a nosotros nos interesa, cuando lo sea bien por haber sido víctima del delito bien por haberlo presenciado, debiendo adoptarse por parte de las autoridades competentes las decisiones que sean más respetuosas con los derechos del menor y su desarrollo integral, sin que ello suponga menoscabo alguno de las garantías básicas que conforman nuestro sistema procesal penal<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Según indica la Exposición de Motivos (apartado II) de la Ley Orgánica 8/2015.

<sup>10</sup> PILLADO GONZÁLEZ, E., “La declaración de la víctima menor y las medidas para evitar su revictimización”, *Justicia poliédrica en periodo de mudanza. Nuevos conceptos, nuevos sujetos y nueva intensidad* (Barona Vilar, S., editora), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp.542 y 543.

Y a este respecto conviene tener presente que uno de los criterios que maneja la citada Ley Orgánica 1/1996 y que, en consecuencia, ha de ser tomado en consideración por la autoridad judicial, es el de la edad y madurez del menor (art.2.3.a/) lo que cobra especial trascendencia teniendo en cuenta que nuestra legislación procesal no establece ningún límite de edad para su declaración<sup>11</sup>.

Según veremos, el criterio de la edad será tomado en cuenta ahora por el legislador procesal penal para discriminar entre las medidas a adoptar en la declaración de todo menor de dieciocho años (v.gr. excepcionalidad de los careos) e incrementar la protección de los menores que no superen los catorce años de edad, imponiendo la preconstitución probatoria de su declaración para un amplio catálogo de delitos.

## 2.2. PERSONAS CON DISCAPACIDAD NECESITADAS DE ESPECIAL PROTECCIÓN

En lo que se refiere a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, la clave de bóveda radica, en la accesibilidad, principio esencial de la Convención de Nueva York de 2006 -marco jurídico de referencia- que obliga a los Estados a garantizar el acceso a la justicia y participación efectivas de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad, introduciendo para ello los ajustes o adaptaciones procedimentales que sean necesarios<sup>12</sup>.

Y a estos efectos resulta importante destacar que dicho Convenio efectúa una propuesta abierta de definición en su art.1 al indicar que “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”.

---

<sup>11</sup> Cfr. *Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2009, de 10 de noviembre, sobre protección de los menores víctimas y testigos y la Guía sobre Buenas prácticas para la toma de declaraciones de las víctimas de violencia de género* (Consejo General del Poder Judicial, 2018) coincidentes en considerar que debe prescindirse de tomar declaración a los menores de tres años.

<sup>12</sup> TOMÉ GARCÍA, J.A., “Particularidades de la instrucción en el proceso penal cuando el investigado presenta indicios de enfermedad o trastorno mental (LECrím y Anteproyecto de 2020)”, *La Ley Penal*, nº 151, julio-agosto 2021, p.6.

Se trata de una definición que, con ligeras variaciones, se ha recogido en dos textos normativos de interés para este comentario.

Por una parte, el Código Penal (CP) en cuyo art. 25 se afirma que “a los efectos de este Código se entiende por discapacidad aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Asimismo, a los efectos de este Código, se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente”.

A su vez, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en su art. 2 a) indica que Discapacidad “es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Este Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, es de aplicación en el ámbito de la administración de justicia (art. 5 f), lo que supone que la propia administración debe garantizar el acceso a dicho servicio para aquellas personas con discapacidad en igualdad de condiciones que los demás, eliminando las barreras existentes o proveyendo los apoyos necesarios para garantizar dicha igualdad.

Sin perjuicio de que volvamos sobre algunos de estos extremos al ocuparnos del modo de practicar la declaración testifical de esta tipología de personas vulnerables, llamamos la atención sobre la terminología que maneja la ley tras la reforma operada en la LECrim por la Ley Orgánica 8/2021: personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

Se trata de un concepto jurídico indeterminado cuya concurrencia puede plantear alguna dificultad de apreciación en lo relativo al segundo de los elementos que lo integran (*necesidad de especial protección*) a la vista

de que el primero de ellos sí queda ahora perfectamente determinado atendidas las definiciones “oficiales” anteriormente mencionadas. Con todo, respecto a este grupo de personas, los preceptos reformados de la LECrim, no distinguen soluciones diversas adaptadas a los también diversos tipos de discapacidad por más que, es evidente, no son similares sino muy distintas las exigencias a observar y las soluciones a adoptar respecto a una persona con discapacidad física o sensorial que respecto a una persona con discapacidad intelectual. Y es que, según ha sido denunciado por la doctrina, cada vez que en los últimos tiempos se ha abordado legislativamente la discapacidad, se ha partido de una premisa errónea, cual es considerar al colectivo de personas con discapacidad como un grupo homogéneo obviando que existen tres tipos de discapacidad que pueden darse de forma conjunta o aislada: la física, la sensorial y la psíquica. La incidencia de cada una de ellas en la capacidad de autogobierno y actuación de la persona es muy distinta y, sin embargo, al tratar legislativamente las diferentes discapacidades como si fueran una única realidad produce un agravio comparativo para quien sufre grave discapacidad psíquica, la más difícil de homogeneizar<sup>13</sup>.

No obstante, y dado el carácter supletorio de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) proclamado en su art.4 que debe admitirse para todos los aspectos de naturaleza estrictamente procesal, relativos a cuestiones generales de todo proceso; entre ellas los presupuestos procesales, capacidad y legitimación de las partes<sup>14</sup>, podemos integrar esta laguna atendiendo al art.7 bis LEC que lleva por rúbrica “ajustes para personas con discapacidad”, precepto que dispone que en los procesos en los que participen personas con discapacidad, se realizarán las adaptaciones

---

<sup>13</sup> VELILLA ANTOLÍN, N., “La ley de apoyo a las personas con discapacidad: una ley necesaria pero imperfecta”, en *Hay Derecho, Expansión*, 23 de junio de 2021.

<sup>14</sup> Es decir, el art. 4 es el instrumento que permite a la LEC adquirir el papel de norma común general en todas aquellas cuestiones que por su naturaleza sean comunes a todo proceso, aquellas que por su íntima conexión con la estructura básica y esencial de cualquier proceso, puedan ser utilizadas para suplir una laguna en un orden jurisdiccional diverso al civil, sin que interfieran los principios y características propias de ese orden jurisdiccional. (MORENO CATENA V. y MARTÍN CONTRERAS L. “Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Arts. 1 a 5”, *Indret* 2/2004 (Working Paper nº: 206, p.10).



y los ajustes que sean necesarios para garantizar su participación en condiciones de igualdad y que podrán referirse a la comunicación, la comprensión y la interacción con el entorno. Dichas adaptaciones y ajustes se realizarán, tanto a petición de cualquiera de las partes o del Ministerio Fiscal, como de oficio por el propio Tribunal, y en todas las fases y actuaciones procesales en las que resulte necesario, incluyendo los actos de comunicación.

En estos supuestos, lo más habitual será que el médico forense, a instancia del juez, lleve a cabo una exploración y emita un informe en el cual concluya el grado de capacidad que observa a dicha persona, desde el plano médico, lo que le servirá después al juez para tomar la pertinente decisión jurídica al respecto, concediéndole, o no, tal estatuto a efectos de tomarle declaración preconstituida<sup>15</sup>.

### **3. MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN LA DECLARACIÓN DE MENORES Y PERSONAS CON DISCAPACIDAD. EN PARTICULAR, LA GENERALIZACIÓN DE LA PRECONSTITUCIÓN PROBATORIA**

Como hemos indicado anteriormente, la Ley Orgánica 8/2021 introduce modificaciones de cierto calado en la LECrim<sup>16</sup>, modificaciones que, según veremos a continuación, no sólo están dirigidas a la protección del menor respecto de la violencia; también se destinan a la de personas con discapacidad necesitadas de especial protección y ello pese a que el título de la ley no las mencione, como tampoco lo hace (más allá de alguna referencia aislada) su Exposición de Motivos.

Precisamente una de estas escasas menciones aisladas en que se alude a estos dos colectivos de personas vulnerables es la que se refiere a las nuevas soluciones implementadas en materia de preconstitución probatoria, indicando que la prueba preconstituida es un instrumento adecuado para evitar la victimización secundaria, particularmente eficaz

---

<sup>15</sup> Así lo indica SÁNCHEZ MELGAR, J. “Prueba preconstituida en las declaraciones de los menores y discapacitados, tras la LO 8/2021”, *La Ley. Derecho de Familia*, nº 32, octubre-diciembre 2021.

<sup>16</sup> Cfr. su Disposición final primera que es la que las recoge.

cuando las víctimas son personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

La reforma operada en esta materia en la LECrim supone un avance exponencial en el tratamiento debido a menores y personas con discapacidad evitando su victimización secundaria disponiendo con carácter prácticamente general<sup>17</sup> la preceptividad de la preconstitución probatoria de sus declaraciones y su realización sin confrontación alguna con el investigado. Se alinea así en el cumplimiento de una de las previsiones más significativas de la Directiva 2012/29/UE: procurar que la toma de su declaración se realice sin dilaciones injustificadas, sin reiteraciones posteriores innecesarias y por profesionales con formación adecuada.

Nos ocuparemos a continuación, con mayor detalle, de analizar estas nuevas previsiones legales soslayando en este momento hacer referencia a otras (como la excepcionalidad de careos con menores de edad) recogidas ya desde años atrás en nuestra legislación procesal penal<sup>18</sup> y, en consecuencia, siendo ya sobradamente conocidas.

### 3.1. PRUEBA PRECONSTITUIDA. ALGUNAS PREMISAS BÁSICAS

Empleamos el concepto de prueba preconstituida en el sentido manejado por el sector doctrinal mayoritario<sup>19</sup> y que se ha consolidado en la jurisprudencia<sup>20</sup> para referirnos a aquélla cuya práctica no tiene lugar ante el Tribunal competente para el enjuiciamiento y fallo, sino ante el Juez de Instrucción. Con lo cual, y aunque se adopten las medidas necesarias para garantizar la contradicción y aún la publicidad, la intermediación desaparece, al menos como intermediación espacio temporal, y queda

<sup>17</sup> Atendida la amplitud de las categorías delictivas en las que ha de asegurarse y el colectivo de menores (los de edad inferior a catorce años) y personas con discapacidad (cualquiera necesitada de especial protección), de conformidad con lo dispuesto en el art.449 ter LECrim.

<sup>18</sup> Cfr. arts.455.II y 713.II LECrim donde se proclama la excepcionalidad de careos con menores de edad, condicionados a que por el Juez se consideren imprescindibles y no lesivos para el interés del menor previo informe pericial.

<sup>19</sup> Ver por todos GUZMÁN FLUJA, V., *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p.265 .

<sup>20</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª) 96/2009, de 10 de marzo.

reducida a la percepción del soporte en que la prueba preconstituida se documente y refleje<sup>21</sup>.

Se trata de una solución que supone una excepción a la regla general en materia de prueba que impone su práctica en las sesiones del juicio oral ante el órgano encargado del enjuiciamiento, practicada con todas las garantías; entre ellas el aseguramiento del principio de contradicción.

Recordemos a este respecto que la letra d) del apartado 3 del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) reconoce entre el catálogo de derechos mínimos del acusado, el de interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren a su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra.

Al igual que el resto de las garantías de este apartado, relacionadas con el derecho de defensa, así como la presunción de inocencia a la que se refiere el apartado segundo, las exigencias citadas en relación con los testigos constituyen aspectos diversos del más amplio derecho a un proceso equitativo o al debido proceso, según proclama reiteradamente el Tribunal de Estrasburgo (TEDH)<sup>22</sup>.

Ambos extremos aluden, en primer término, a la necesidad de garantizar el principio de igualdad de armas y el respeto del contradictorio en el desarrollo de la testifical.

---

<sup>21</sup> En nuestro ordenamiento la prueba anticipada y la prueba preconstituida son los dos instrumentos disponibles por medio de los cuales pueden alcanzar valor probatorio diligencias practicadas fuera del acto del juicio oral. A diferencia de la preconstituida, practicada ante el Juez de instrucción con la consiguiente afectación de la intermediación, la única particularidad de la anticipada es su práctica en un momento anterior al de las sesiones del juicio oral observando en lo demás las reglas propias de la prueba con sometimiento a los mismos principios de publicidad, contradicción e intermediación ante el órgano jurisdiccional competente, encargado del enjuiciamiento y fallo.

<sup>22</sup> Para un análisis más detallado de este precepto permítaseme remitir a ARANGÜENA FANEKO, C., “Prueba testifical y doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Derecho probatorio y otros estudios procesales. Liber amicorum Vicente Gimeno Sendra* (Asencio Mellado, J.M., director), Ed. Castillo de Luna, Madrid, 2020, pp.65-79 y, asimismo ARANGÜENA FANEKO, C., “Exigencias en relación con la prueba testifical (artículo 6.3.d/ CEDH)”, en *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos* (García Roca y Santolaya Macheti, coordinadores), Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 3ª ed., Madrid, 2014, pp.359-375.

Íntimamente unida a esta exigencia del contradictorio es la necesidad de que, por regla general, la prueba se practique en la vista oral, en audiencia pública y en presencia del acusado, pues sólo de este modo se da verdadero cumplimiento a aquélla<sup>23</sup>. La intermediación además permite que el Juzgador aprecie la credibilidad de las declaraciones del testigo, tarea compleja y de difícil realización mediante la simple lectura de sus declaraciones<sup>24</sup>.

No obstante, y precisamente por tratarse de una regla general, presenta excepciones, admitiéndose la utilización de las declaraciones testificales obtenidas en la fase de instrucción sumarial siempre que en su obtención y en su incorporación al proceso se hayan respetado los derechos de la defensa, de tal modo que el acusado haya tenido la oportunidad de contradecir un testimonio de cargo y de interrogar a su autor en el momento de la declaración o en otro posterior. Si se ha dispuesto de tal posibilidad, pero no se ha hecho uso de ella, no podrá apreciarse entonces vulneración alguna de este derecho si se otorga validez a las declaraciones prestadas en la instrucción de imposible reproducción en el plenario<sup>25</sup>.

Tales consideraciones que se recogen, posteriormente, en la Recomendación Rec (2005) 9 de 20 de abril de 2005 relativa a la protección de testigos y colaboradores de la Justicia, se barajan también por el Tribunal cuando se ha tenido que enfrentar con los problemas que plantean determinadas medidas de protección de los testigos, especialmente en los casos de delitos contra la libertad sexual sobre menores. El Tribunal consciente de las particularidades que encierran estos procesos, admite que se tomen

---

<sup>23</sup> Cfr. Sentencias del TEDH de 6 de diciembre de 1988, caso *Barberà, Messegue y Jabardo v. España* y de 12 de febrero de 1985, caso *Colozza v. Italia*.

<sup>24</sup> Cfr. Sentencias del TEDH de 5 de julio de 2011, caso *Dan v. Moldavia* y de 29 de junio de 2017, caso *Lorefice v. Italia*.

<sup>25</sup> Así, por ejemplo, puede citarse la sentencia dictada en el caso *Gani v. España*, de 19 de febrero de 2013, en la que el Tribunal no apreció vulneración alguna en la lectura y posterior valoración como prueba de cargo de la declaración prestada en fase de instrucción por el testigo afectado por estrés postraumático y en la que se dio ocasión al abogado de la defensa de estar presente (lo que no hizo); las garantías observadas en la instrucción (oportunidad de que estuviera presente e interrogara la defensa) y las circunstancias del caso (imposibilidad de prestar declaración en el juicio oral ante la persistencia de su enfermedad) justificaban que el interés de la justicia militara manifiestamente a favor de la lectura en el plenario de tales declaraciones sumariales.

ciertas medidas de protección siempre que resulten conciliables con las exigencias de la defensa para lo cual las autoridades judiciales nacionales deben adoptar medidas que compensen los obstáculos que aquélla pueda encontrar (sentencia del TEDH caso *S. N. v Suecia*, de 2 de julio de 2002 y decisión de inadmisión de 20 de enero de 2005 en el caso *Accardi y otros v. Italia*).

La trascendencia y repercusión de esta doctrina se manifiesta en su recepción y aplicación por el Tribunal de Justicia UE en su relevante sentencia de 16 de junio de 2005 en el asunto C-105/03 (Caso *Pupino*)<sup>26</sup>, donde sentó el criterio de la necesidad de aplicación conforme del derecho nacional con las disposiciones del (antiguo) tercer pilar y avaló la aplicación a menores, atendida su vulnerabilidad, de soluciones de preconstitución de su declaración testifical aun no estando previstas específicamente para tal supuesto. Lo relevante, en todo caso, como declaró el Tribunal de Justicia (Gran Sala) al interpretar en esta sentencia la Decisión marco relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal es que las medidas de protección a los testigos respeten el derecho a un proceso equitativo tal y como se recoge en el art.6 CEDH y se interpreta por el TEDH<sup>27</sup>.

En definitiva, el debido equilibrio entre los derechos de la defensa garantizados por el art.6 CEDH y 47-48 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la debida protección a víctimas y testigos vulnerables constituye la piedra angular sobre la que se debe apoyar cualquier medida destinada a regular la prueba testifical.

### 3.2. HACIA LA GENERALIZACIÓN DE LA PRECONSTITUCIÓN PROBATORIA DE VÍCTIMAS Y TESTIGOS VULNERABLES TRAS LA REFORMA OPERADA POR LA LEY ORGÁNICA 8/2021

La jurisprudencia de los tribunales españoles (señaladamente Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo)<sup>28</sup> ha seguido un criterio

---

<sup>26</sup> ECLI:EU:C:2005:386.

<sup>27</sup> Citando expresamente las sentencias dictadas en los casos *P.S. v. Alemania* de 2001, *S.N. v. Suecia*, de 2002, *Rachdad v. Francia*, de 2004 y la resolución de inadmisión de la demanda del caso *Accardi y otros v. Italia*, de 2005. Sobre este punto véanse, asimismo, las sentencias del TJUE de 29 de julio de 2019, caso C-38/18, *Gambino* (ECLI:EU:C:2019:628) y de 21 de diciembre de 2011, caso C-507/10, *X e Y* (ECLI:EU:C:2011:873).

<sup>28</sup> Sobre la regulación inmediatamente anterior a la reforma operada por LO 8/2021 y doctrina jurisprudencial del TS y TC vid. GARCÍA RODRÍGUEZ,

algo restrictivo<sup>29</sup> a la hora de admitir la preconstitución probatoria de las declaraciones testificales obviando la posterior declaración en el juicio oral. La regulación anterior a la ahora modificada por Ley Orgánica 8/2021 daba pie a tal interpretación al regular como mera posibilidad la indicada preconstitución probatoria condicionada a que a raíz de la evaluación individual de las necesidades de protección de la víctima o testigo se apreciara que, por su falta de madurez, la declaración en el juicio oral le pudiera causar graves perjuicios psicológicos o emocionales.

La reforma operada en esta materia en la LECrim supone por ello un avance exponencial al disponer ahora con carácter prácticamente general, cuando de la declaración de menores o personas con discapacidad se trate<sup>30</sup>, la preceptividad de la preconstitución probatoria de sus declaraciones y su realización sin confrontación alguna con el investigado.

La propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2021 se refiere a esta cuestión indicando que la prueba preconstituida es un instrumento adecuado para evitar la victimización secundaria, particularmente eficaz cuando las víctimas son personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

---

M.J., “Exploración del menor-víctima durante la fase de instrucción y su valor como prueba preconstituida en el acto del juicio oral: un examen a la luz de la reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *Revista General del Derecho Procesal*, núm. 36, 2015; MUERZA ESPARZA, J., “Sobre la prueba testifical del menor-víctima en el proceso penal”, en *Derecho probatorio y otros estudios procesales. Liber amicorum Vicente Gimeno Sendra* (Asencio Mellado, J.M., director), Ed. Castillo de Luna, Madrid, 2020, pp.1365-1378; GRANDE SEARA, P., “La posibilidad de anticipar o preconstituir la prueba testifical del menor de edad en el proceso penal”, en *Justicia y personas vulnerables en Iberoamérica y en la Unión Europea* (Alvarez Alarcón, A., director), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp.225-234.

<sup>29</sup> Claramente reveladoras las Sentencias del Tribunal Supremo 750/2016, de 11 de octubre; 178/2018, de 12 de abril; 424/2019, de 19 de septiembre; 579/2019, de 26 de noviembre; 44/2020, de 11 de febrero; o 321/2020, de 17 de junio, entre otras, que configuran un cuerpo de doctrina sobre el estatuto de la declaración del menor fuera del juicio oral, estableciendo los presupuestos y requisitos de validez para que dicha declaración pueda enervar legítimamente la presunción de inocencia del acusado.

<sup>30</sup> Atendida la amplitud de las categorías delictivas en las que ha de asegurarse de conformidad con lo dispuesto en el art.449 *ter* LECrim.

Ahora bien, no sólo el dato de evitar una eventual victimización secundaria avala la nueva solución legal. A ello se suma la necesidad de conjurar las deficiencias derivadas de una demora en la realización de la declaración testifical si se aplaza al juicio oral dado que los recuerdos se tornan más imprecisos y pueden estar sometidos, además, a influencias externas que pueden desvirtuarlo. Este aseguramiento de la calidad del testimonio redundante, al tiempo, en una protección de los derechos del propio encausado<sup>31</sup>.

### 3.2.1. ALCANCE DE LA NUEVA REGULACIÓN

En primer término, una lectura de los apartados quinto a octavo de la disposición final primera de la Ley Orgánica 8/2021 revela que se tornan en preceptivas las soluciones que en los antiguos arts. 433 y 448 LECrim. se preveían como meramente facultativas para el Instructor a la hora de tomar declaración a estas personas, cuyos párrafos alusivos se suprimen.

En su lugar los nuevos arts. 449 *bis* y 449 *ter* LECrim regulan de forma completa y sistemática la prueba preconstituida, fijándose los casos en que ha de ser aplicable, los sujetos a los que alcanza y/o beneficia y los requisitos necesarios para su validez. Atiende así, de manera decidida, a las reiteradas peticiones que venían demandando un Protocolo común<sup>32</sup> o, más decididamente, una regulación legal<sup>33</sup> que disciplinara la forma de llevar a cabo tales declaraciones en condiciones adecuadas a la vulnerabilidad de los sujetos involucrados.

El art.449 *ter* LECrim concretamente impone al Juez la preconstitución de la prueba en los supuestos que regula. Los términos de la ley (“acordará, en todo caso, practicar la audiencia como prueba preconstituida”) no dejan lugar a duda sobre su carácter preceptivo con el efecto, en tales casos, a que posteriormente haremos alusión, de prescindir de la intervención del testigo en el acto del juicio oral, salvo limitadas excepciones.

---

<sup>31</sup> Vid., en este sentido, DEFENSOR DEL PUEBLO. *Estudio sobre La escucha del menor, víctima o testigo*, mayo, 2015, p.45.

<sup>32</sup> Vid., de nuevo, DEFENSOR DEL PUEBLO, *Estudio sobre la escucha...*, op. cit., pp.50-51.

<sup>33</sup> Así GARCÍA RODRÍGUEZ, M.J., “Exploración del menor-víctima...”, op.cit.

En cuanto a los casos en que ha de ser aplicable, la ley establece un límite de tipo objetivo al reservar su aplicación a los procesos que tengan por objeto la instrucción de un delito de homicidio, lesiones, contra la libertad, contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidación, contra las relaciones familiares, relativos al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas, de organizaciones y grupos criminales y terroristas y de terrorismo. Un amplio catálogo de delitos en el que se incluyen los de mayor gravedad y en los que la declaración de estas personas dentro del juicio puede derivar en la temida victimización secundaria.

Tratándose de delitos leves (como pueden ser algunos tipos de lesiones) en que el proceso para su enjuiciamiento carece de fase de instrucción, el legislador consciente de la necesidad de que en ocasiones sea conveniente practicar anticipadamente (fuera del juicio oral) la declaración del menor o persona con discapacidad lo prevé y permite, aunque en estos casos con un carácter potestativo y no preceptivo (art.449 *ter in fine*). Adviértase, no obstante, que en estos supuestos la declaración se producirá fuera del juicio oral pero ante el propio órgano competente para el enjuiciamiento constituyendo por ende un supuesto de prueba anticipada<sup>34</sup>.

En cuanto a las personas a las que afecta, la ley reserva este régimen para los menores de catorce años y para las personas con discapacidad necesitadas de especial protección con independencia de su edad. Con relación a las primeras, el legislador da por hecho que por debajo de catorce años hay una falta de madurez y un limitado desarrollo que hace necesario tomar esas medidas para protegerles a la hora de prestar testimonio. En cuanto a las segundas, frente a la limitación existente en la legislación anterior que circunscribía la posibilidad de preconstitución probatoria a las *personas con la capacidad judicialmente modificada*, se elimina esa exigencia<sup>35</sup> extendiéndose ahora a todas las personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

---

<sup>34</sup> Véase apartado 3.1 y nota 21 de este trabajo.

<sup>35</sup> En armonía con la nueva regulación dispensada en materia de discapacidad por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.



El juego de los dos componentes -objetivo y subjetivo- manejados en el art.449 *ter* LECrim hace surgir la duda sobre si la posibilidad de preconstitución probatoria está ahora vedada para el citado catálogo de delitos respecto de los menores comprendidos en la franja que va de los catorce a los dieciocho años, o respecto de los menores de catorce y personas con discapacidad que tengan que declarar en un proceso cuyo objeto sea la investigación o enjuiciamiento de delitos no incluidos en dicho precepto. Ciertamente que la literalidad del art.449 *ter* combinada con la de los concordantes arts.449 *bis* y 707.2 parece dar a entender que tal posibilidad, si no excluida, si tiene un ámbito residual y muy limitado ya que debería reconducirse a los supuestos generales previstos en los arts.448, 449, 777.2 y 797.2 estando reservada por tanto a los casos de “imposibilidad material” de practicar la declaración en el juicio oral. No obstante, y con Pillado González<sup>36</sup>, consideramos que debería buscarse una exégesis más coherente con el espíritu de la Ley Orgánica 8/2021 y de la Ley 4/2015, del Estatuto de la víctima que tratan de ofrecer una protección integral a los menores y personas con discapacidad frente a la victimización secundaria. Y a la vista de que los arts. 448.1, 449 y 777.2 LECrim no han sido modificados, se debería acudir a la interpretación jurisprudencial de los mismos que amplía el concepto de “imposibilidad de testificar en el juicio oral” entendiéndolo que puede incluir el riesgo que supone para su desarrollo personal o equilibrio mental la declaración en juicio a la vista de su madurez<sup>37</sup>. En definitiva, de concurrir razones que acrediten la falta de madurez del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, debería facilitarse la preconstitución de la prueba acompañada de las garantías del derecho de defensa del encausado.

### 3.2.2. REQUISITOS PARA LA PRECONSTITUCIÓN DE LA PRUEBA.

Los arts.449 *ter* y 449 *bis* establecen los requisitos a observar para dotar a la prueba preconstituida de las debidas garantías. Marcan así un

---

<sup>36</sup> PILLADO GONZÁLEZ, E., “La declaración de la víctima menor...”, op.cit., pp.560-561.

<sup>37</sup> Vid., en este sentido, sentencias del Tribunal Supremo, Sala 2ª, 884/2010, de 6 de octubre y 1594/2011, de 13 de octubre.

patrón de obligado cumplimiento y de carácter común que toma como modelo el de algunos protocolos que se venían empleando por ciertas Audiencias Provinciales<sup>38</sup> y Juzgados<sup>39</sup> especialmente sensibilizados en la protección de víctimas vulnerables, adoptando ahora una demandada solución unitaria y homogénea.

En primer lugar, el propio art.449 *ter* indica que deberán observarse todas las garantías de la práctica de prueba en el juicio oral y de conformidad con el procedimiento que establece el art.449 *bis*. Esto supone, según veremos, adoptar las medidas necesarias para asegurar la contradicción de las partes personadas y, singularmente, las del investigado. A este respecto y según dispone también este mismo precepto, para el supuesto de que la persona investigada estuviere presente en la audiencia del menor (y, consideramos, también en la de una persona con discapacidad) se evitará su confrontación visual con el testigo, utilizando para ello, si fuese necesario, cualquier medio técnico (lo que apunta, por ejemplo, al empleo de Cámaras Gesell)<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> Así, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Cáceres, sobre cuyo Protocolo puede consultarse TENA ARAGÓN, M<sup>a</sup> F., “Protocolo de actuación con menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección víctimas de delitos”, *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales* (De Hoyos Sancho, directora), Aranzadi, Cizur Menor 2017, pp. 263-273.

<sup>39</sup> Así, entre otros, los Juzgados de Valencia que ya en 2014 adoptaron unas *Normas de funcionamiento para la práctica de diligencias de exploración de menores, declaraciones de víctimas de especial vulnerabilidad y pruebas anticipadas por videoconferencia del Decanato de los Juzgados de Valencia*, sobre el cual puede consultarse VIGUER SOLER, P., “La protección del menor víctima del delito: experiencias en los Juzgados de Valencia”, en *El interés superior del menor en la jurisprudencia internacional, comparada y española* (Sanz Caballero, S. directora), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp.293-295 y, del mismo autor, “Estatuto de la víctima, protección del menor y prueba preconstituida”, *Cuadernos Penales Jose M<sup>a</sup> Lidón, ¿Es posible una justicia orientada a la persona?: retos que plantea el proceso penal tras la aprobación del Estatuto de la víctima del delito*, n<sup>o</sup> 14, 2018, pp. 49-81.

<sup>40</sup> Sobre el empleo de Cámaras o Salas Gesell, vid. entre otros, LUACES GUTIÉRREZ, A.I., “La prueba preconstituida en menores de edad tras la LO 8/2021: especial referencia a la utilización de Cámaras Gesell como instrumento para evitar la victimización secundaria”, *La Ley. Derecho de Familia* n<sup>o</sup> 34, abril-junio (*La dignificación de la Justicia Penal de familia*); BELTRÁN MONTOLIU, A., “Víctimas vulnerables...”, op.cit.; MARRERO GUANCHE, D., “La prueba testifical anticipada como instrumento para reducir la victimización

Se añaden además en este art.449 *ter* LECrim dos puntualizaciones de especial interés. Por una parte, la necesidad de asegurar que la realización de la declaración se lleve a cabo con todas las garantías de accesibilidad y apoyos necesarios, extremo este último que tratándose de la declaración de las personas con discapacidad da entrada a la actuación de *facilitadores* que puedan asistir a la persona con discapacidad en este trámite<sup>41</sup>. Por facilitador o persona facilitadora hay que entender aquel profesional experto que realiza tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida<sup>42</sup>.

Por otra parte, se establece la posibilidad (que no obligación) conferida a la autoridad judicial de que la diligencia se practique a través de personas expertas. Aunque el párrafo que prevé tal solución menciona sólo al menor de edad como persona destinataria de esta solución, parece tratarse de un mero olvido del legislador siendo de la opinión de que puede y debe aplicarse también en relación con las personas con discapacidad necesitadas de especial protección. En tal caso las partes trasladarán a la autoridad judicial las preguntas que estimen oportunas quien, previo control de su pertinencia y utilidad, se las facilitará a las personas expertas. Una vez realizada la exploración, las partes podrán interesar, en los mismos términos, aclaraciones al testigo garantizándose de este modo la contradicción exigida en el precepto. La declaración siempre será grabada y el Juez, previa audiencia de las partes, podrá recabar del perito un informe dando cuenta del desarrollo y de su resultado<sup>43</sup>.

---

secundaria de menores de edad en el proceso penal”, *Anales de la Facultad de Derecho*, 38, septiembre 2021, pp. 105-129.

<sup>41</sup> Sobre sus funciones vid. ampliamente DE ARAOZ, I., *Acceso a la justicia: ajustes de procedimiento para personas con discapacidad intelectual y del desarrollo*, Plena Inclusión España, Madrid, 2018, pp.72 y ss; PLENA INCLUSIÓN, *La persona facilitadora en procesos judiciales*, Madrid, 2020, pp.14 y 15.

<sup>42</sup> Concepto que maneja el art.7 *bis* 2.c) LEC.

<sup>43</sup> Como indica LUACES GUTIÉRREZ, los dictámenes periciales de veracidad no pueden suplir al juez en la función de valoración de este medio de prueba, pero pueden asistirle en la resolución judicial. La pericia facilitará unos parámetros para la valoración, pero no podrá referir la certeza de la producción de los hechos relatados, solo podrá indicar si con arreglo a los sistemas, protocolos o test valorativos convalidados concurren o no indicadores de fiabilidad o de no fiabilidad (LUACES GUTIÉRREZ, A.I., “La prueba preconstituida en menores de edad.”, op.cit).

Del precepto se deduce la conveniencia, en suma, de que la declaración se realice en un ambiente agradable evitando que sienta la presión del aparato judicial y se genere un clima que perturbe la calidad de su testimonio. A todo ello deben añadirse, en lo que a las personas con discapacidad se refiere, los extremos que establece el art.7 *bis* LEC que a efectos de cumplir con el derecho que les asiste a entender y ser entendidas en cualquier actuación que deba llevarse a cabo, indica que a tal fin todas las comunicaciones se harán en un lenguaje claro, sencillo y accesible, de un modo que tenga en cuenta sus características personales y sus necesidades. Se les facilitará la asistencia o apoyos necesarios para que pueda hacerse entender, lo que incluirá la interpretación en las lenguas de signos reconocidas legalmente y los medios de apoyo a la comunicación oral de personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas, y la participación de un profesional experto que a modo de facilitador realice las tareas de adaptación y ajuste necesarias.

Por su parte y para completar debidamente la regulación, se introducen las disposiciones oportunas en el art.449 *bis* LECrim para que la declaración se rodee de las garantías precisas para garantizar la contradicción y respeto al derecho de defensa, pero también de las prevenciones necesarias para que una ausencia táctica del investigado debidamente citado y, aún, de su Letrado no pueda frustrar la práctica de la prueba<sup>44</sup>. Le corresponde a la autoridad judicial no sólo garantizar la contradicción; también asegurar la documentación de la declaración en soporte apto para la grabación del sonido y la imagen, tarea ésta más propia del Letrado de la Administración de Justicia que del Juez si bien el precepto encarga a aquél la obligación de comprobar, de forma inmediata, la calidad de la grabación audiovisual con la clara finalidad de asegurar que en su día pueda desplegar la virtualidad probatoria perseguida evitando que el declarante deba volver a hacerlo en el juicio oral. Se acompañará acta sucinta autorizada por el Letrado de la Administración de Justicia, que

---

<sup>44</sup> La ausencia de la persona investigada debidamente citada no impedirá la práctica de la prueba preconstituida, si bien su defensa letrada, en todo caso, deberá estar presente. En caso de incomparecencia injustificada del defensor de la persona investigada o cuando haya razones de urgencia para proceder inmediatamente, el acto se sustanciará con el abogado de oficio expresamente designado al efecto.

contendrá la identificación y firma de todas las personas intervinientes en la prueba preconstituida.

### 3.2.3. EFICACIA Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA PRECONSTITUIDA

Para la valoración de la prueba preconstituida obtenida conforme a lo previsto en el art. 449 *bis*, se estará a lo dispuesto en el artículo 730.2 LECrim, norma que prevé la reproducción de la grabación audiovisual de la declaración de la víctima o testigo a instancia de cualquiera de las partes.

Además, en armonía con la preferencia por la práctica en forma preconstituida de las citadas declaraciones, se incorporan también las modificaciones oportunas en el Libro III de la LECrim dedicado al juicio oral para recoger el modo de introducir en él la prueba así practicada, al efecto de que pueda ser valorada por el Juzgador.

Se establece como regla general en el art.707 *bis* LECrim que en estos supuestos de preconstitución probatoria se prescindirá de una nueva declaración testifical en el juicio oralprocediéndose en cambio, a instancia de la parte interesada, a la reproducción en la vista de la grabación audiovisual, de conformidad con el artículo 730.2 LECrim, sin que sea necesaria la presencia del testigo en la vista. Sólo cabe su declaración en el acto del juicio (siempre a petición de parte) en dos supuestos previstos en el citado art.707 *bis* LECrim.

En primer lugar, y con carácter claramente excepcional, cuando se considere necesaria y así se acuerde en resolución motivada

En segundo lugar, y justificado por la imposibilidad de que la declaración prestada en forma preconstituida pueda tener eficacia probatoria, cuando la declaración no reúna todos los requisitos previstos en el art.449 *bis* LECrim y cause indefensión a alguna de las partes<sup>45</sup>, supuesto

---

<sup>45</sup> A juicio de F. ETXEBERRÍA GURIDI Los dos supuestos recogidos en dos párrafos distintos del art.707 LECrim están planteados un tanto confusa. Los requisitos del primer supuesto (necesidad, resolución motivada, petición de parte) han de ser trasladables al segundo supuesto. En el segundo supuesto, además, no se entiende el empleo de la conjunción copulativa para los dos presupuestos que enuncia, pues con la concurrencia de cualquiera de ellos sería deseable excluir la prueba (ETXEBERRIA GURIDI, J.F., “Protagonismo probatorio de la víctima en el proceso penal: inconvenientes ¿y posibles

que, por ejemplo, puede referirse a los casos en que existan defectos en la grabación pese al deber del Letrado de la Administración de Justicia de haber comprobado su corrección inmediatamente después de su práctica.

En ambos supuestos, así como en todos aquellos en que por no haber sido posible en su día preconstituir la declaración del menor o de la persona con discapacidad necesitada de especial protección deba intervenir en el acto del juicio, su declaración se llevará a cabo, cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ella puedan derivar del desarrollo del proceso o de la práctica de la diligencia, evitando la confrontación visual con la persona inculpada. Con este fin podrá ser utilizado cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba, incluyéndose la posibilidad de que los testigos puedan ser oídos sin estar presentes en la sala mediante la utilización de tecnologías de la comunicación accesibles (art.707 LECrim) y recurriéndose, en su caso, a la videoconferencia (art.731 bis LECrim).

#### 4. PERSPECTIVAS DE FUTURO

Con fecha 24 de noviembre de 2020 se aprobó en Consejo de Ministros un nuevo Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal (ALECrim, en adelante), que lamentablemente parece estar condenado (al igual que sus inmediatos predecesores de 2011 y 2013) a no convertirse en ley. Pese a ello conviene traer aquí, siquiera sea a grandes rasgos, las líneas que seguía en la materia que nos ocupa, puesto que en todo caso constituye un valioso referente para cualquier regulación futura.

En dicho texto se lleva a cabo un profundo cambio en la configuración del sistema, regulándose un “incidente de aseguramiento de las fuentes de prueba” ante el Juez de Garantías, al que podrán acceder en todo momento del proceso el fiscal, la defensa y las acusaciones cuando exista un riesgo de pérdida previsible de una fuente de prueba personal (arts.591 a 603 ALECrim)<sup>46</sup>.

---

soluciones? (al hilo del Convenio de Estambul), en *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 33, 2022, págs. 326-363)

<sup>46</sup> Vid. apartado LXVI de la Exposición de Motivos, referido a este incidente de aseguramiento.

Pero, además de estos supuestos ordinarios en los que se aprecia un riesgo de pérdida de la fuente de prueba, también se contemplan dos supuestos especiales en los que se puede acudir al incidente de aseguramiento, que no obedecen a este fundamento general de la institución. Uno de ellos, precisamente, el de la declaración de personas vulnerables cuya justificación -según se indica en el apartado LXVI de la Exposición de Motivos- radica en que atendidas las condiciones de edad o de discapacidad que presenta, resulta absolutamente inidóneo el examen contradictorio del testigo por lo que se debe establecer un cauce especial de aseguramiento que incluye la colaboración de un especialista con conocimientos idóneos para entablar la adecuada comunicación con el testigo vulnerable y obtener de este modo los datos pertinentes evitando en lo posible la victimización secundaria.

Pues bien, este proyectado régimen de la declaración de los testigos menores de edad o de personas con discapacidad persevera en la línea abierta por la Ley Orgánica 8/2021 que hemos examinado, mejorándola en algunos puntos.

Los arts.469 y 470 del ALECrim dedicados, respectivamente, a la “declaración del menor de edad” y a la “declaración de la persona con discapacidad”, tras establecer las garantías o medidas protectoras que deben rodear su declaración en la fase de instrucción<sup>47</sup> disponen que “si por razón de la edad y situación de vulnerabilidad el testigo no debe ser sometido al examen contradictorio de las partes en el acto del juicio oral, se procederá a asegurar la fuente de prueba conforme a lo dispuesto en el artículo 600 de esta ley”. Y dicho art. 600 ALECrim, contempla las “especialidades de la declaración de menores de edad o de personas con discapacidad” consistentes, básicamente, en que se tomará de forma

---

<sup>47</sup> Entre otras, declaración acompañado de quien ejerza su patria potestad o guarda o asistida por la institución de apoyo correspondiente; no se le recibirá juramento ni se la hará apercibimiento alguno de incurrir en responsabilidad; el interrogatorio se realizará a la mayor brevedad desde que se tenga conocimiento del hecho delictivo; posibilidad de tomarle declaración con la intervención de un experto en psicología del testimonio; posibilidad de excluir la presencia del fiscal y de las demás partes en el lugar del interrogatorio, aunque garantizando que puedan presenciarlo a través de medios técnicos; siempre se grabará la declaración en soporte audiovisual y no se reiterará su práctica salvo que sea imprescindible para los fines de la investigación.

reservada a través de un perito experto en psicología del testimonio y utilizando métodos y técnicas adecuados a la edad y a las especiales condiciones de la persona que haya de declarar. Se prevé la posibilidad de excluir la presencia de las partes, asegurando la contradicción.

En armonía con la opción de no haber fijado límites adicionales de edad para el menor declarante ni tipologías delictivas a las que restringir las medidas indicadas para la preconstitución probatoria, no determina con carácter general la excepcionalidad de la posterior reiteración del testimonio en el acto del juicio oral, sino que lo condiciona a que “el juez o tribunal competente para el enjuiciamiento considere que, por razón de la edad o de las condiciones personales del testigo, no deba someterse al examen contradictorio de las partes o cuando, por el tiempo transcurrido, pueda haberse producido una merma relevante de la calidad informativa del testimonio”<sup>48</sup>.

Para el caso de que, finalmente los testigos menores de edad y las personas con discapacidad en situación de vulnerabilidad hayan de prestar declaración en el juicio oral, el art. 672 ALECRim regula las especialidades que se han de aplicar: se prestará con la asistencia del representante legal del menor o de quien integre la institución de apoyo de la persona con discapacidad y, tratándose de menores de dieciséis años, evitándose siempre la confrontación visual con el acusado; cuando las condiciones de la persona que haya de declarar lo requieran, la declaración se realizará utilizando las tecnologías de la comunicación que permitan que el testigo preste declaración en dependencias judiciales, sin estar presente en la sala de vistas; el testigo será interrogado únicamente por el presidente del tribunal, pudiendo las partes solicitar que realice las preguntas adicionales que consideren necesarias. No obstante, el presidente permitirá que las partes realicen las preguntas directamente si de ello no se deriva perjuicio alguno para el testigo.

---

<sup>48</sup> Tal disposición se complementa con lo previsto en el art. 635.6 ALECRim, relativo a la “Admisión de la prueba”, al disponer que, si las partes han propuesto la testifical de un menor de edad o de una persona especialmente vulnerable, el tribunal, valorando su edad y circunstancias, determinará si ha de declarar en el juicio oral y, en su caso, las condiciones en las que habrá de hacerlo; y añade que “las declaraciones obtenidas a través del incidente para el aseguramiento de la fuente de prueba se harán valer en el juicio oral mediante la reproducción de lo grabado y, si las partes lo solicitan, se hará comparecer al perito experto en psicología del testimonio que obtuvo la declaración”.



## 5. CONCLUSIONES

La ley Orgánica 8/2021, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia ha introducido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal una serie de modificaciones que suponen un avance en el tratamiento que se dispensa a los menores y a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección que se ven involucradas (como víctimas o como testigos) en un proceso penal.

Especialmente relevante, de cara a la finalidad de evitar la victimización secundaria de estas personas vulnerables, la apuesta que ahora se hace por la preconstitución probatoria en fase de instrucción, previendo su práctica en esta forma como regla general y rodeando a la declaración así prestada de las garantías necesarias para que con posterioridad pueda desplegar plena eficacia probatoria en el juicio oral sin necesidad de intervención en la vista del declarante. Esta novedad, junto con otras introducidas en la legislación procesal penal por la citada ley orgánica<sup>49</sup> ponen de manifiesto que la nueva ley es un paso en el camino correcto para lograr el pleno respeto al interés del menor en su contacto con el sistema de Justicia que exige la Convención sobre los derechos del niño y la plena inclusión de las personas con discapacidad exigida por la Convención de Nueva York.

Con todo y pese a las mejoras indicadas, la nueva regulación suscita algunas dudas y adolece de ciertas carencias. Dudas especialmente en cuanto a la posibilidad de preconstituir la declaración de menores comprendidos en la franja situada entre los catorce y dieciocho años y para menores de catorce años y personas con discapacidad necesitadas

---

<sup>49</sup> Como las reformas operadas en el alcance de las excepciones al deber de denunciar, en los límites al derecho a la dispensa del deber de declarar o en las medidas cautelares penales y civiles adoptadas en el marco de la orden de protección. Sobre esa materia permítaseme remitir a ARANGÜENA FANEGO, C. “Personas con discapacidad y proceso penal. Última reforma de la LECrim (L.O. 8/2021) y perspectivas de futuro”, *Justicia poliédrica en periodo de mudanza. Nuevos conceptos, nuevos sujetos y nueva intensidad* (Barona Vilar, S., directora), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp.585-604. Vid., asimismo, MAGRO SERVET, V., “Análisis de la reforma procesal penal de la Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia”, *Diario La Ley*, nº 9862, de 2 de junio de 2021.

de especial protección el régimen a seguir cuando el delito investigado no sea uno de los que se listan en el art.449 *ter* LECrim. Sensibles carencias especialmente en lo que a personas con discapacidad se refiere; algo que, en cierta medida, puede deberse a que el legislador sigue partiendo de la premisa errónea de considerar al colectivo de personas con discapacidad como un grupo homogéneo obviando que existen diversos tipos de discapacidad (física, sensorial y psíquica o intelectual) que demandan soluciones diversas a la hora de regular la participación en el proceso de las personas afectadas por uno u otro tipo de discapacidad.

Por otra parte, hay que ser conscientes de que las soluciones y el progreso en este punto no sólo debe procurarlas la ley. Los operadores jurídicos deben estar a la altura de detectar necesidades, conocer y aplicar debidamente las normas legales pues, como ocurre a menudo, la eficacia de la protección depende en buena medida de su actuación. Son los jueces y magistrados, fiscales, abogados, además de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad<sup>50</sup>, los que han de hacer prueba de voluntarismo para que la protección de los vulnerables no sea letra muerta. Es necesario reconocer un *favor vulnerabilis* como criterio de interpretación y aplicación de la norma o, al menos, como criterio corrector<sup>51</sup>.

Tratándose de víctimas de delitos, aunque la Ley del Estatuto de la Víctima exige una evaluación individualizada para detectar sus necesidades de protección, los protocolos a seguir a tal fin siguen siendo poco adecuados y homogéneos, lo que puede conducir a su ineficacia. Identificar la existencia de estas circunstancias personales es una responsabilidad común compartida por todos los operadores jurídicos,

---

<sup>50</sup> Cuya labor en los primeros momentos de atención a la víctima del delito o a los testigos que lo han presenciado es de enorme importancia en cuanto a la detección de la concurrencia de algún tipo de discapacidad, especialmente intelectual, y a su reflejo en el atestado. Los protocolos de detección adoptados por Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en la materia y distintas iniciativas debidas a instituciones de estudio y apoyo a la discapacidad han propiciado avances significativos que conviene generalizar y difundir en todo el territorio nacional buscando una cierta homogeneidad; vid. como un buen ejemplo ALAPAR, *Guía de intervención policial con personas con discapacidad intelectual*, Madrid, 2017.

<sup>51</sup> En este sentido PEREÑA VICENTE, M., “Vulnerabilidad y Derecho”, *Otrosí. Revista del Colegio de Abogados de Madrid*, nº.8, 2021, pp.30-33.

ya sean miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad<sup>52</sup>, funcionarios de la administración de justicia, jueces, fiscales o Abogados<sup>53</sup>.

De ahí la necesidad de seguir avanzando, lo que pasa entre otros extremos por disponer las dotaciones presupuestarias necesarias para la instalación de cámaras Gesell en los tribunales de justicia algo que, a día de hoy, sigue siendo residual; ampliar las dotaciones para poder contar con el necesario número de expertos para poder intervenir en las declaraciones de menores y personas con discapacidad; mejorar si es menester la regulación existente; y, establecer también programas de formación de manera periódica y campañas de concienciación, dirigidos a abogados, funcionarios de los tribunales, jueces, fiscales y agentes del orden público<sup>54</sup>. En este sentido se deben aplaudir las previsiones también contenidas en la Ley Orgánica 8/2021 que reforman diversos preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial merced a los cuales se regula la necesidad de formación especializada en las carreras judicial y fiscal, en el cuerpo de letrados y en el resto de personal al servicio de la Administración de Justicia, exigida por toda la normativa internacional, en la medida en que las materias relativas a la infancia y a personas con discapacidad se refieren a colectivos vulnerables. Como también las soluciones y regulación que sobre el particular contenía en el Anteproyecto de LECrim de 2020 a las que hemos hecho alusión.

En definitiva, hay que aplaudir la nueva regulación en la materia con la generalización de la preconstitución de la declaración pero también ser conscientes de que sin embargo no coadyuvará a la reducción de la victimización secundaria si su aplicación se dilata en el tiempo, si no se adoptan protocolos de buenas prácticas, y si por parte de los operadores jurídicos no se toma conciencia de la importancia de la protección de

---

<sup>52</sup> Vid., sobre esta cuestión RECOVER, T. y ARAOZ, I. DE (coords), *Las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo ante el proceso penal*, FEAPS, Madrid, 2014, pp.28-29.

<sup>53</sup> CARNICER DÍEZ, C., “Prólogo”, en *Las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo ante el proceso penal* (T. Recover e I. de Araoz, coords.), FEAPS, Madrid, 2014, p.10.

<sup>54</sup> Véanse, a este respecto para las personas con discapacidad las *Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España* del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 9 de abril de 2019, §25.

las víctimas vulnerables como es el menor de edad y la persona con discapacidad, en un proceso penal<sup>55</sup>.

El enfoque correcto de la exploración/declaración del menor o persona con discapacidad víctima o testigo es el que se produce desde la óptica de sus derechos fundamentales, cuyo reconocimiento y efectividad no pueden subordinarse al éxito de la función sancionadora del proceso penal ni están en conflicto con los derechos del encausado. Tampoco constituyen un obstáculo al ejercicio de la función jurisdiccional. Es decir, no se trata de sacrificar los derechos de la parte pasiva del proceso penal ni de poner trabas a la satisfacción del interés público en la realización del derecho penal. Se trata de que los sistemas de justicia penal implanten todos los medios necesarios para alcanzar un justo equilibrio entre todos los derechos e intereses que confluyen en el proceso<sup>56</sup>.

## BIBLIOGRAFIA

ALAPAR, *Guía de intervención policial con personas con discapacidad intelectual*, Madrid, 2017.

ARANGÜENA FANEGO, C., “Prueba testifical y doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Derecho probatorio y otros estudios procesales. Liber amicorum Vicente Gimeno Sendra* (Asencio Mellado, J.M., director), Ed. Castillo de Luna, Madrid, 2020, pp.65-79.

ARANGÜENA FANEGO, C., “Exigencias en relación con la prueba testifical (artículo 6.3.d/ CEDH)”, en *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos* (García Roca y Santolaya Macheti, coordinadores), Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 3ª ed., Madrid, 2014, pp.359-375.

ARANGÜENA FANEGO, C., “Personas con discapacidad y proceso penal. Última reforma de la LECrim (L.O. 8/2021) y perspectivas de futuro”, *Justicia poliédrica en periodo de mudanza. Nuevos conceptos, nuevos sujetos y nueva intensidad* (Barona Vilar, S., directora), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp.585-604.

<sup>55</sup> En este sentido SEMPERE FAUS, S., “La grabación audiovisual de la declaración del menor de edad: la prueba preconstituida y la eficacia de la cámara Gesell en la reducción de la victimización secundaria”, *Revista General de Derecho Procesal*, 48 (2019), p.49.

<sup>56</sup> SERRANO MASIP, M., “Una justicia europea adaptada al menor: exploración de menores víctimas o testigos en la fase preliminar del proceso penal”, *Indret*, nº 2, 2013, pp. 49-50.

BELTRÁN MONTOLIU, A., “Víctimas vulnerables: especial referencia al estatuto del menor a la luz de la L.O. 8/2021 de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia”, *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, n° 3, 2021, 108-149.

CARNICER DÍEZ, C., “Prólogo”, en *Las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo ante el proceso penal* (T. Recover e I. de Araoz, coords.), FEAPS, Madrid, 2014.

DEFENSOR DEL PUEBLO. *Estudio sobre La escucha del menor, víctima o testigo*, mayo, 2015.

DE ARAOZ, I., *Acceso a la justicia: ajustes de procedimiento para personas con discapacidad intelectual y del desarrollo*, Plena Inclusión España, Madrid, 2018.

DE HOYOS SANCHO, M. “Novedades en el tratamiento procesal de las víctimas de hechos delictivos tras las reformas normativas de 2015”, *Diario La Ley*, n° 8689, de 26 de enero de 2016.

ETXEBERRIA GURIDI, J.F., “Protagonismo probatorio de la víctima en el proceso penal: inconvenientes ¿y posibles soluciones? (al hilo del Convenio de Estambul)”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 33, 2022, págs. 326-363.

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J.M. “Presentación”, en *Las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo ante el proceso penal* (T. Recover e I. de Araoz, coords.), FEAPS, Madrid, 2014.

GARCÍA RODRÍGUEZ, M.J., “Exploración del menor-víctima durante la fase de instrucción y su valor como prueba preconstituida en el acto del juicio oral: un examen a la luz de la reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *Revista General del Derecho Procesal*, núm. 36, 2015.

GRANDE SEARA, P., “La posibilidad de anticipar o preconstituir la prueba testifical del menor de edad en el proceso penal”, en *Justicia y personas vulnerables en Iberoamérica y en la Unión Europea* (Alvarez Alarcón, A., director), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp.225-234.

GUZMÁN FLUJA, V., *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

LUACES GUTIÉRREZ, A.I., “La prueba preconstituida en menores de edad tras la LO 8/2021: especial referencia a la utilización de Cámaras Gesell como instrumento para evitar la victimización secundaria”, *La Ley. Derecho de Familia* n° 34, abril-junio (*La dignificación de la Justicia Penal de familia*).

MAGRO SERVET, V., “Análisis de la reforma procesal penal de la Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia”, *Diario La Ley*, n° 9862, de 2 de junio de 2021.

MARRERO GUANCHE, D., “La prueba testifical anticipada como instrumento para reducir la victimización secundaria de menores de edad en el proceso penal”, *Anales de la Facultad de Derecho*, 38, septiembre 2021, pp. 105-129, <https://doi.org/10.25145/j.anfade.2021.38.05>

MORENO CATENA V. y MARTÍN CONTRERAS L. “Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Arts. 1 a 5”, *Indret 2/2004* (Working Paper nº: 206).

MUERZA ESPARZA, J., “Sobre la prueba testifical del menor-víctima en el proceso penal”, *Derecho probatorio y otros estudios procesales Liber amicorum Vicente Gimeno Sendra* (Asencio Mellado, J.M., director), Ed. Castillo de Luna, Madrid, 2020, pp.1365-1378.

PEREÑA VICENTE, M., “Vulnerabilidad y Derecho”, *Otrosí. Revista del Colegio de Abogados de Madrid*, nº.8, 2021, pp.30-33.

PILLADO GONZÁLEZ, E., “La declaración de la víctima menor y las medidas para evitar su revictimización”, *Justicia poliédrica en periodo de mudanza. Nuevos conceptos, nuevos sujetos y nueva intensidad* (Barona Vilar, S., directora), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp.542-562.

PLENA INCLUSIÓN, *La persona facilitadora en los procesos judiciales*, Madrid, 2020.

RECOVER, T. y ARAOZ, I. DE (coords), *Las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo ante el proceso penal*, FEAPS, Madrid, 2014.

SANCHEZ MELGAR, J., “Prueba preconstituida en las declaraciones de los menores y discapacitados, tras la LO 8/2021”, *La Ley. Derecho de Familia*, nº 32, octubre-diciembre 2021.

SEMPERE FAUS, S., “La grabación audiovisual de la declaración del menor de edad: la prueba preconstituida y la eficacia de la cámara Gesell en la reducción de la victimización secundaria”, *Revista General de Derecho Procesal*, 48 (2019).

SERRANO MASIP, M., “Medidas de protección de las víctimas”, en *La víctima del delito y las últimas reformas procesales* (De Hoyos Sancho, M. directora) Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

SERRANO MASIP, M., “Una justicia europea adaptada al menor: exploración de menores víctimas o testigos en la fase preliminar del proceso penal”, *Indret*, nº 2, 2013, pp. 1-50.

TENA ARAGÓN, M<sup>a</sup> F., “Protocolo de actuación con menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección víctimas de delitos”, *La Víctima del Delito y las Últimas Reformas Procesales Penales* (De Hoyos Sancho, directora), Aranzadi, Cizur Menor 2017, pp. 263-273.

TOMÉ GARCÍA, J.A., “Particularidades de la instrucción en el proceso penal cuando el investigado presenta indicios de enfermedad o trastorno mental (LECrIm y Anteproyecto de 2020)”, *La Ley Penal*, nº 151, julio-agosto 2021.

VELILLA ANTOLÍN, N., “La ley de apoyo a las personas con discapacidad: una ley necesaria pero imperfecta”, en *Hay Derecho, Expansión*, 23 de junio de 2021.

VIGUER SOLER, P., “La protección del menor víctima del delito: experiencias en los Juzgados de Valencia”, en *El interés superior del menor en la jurisprudencia internacional, comparada y española* (Sanz Caballero, S. directora), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp.293-295.

VIGUER SOLER, P., “Estatuto de la víctima, protección del menor y prueba preconstituida”, *Cuadernos Penales Jose M<sup>o</sup> Lidón, ¿Es posible una justicia orientada a la persona?: retos que plantea el proceso penal tras la aprobación del Estatuto de la víctima del delito*, nº 14, 2018, pp. 49-81.

### **Authorship information**

Coral Arangüena Fanego. Catedrática de Derecho Procesal en la Universidad de Valladolid, España. Doctora en Derecho. Vocal permanente de la Comisión General de Codificación (Sección Quinta. Derecho Procesal). Académica de número de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid. coral.aranguena@uva.es

### **Additional information and author's declarations (scientific integrity)**

*Acknowledgement:* Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación: “Proceso Penal y Unión Europea. Análisis y propuestas. PID2020-116848GB-I00” (Plan nacional I+D+i, Ministerio de Ciencia e Innovación) y del Grupo de Investigación Reconocido de la Universidad de Valladolid “Garantías Procesales y Unión Europea” y Unidad de Investigación Consolidada nº 120 de la Junta de Castilla y León.

*Conflict of interest declaration:* the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

*Declaration of authorship:* all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

*Declaration of originality:* the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; she also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

#### Editorial process dates

(<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 18/07/2022
- Desk review and plagiarism check: 30/07/2022
- Review 1: 08/08/2022
- Review 2: 16/08/2022
- Preliminary editorial decision: 07/09/2022
- Correction round return: 14/09/2022
- Final editorial decision: 10/10/2022

#### Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 1 (PP)
- Reviewers: 2

#### HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

ARANGÜENA FANEGO, Coral. Declaração de personas vulnerables y preconstitución de la prueba en el proceso penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, n. 3, p. 1093-1126, set./dez. 2022. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i3.742>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.




# Delitos contra la administración de justicia ante la Corte Penal Internacional y el desarrollo del derecho internacional penal ante la manipulación de testigos: Comentario jurisprudencial al caso Bemba II

*Crimes against the administration of justice before the International Criminal Court and the development of international criminal law in the face of witness tampering: case-law commentary on Bemba II*

**Walter Arévalo-Ramírez**<sup>1</sup>

Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia

Walter.arevalo@urosario.edu.co

 <https://orcid.org/0000-0002-8501-5513>

---

**RESUMEN:** El artículo ofrece un comentario jurisprudencial analítico del caso de Jean Pierre Bemba Gombo y otros en la Corte Penal Internacional (CPI) por delitos contra la administración de justicia y manipulación de testigos, concluido en 2018 (Bemba II), y analiza los desarrollos que esta oportunidad procesal implica para el derecho internacional penal y la justicia internacional, mediante la interpretación de diversos contenidos del Artículo 70 del Estatuto de Roma. Como problema de investigación, el artículo aborda las preguntas ¿cómo afectan los delitos contra la administración de justicia la comparecencia de testigos ante la CPI? y ¿cómo la experiencia del caso Bemba II ayuda a combatir quienes buscan manipular y sobornar a testigos para afectar el proceso judicial instruyéndolos a declarar a su favor? Metodológicamente, primero se hará una presentación analítica de los hechos del caso, posteriormente se comentará el desarrollo del derecho aplicable sobre delitos contra la administración de justicia y

---

<sup>1</sup> Profesor principal de carrera académica de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Colombia). LLM Stetson University College of Law, especialista en Derecho Constitucional, abogado y Doctor en Derecho summa cum laude de la Universidad del Rosario. Director de la especialización en Derecho Internacional. Vicepresidente de la Academia Colombiana de Derecho Internacional.

el procedimiento en la Sala de Primera Instancia y el procedimiento en la Sala de Apelaciones y los principales elementos de la decisión de fijación de nuevas penas (*re-sentencing*), para concluir con las implicaciones que este caso tiene para la jurisprudencia naciente de la CPI en temas como tipos de autoría, afectación al proceso, efectos de la manipulación de testigos y en los nuevos retos que distintas conductas de intimidación y manipulación de testigos le presentan a la justicia internacional, los Estados que cooperan en ella y los jueces internacionales.

**PALABRAS-CLAVE:** Manipulación de testigos; delitos contra la administración de justicia; Corte Penal Internacional; Autoría y participación; Jean Pierre Bemba.

**ABSTRACT:** *This article offers an analytical commentary on the case of Jean Pierre Bemba Gombo and others at the International Criminal Court (ICC) for crimes against the administration of justice and manipulation of witnesses, concluded in 2018 (Bemba II), and analyzes the developments of this important procedural opportunity for international criminal law and international justice, through the interpretation of various contents of Article 70 of the Rome Statute. The article focuses on two main questions; how crimes against the administration of justice affect witnesses before the ICC and how the experience in Bemba II can help the fight inside the ICC against witness tampering? Methodologically, in the first place, an analytical presentation of the facts of the case will be made, later on, the development of the applicable law on crimes against the administration of justice and the procedure in the Trial Chamber and the procedure in the Appeals Chamber will be discussed, following the analysis of the main elements of the decision to fix new penalties (re-sentencing), to conclude with the implications that this case has for the emerging jurisprudence of the ICC on issues as diverse as types of participation, impact on the process, effects of manipulation of witnesses in the victims, and in general, the new challenges that different behaviors of intimidation and tampering of witnesses present to international justice, the States that cooperate in it and international judges.*

**KEYWORDS:** *Witness manipulation; crimes against the administration of justice; International Criminal Court; Authorship and participation; Jean Pierre Bemba.*

**CONTENIDO:** Introducción; 1. Presentación analítica de los hechos del caso; 1.1. Los acusados y los hitos de los procedimientos; 1.2. Las

conductas relativas a la administración de justicia; 1.3. Testigo D-57; 1.4. Testigo D-64; 1.5. Testigo D-55; 1.6. Testigos D-2, D-3, D-4, D-6; 1.7. Testigo D-23; 1.8. Testigo D-26; 1.9. Testigo D-29; 1.10. Testigo D-15; 1.11. Testigo D-54; 2. Comentario al desarrollo del derecho aplicable sobre delitos contra la administración de justicia y el procedimiento en la Sala de Primera Instancia; 3. Comentario al desarrollo del derecho aplicable sobre delitos contra la administración de justicia y el procedimiento en sede de la Sala de Apelación; 4. Análisis de la decisión de fijación de nuevas penas (*re-sentencing*); 5. Impacto de los procedimientos sobre delitos contra la administración de justicia en el caso Principal; Conclusiones; Bibliografía.

---

## INTRODUCCIÓN

Jean Pierre Bemba Gombo fue detenido en junio de 2008 por cometer crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad en la República Centroafricana<sup>2</sup>. Durante el desarrollo de su juicio en la Corte Penal Internacional (CPI), el fiscal sospechó que las pruebas que presentó el equipo de defensa habían sido manipuladas<sup>3</sup>. Así, en 2013, la Fiscalía de la CPI solicitó a la Sala de Cuestiones Preliminares X que emitiera una orden de aprehensión contra Bemba Gombo y miembros clave de su equipo de defensa por delitos contra la administración de justicia según el artículo 70 del Estatuto de Roma. Este es el primer y hasta ahora único caso (2018) de esta naturaleza ante la CPI por lo que su análisis es fundamental para el desarrollo dentro del derecho internacional de los procedimientos para la protección de la administración de justicia. El presente artículo busca hacer un comentario jurisprudencial analítico del caso y de los desarrollos que

---

<sup>2</sup> OSPINA, María Camila. CANTOR-CANOSA, Jannluck. Situación en África Central, caso del Fiscal contra Jean Pierre Bemba Gombo, Sentencia conforme al artículo 74 del ECPI, ICC-01/05-01/08, de 21 de marzo de 2016. *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal* n.5, pp. 157-168, 2017.

<sup>3</sup> ICC. Prosecution vs. Jean Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu And Narcisse Arido. Trial Chamber VII. ICC-01/05-01/13. 19 October 2016. 19.10.2016. Disponible en: [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016\\_18527.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_18527.PDF) (En adelante citado de forma abreviada).

esta importante oportunidad procesal implica para el derecho internacional penal<sup>4</sup> y la justicia internacional, mediante la interpretación de diversos contenidos del Artículo 70 del Estatuto de Roma. Como problema de investigación, el artículo aborda las preguntas ¿cómo afectan los delitos contra la administración de justicia la comparecencia de testigos ante la CPI? y ¿cómo la experiencia del caso Bemba II ayuda a combatir quienes buscan manipular y sobornar a testigos para afectar el proceso judicial instruyéndolos a declarar a su favor? Metodológicamente, en primer lugar, se hará una presentación analítica de los hechos del caso, posteriormente se comentará el desarrollo del derecho aplicable sobre delitos contra la administración de justicia y el procedimiento en la Sala de Primera Instancia y el procedimiento en la Sala de Apelaciones y los principales elementos de la decisión de fijación de nuevas penas (*re-sentencing*), para concluir con las implicaciones que este caso tiene para la jurisprudencia naciente de la CPI y los nuevos retos que distintas conductas de intimidación y manipulación de testigos le presentan a la justicia internacional, los Estados que cooperan en ella y los jueces internacionales.

## 1. PRESENTACIÓN ANALÍTICA DE LOS HECHOS DEL CASO.

### 1.1. LOS ACUSADOS Y LOS HITOS DE LOS PROCEDIMIENTOS

La complejidad del caso en cuestión inicia con la pluralidad de sujetos implicados, el caso tenía cinco acusados: Jean Pierre Bemba Gombo,

---

<sup>4</sup> El presente artículo utiliza la expresión “derecho internacional penal”, tomando partido por esta como la acepción mas adecuada en castellano del concepto “internacional criminal law” y buscando tomar partido en la diferenciación del “derecho internacional penal” entendido este como la justicia internacional encargada del establecimiento de responsabilidad internacional de los individuos por la comisión de las mas graves conductas, y por su parte, entendiendo que “derecho penal internacional” es la expresión que debe usarse al referirse a los fenómenos internacionalizados del derecho penal doméstico, como la extradición, la criminalidad trasnacional, entre otros. Para profundizar esta catalogación, ver: VILLARREAL PALOS, Arturo. Sobre la definición y contenido del Derecho Internacional Penal y sus diferencias con el Derecho Penal Internacional. *Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia*. Guadalajara, n. 7.19, pp. 81-111, 2021

Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidele Babala Wandu y Narcisse Arido. Bemba Gombo, el principal sujeto procesal y el de mayor notoriedad pública, era ciudadano de la República Democrática del Congo, donde ocupó altos cargos gubernamentales, incluidos senador y vicepresidente. Bemba Gombo también fue presidente del *Mouvement de Libération du Congo* (MLC)<sup>5</sup>. Fue acusado de cometer crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra en el caso Fiscal v. Jean Pierre Bemba Gombo (en adelante el “Caso Principal”). Inicialmente fue condenado por esos cargos, pero luego fue absuelto por la Sala de Apelaciones en junio de 2018<sup>6</sup>.

Aimé Kilolo Musamba, por su parte, es un abogado de la República Democrática del Congo que desde 2001 fue miembro del Colegio de Abogados de Bruselas. Kilolo Musamba fue el abogado principal de Bemba hasta su arresto en 2013. Jean-Jacques Mangenda Kabongo también es un abogado de nacionalidad de la República Democrática del Congo que fue el administrador del caso en el equipo de defensa del Caso Principal hasta su arresto en 2013. Fidele Babala Wandu es un político de la República Democrática del Congo cercano a Bemba Gombo y miembro de la Asamblea Nacional de la República Democrática del Congo. Por otro lado, Narcisse Arido es nacional de la República Centroafricana, era miembro de las fuerzas armadas de la República Centroafricana y se suponía que era uno de los testigos de la defensa en el Caso Principal<sup>7</sup>, pero finalmente no testificó.

Los principales hitos del llamado caso Bemba II fueron en su momento incidentes que, tanto desde lo jurídico como desde la lucha internacional contra la impunidad, sobresaltaron los procedimientos del llamado Caso Principal. Entre noviembre de 2010 y noviembre de 2014

---

<sup>5</sup> MBOKANI, Jacques. L'application de la responsabilité des supérieurs hiérarchiques aux rebelles dans l'affaire Bemba. *Revue québécoise de droit international/Quebec Journal of International Law/Revista quebequense de derecho internacional*. Quebec, v.2017. pp. 37-71, 2017.

<sup>6</sup> SADAT, Leila Nadya. *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*. *American Journal of International Law*. Washington, n.113.2, p. 353-361, 2019.

<sup>7</sup> SCHIETTEKATTE, Sophie. Article 70 Proceedings at the ICC: In Pursuit of the Administration of (In) Justice? - Lessons from Bemba II. *Lessons from Bemba II*. Firenze: 2017.

se llevaron a cabo los procedimientos del juicio del Caso Principal ante la Cámara de juzgamiento III, que reconoció la existencia de 5229 víctimas y escuchó 77 testigos; es justamente en el auge de estos procedimientos durante 2013, donde inicia la historia procesal del caso Bemba II, cuando la Fiscalía solicita a la Cámara de pre-juzgamiento II la orden de arresto contra el acusado en el Caso Principal, los miembros del equipo de defensa y testigos anteriormente mencionados, orden producida el 20 de noviembre de 2013, que llevó a su arresto entre el 23 y 24 de noviembre, Musamba arrestado en Bélgica, Mangenda Kabongo arrestado en el Reino de los Países Bajos, Arido en Francia y Babala Wandu en la RDC.

Para marzo de 2014 todos los acusados habían realizado sus apariciones ante la Cámara para conocer el pleno de las conductas por las que fueron arrestados. Entre 2014 y 2016 se llevaron a cabo audiencias y apelaciones sobre la liberación condicional de los acusados durante los procedimientos, a los cuales se les otorgó una medida de libertad condicionada mientras los procedimientos concluían, incluyendo, mantener su presencia en la Haya.

Justamente para esta época, el 21 de marzo de 2016, en el Caso Principal se tomaba la decisión, posteriormente apelada y revocada en 2018, de encontrar culpable a Bemba Gombo, más allá de toda duda razonable, por dos cargos de crímenes contra la humanidad y tres cargos por crímenes de guerra. Esta apelación y su decisión del 8 de junio de 2018 en el Caso Principal fue previa a la decisión sobre la libertad condicional en el caso por conductas contra la administración de justicia, en el cual la Cámara de juzgamiento VII le otorgó la libertad provisional bajo el cumplimiento de medidas de seguridad específicas el 12 de junio de 2018, hasta que en septiembre de 2018 la Cámara de juzgamiento VII sentenció a Bemba Gombo a un año de prisión y \$ 300.000 euros por crímenes contra la administración de justicia, sentencia en la cual se dedujo el tiempo en detención previo.

Para los demás acusados del caso sobre conductas contra la administración de justicia, la confirmación de cargos se dio el 11 de noviembre de 2014, el juicio inicio el 29 de septiembre del mismo año en la Cámara de juzgamiento VII, cuyo veredicto de culpabilidad del 19 de octubre encontró culpables a los 5 acusados por distintas ofensas contra la administración de justicia. Las decisiones sobre penas (*sentencing*) fueron

tomadas el 22 de marzo de 2017. El 8 de marzo de 2018 se confirmó por la Cámara de Apelación la decisión sobre los cargos y el 17 de septiembre de 2018 se fijaron las penas definitivas una vez que se decidieran las apelaciones a las penas correspondientes a Musamba, Bemba Gombo y Mangenda Kabongo.

## 1.2. LAS CONDUCTAS RELATIVAS A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

El caso que ha sido llamado “*witness tampering*”, caso por conductas contra la administración de justicia o manipulación de testigos, gira en torno a la comisión de diversos delitos contra la administración de justicia ocurridos en más de seis países y que involucran la manipulación de 14 testigos que habían testificado a favor de la defensa en el Caso Principal. Los anteriormente mencionados sujetos fueron acusados de influir de manera corrupta en los testigos, presentar pruebas y testimonios falsos en el sentido del artículo 70 (1) (a) y el 70 (1) (c) del Estatuto.

La Sala determinó que existía un plan común entre los cinco imputados para defender a Bemba Gombo de los cargos del Caso Principal por medios que incluían la comisión de delitos contra la administración de justicia. Bemba Gombo, Kilolo Musamba y Mangenda Kabongo acordaron interferir con algunos de los testigos de la defensa para asegurarse de que testificarían a favor de Bemba Gombo. A cambio de tal testimonio, recibirían dinero u otros beneficios económicos y materiales. En la decisión, la Cámara de juzgamiento VII indicó:

“El señor Bemba, como beneficiario final del plan común, y bajo detención al momento de la comisión de los delitos, aprobó la estrategia de preparación ilícita, planificó y dio instrucciones precisas sobre qué instruir a los testigos. Se le mantuvo actualizado sobre las actividades de entrenamiento ilícito y expresó su satisfacción con su testimonio de los testigos entrenados ilícitamente “. (párr. 106)<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> ICC. Prosecution vs. Jean Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu And Narcisse Arido. Trial Chamber VII. ICC-01/05-01/13. 19 October 2016. 19.09.2016 Disponible en: [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016\\_18527.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_18527.PDF) Par. 106

Debido a que Bemba Gombo estuvo detenido durante la comisión de los delitos, se hizo evidente que los imputados tuvieron que adoptar una serie de conductas para asegurar su participación en el plan común, que incluyeron el abuso de la línea privilegiada de la Secretaría en el centro de detención de la CPI al incluir a personas no autorizadas en conferencias telefónicas para que Bemba Gombo pudiera comunicarse libremente con los testigos a ser manipulados y otras personas. Paralelamente, se realizaron transferencias de dinero a los testigos a través de terceras personas para disimular los vínculos con el equipo de defensa<sup>9</sup>.

Asimismo, Kilolo Musamba y Mangenda Kabongo distribuyeron nuevos teléfonos a los testigos de la defensa sin conocimiento de la Secretaria de la Corte para que pudieran mantenerse en contacto. Esto se debe al hecho de que, de acuerdo con las regulaciones de la CPI, los testigos no deben tener contacto con el equipo que los solicitó, hasta cierto tiempo antes del día de la declaración. Para el cumplimiento del plan común los imputados también tomaron otras medidas como hablar en clave y destruir la evidencia física de las transferencias de dinero relacionadas con las actividades ilícitas con el fin de minimizar su trazabilidad.

Para entender a fondo la contribución del caso presente, desde el entendimiento de la CPI de aquellas conductas que pueden constituirse en manipulación de testigos y afectaciones graves a la administración de justicia, corresponde analizar cómo se corrompió cada testigo individual. Para hacer referencia a ellos, mantendremos el número asignado a ellos en el caso por la CPI<sup>10</sup>:

### 1.3. TESTIGO D-57

Kilolo Musamba sobornó y pagó a D-57 en varias ocasiones. Primero, en junio de 2012, le pagó \$ 106 USD por el supuesto reembolso de los gastos de viaje. Durante los meses previos a su testimonio ante el

---

<sup>9</sup> ARÉVALO-RAMÍREZ, Walter.: CARCANO-FERNÁNDEZ, Lucia. The ICC Proceedings On Bemba II. *Tribunal penal internacional: análise jurisprudencial*. Belo Horizonte: Arraes, 2021.

<sup>10</sup> ICC. Prosecution vs. Jean Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu And Narcisse Arido. Disponible en: [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016\\_18527.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_18527.PDF)



tribunal, Kilolo Musamba se mantuvo en contacto con D-57. Antes de que el testigo viajara para testificar, Kilolo Musamba le dijo al testigo que le enviaría “un poco de dinero”. Kilolo Musamba tenía la esperanza de que con eso el testigo se sintiera motivado a declarar a favor de Bemba Gombo. D-57 le dio a Kilolo Musamba el nombre de su esposa, unos días después Babala Wandu llamó a D-57 y confirmó la transferencia de dinero que se hizo a la cuenta bancaria de su esposa a través de un Western Union, por un total de \$ USD 665. Kilolo Musamba también instruyó al testigo que no dijera durante su testimonio el número exacto de veces que se habían comunicado.

#### 1.4. TESTIGO D-64

El día antes de que D-64 testificara, Bemba Gombo y Balala Wandu tuvieron una llamada telefónica en la que discutieron la importancia del pago a los testigos. El 17 de octubre de 2012, día del testimonio D-64. Babala Wandu transfirió a la hija de D-64 \$ 700 USD a través de Western Union. Kilolo Musamba ordenó a D-64 que mintiera en el testimonio sobre la cantidad de veces que la defensa había tenido contacto con él y que negara el pago. Durante el testimonio de D-64 del 22 al 23 de octubre de 2012, declaró falsamente que no había recibido nada a cambio de su testimonio.

#### 1.5. TESTIGO D-55

A diferencia de los testigos anteriores, D-55 es coautor de un documento de 2009 que describía los crímenes cometidos por el MLC en la República Centroafricana. En junio de 2012, Kilolo Musamba inició contacto con el testigo que terminó con un boleto de avión de ida y vuelta para que se reuniera con el equipo de defensa en persona. Durante el encuentro, Kilolo Musamba explicó al testigo su argumento sobre la falsedad del documento. Aquí, sugirieron al testigo que testificara que el documento había sido escrito indebidamente para respaldar la solicitud de refugio del coautor. En esta reunión, D-55 expresó su preocupación por su familia y su propia seguridad. En respuesta, Kilolo Musamba le aseguró que Bemba Gombo los trataría bien y cuidaría.

El 5 de octubre de 2012, Kilolo Musamba facilitó la comunicación entre Bemba Gombo y D-55 utilizando la línea privilegiada del Centro de Detención de la CPI. D-55 testificó del 29 al 31 de octubre de 2012. Durante su testimonio afirmó que el documento en cuestión “fue fabricado con una agenda oculta”. Además, negó haber recibido reembolso por sus gastos de viaje y declaró que no había recibido nada a cambio de su testimonio.

#### 1.6. TESTIGOS D-2, D-3, D-4, D-6.

D-2, D-3, D-4 y D-6 fueron objeto de conductas encaminadas a afectar su testimonio, en tanto los soldados de Narcisse Arido identificaron que podrían testificar a favor de Bemba Gombo. Arido prometió a D-2 10 millones de francos CFA y su traslado a Europa a cambio de su testimonio. Arido le prometió lo mismo a D-3, aunque afirmó que no tenía antecedentes militares. A fines de febrero de 2011, Kilolo Musamba sostuvo una reunión con un grupo de posibles víctimas que incluía a D-2, D-3, D-4 y D-6. Durante este encuentro Arido les instruyó que se presentaran como soldados, les asignó varios rangos militares y les entregó insignias militares. Tras este encuentro, Kilolo Musamba se reunió con los testigos para practicar sus guiones. Durante mayo de 2013, Kilolo pagó \$ 550,000 CFAF (francos centroafricanos) en efectivo a D-2, 540,000 en efectivo a D-3, D-4 y D-6. Estos testigos declararon según las instrucciones, indicando que habían sido miembros de FACA (*Forces armées centrafricaines*).

Además, un día antes del testimonio de D-6, Caroline Bemba, hermana de Bemba Gobo, transfirió la suma de \$ 1,335.16 USD. Durante su testimonio, D-6 negó haber recibido dinero, conocer a Kilolo Musamba, o haber discutido la forma de presentar los hechos con el equipo de Defensa.

#### 1.7. TESTIGO D-23.

D-23 testificó como soldado en nombre de Bemba Gobo y, a su regreso, Kokate le prometió reubicarlo en Europa. También Kilolo Musamba le dio a D-23 \$ 100 USD en una ocasión y en un momento más cercano al testimonio le entregó \$ 450.000 CFAF.

## 1.8. TESTIGO D-26

D-26 testificó bajo la instrucción de Kilolo Musamba elementos clave del argumento de la defensa, Kilolo hizo que el testigo resaltara ciertas partes y se adhiriera a una historia específica, además, escribió el guión de la forma en que D-26 tenía que responder las preguntas que le harían.

## 1.9. TESTIGO D-29

D-29 recibió \$ 649.43 USD el día anterior a su testimonio. Curiosamente, testificó que las tropas del MLC habían atacado y cometido delitos en Mongoumba, CAR. También mintió sobre los contactos que había tenido con la defensa.

## 1.10. TESTIGO D-15

D-15 testificó del 11 al 13 de septiembre de 2013. Kilolo Musamba lo preparó para el testimonio, hasta el punto de redactar sus respuestas. Como resultado de esto, D-15 declaró:

“(I) la presencia de ‘*cireurs*’ (limpiabotas), ex miembros de las unidades militares de la República Democrática del Congo, en la República Centroafricana y el idioma que hablaban; (ii) los nombres y funciones de los comandantes, incluido el Sr. Bemba, en relación con las tropas del MLC en la República Centroafricana; (iii) la llegada de tropas del MLC a la República Centroafricana; (iv) las fechas y composición de la misión de reconocimiento del *Centre de Commandement des Opérations* (“CCOP”) en la República Centroafricana; (v) el lenguaje que usaba el Sr. Bemba cuando hablaba con sus tropas; y (vi) la participación de D-15 en las reuniones preparatorias de Pretoria para las negociaciones de Sun City. Kilolo también reveló las preguntas específicas que haría en el tribunal al día siguiente. Más tarde esa noche, el Sr. Kilolo llamó al Sr. Mangenda para actualizarlo sobre las instrucciones dadas a D-15.”<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> ICC. Prosecution vs. Jean Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu And Narcisse Arido.

Más adelante en su testimonio, D-15 declaró, tal y como Kilolo Musamba le instruyó, que el MLC había cometido pillaje únicamente, excluyendo los demás graves crímenes imputados.

### 1.11. TESTIGO D-54

D-54 recibió instrucciones de mantener una narrativa muy específica que funcionó para la historia general del equipo de defensa. Además, Bemba Gombo le indicó que omitiera de su testimonio ciertos elementos que lo incriminaban. Específicamente se le indicó que debía:

“(I) negar cualquier conocimiento de los hechos ocurridos en Mongoumba; (ii) negar tener poderes mientras era miembro del *Centre de Commandement des Opérations* (“CCOP”), el “*organe qui dirigeait la guerre*” y había “*mélangé les troupes*”; (iii) simular que fue a visitar a familiares en un lugar determinado; y (iv) declarar que cruzó de Zongo a Bangui cuando las tropas llegaron a PK12 y se unió a “*le truc de ces gens-là, qui commandaient toute la guerre*” hasta diciembre de 2002, cuando fue reemplazado” (párr. 172).<sup>12</sup>

## 2. COMENTARIO AL DESARROLLO DEL DERECHO APLICABLE SOBRE DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y EL PROCEDIMIENTO EN LA SALA DE PRIMERA INSTANCIA.

La definición del derecho aplicable y los procedimientos llevados a cabo en este primer caso notorio de delitos contra la administración de justicia constituye un desarrollo esencial del derecho internacional penal contemporáneo, de cara a la expansión de la actividad de la CPI y la cada vez más notoria actividad de construcción de doctrina jurídica de la organización internacional, que permea a los sistemas jurídicos nacionales

---

Disponible en: [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016\\_18527.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_18527.PDF)  
Par. 167

<sup>12</sup> ICC. Prosecution vs. Jean Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu And Narcisse Arido. Disponible en: [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016\\_18527.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_18527.PDF) par. 172

con dinámicas tan variadas como el dialogo jurisprudencial, el efecto de constitucionalismo global de su competencia y la complementariedad con tribunales nacionales<sup>13</sup>.

Casos anteriores en otros tribunales de derecho internacional penal habían tratado a los testigos principalmente como víctimas de intimidación general y generalizada, como fue el caso del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (ICTY), en casos como Haradinaj et al (IT-04-84):

“[...] A lo largo del juicio, la Sala de Primera Instancia tropezó con importantes dificultades para obtener el testimonio de un gran número de testigos. Muchos testigos citaron el miedo como una de las principales razones por las que no querían comparecer ante la Sala de Primera Instancia a declarar. La Sala de Primera Instancia tuvo la fuerte impresión de que el juicio se estaba celebrando en una atmósfera en la que los testigos se sentían inseguros. Esto se debió a una serie de factores específicos de Kosovo / Kosova, por ejemplo, las pequeñas comunidades de Kosovo / Kosova y las estrechas redes familiares y comunitarias que dificultaban garantizar el anonimato. Las propias partes acordaron que existía una situación de seguridad inestable en Kosovo / Kosova que era particularmente desfavorable para los testigos [1].”<sup>14</sup>

Además, las actuaciones del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ICTR) se ocuparon de cuestiones de intimidación de testigos que perjudicaron los procedimientos, como se señaló en el caso Renzaho:

“207. La Sala de Apelaciones está profundamente preocupada por las denuncias de que el investigador de la defensa intimidó a los posibles testigos de la defensa. Considera que la intimidación de testigos atenta contra los objetivos fundamentales del Tribunal,

---

<sup>13</sup> GARCIA-MATAMOROS, Laura. (et al.) La perspectiva del Constitucionalismo Global. *La función de la corte penal internacional: Visiones plurales desde una perspectiva interdisciplinaria: Volumen Especial por el X Aniversario del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.

<sup>14</sup> ICTY. HARADINAJ et al. (IT-04-84-A). Trial Chamber Judgment (3.04.2010), Re-trial judgment (29.11.2012). Disponible en: <https://www.icty.org/en/case/haradinaj>

previstos en el artículo 20 (2) del Estatuto, incluido el objetivo de asegurar que los juicios sean justos [1].

208. Considerando la gravedad de las denuncias bajo investigación, la Sala de Apelaciones considera que la Sala de Primera Instancia estaba obligada a asegurar que la Investigación Renzaho se llevó a cabo con diligencia y, en particular, que se completó. Es inaceptable que el asunto parezca haber sido simplemente abandonado en algún momento, sin explicación.

209. Si bien la Sala de Apelaciones observa con preocupación que la Defensa no presentó una moción en ningún momento solicitando la asistencia de la Sala de Primera Instancia para asegurar la asistencia de testigos o la finalización de la Investigación Renzaho, recuerda que “las Salas de Primera Instancia deben contrarrestar la intimidación de testigos tomando todas las medidas que razonablemente tengan a su alcance, tanto a solicitud de las partes como *proprio motu*”. [2] En este caso particular, la Sala de Primera Instancia se vio obligada, como mínimo, a asegurar la recepción de un informe final, de Jean Haguma antes de dictar la Sentencia de Primera Instancia. Al no hacerlo, la Sala de Primera Instancia incurrió en un error y cuestionó el derecho de Renzaho a un juicio justo en virtud del artículo 20 (2) del Estatuto.”<sup>15</sup>

De vuelta al caso Bemba II en la CPI, La Sala de Primera Instancia VII estudió de manera novedosa las implicaciones del artículo 70 (I) del Estatuto de Roma. Este artículo otorgó a la Sala de Primera Instancia la competencia material sobre el caso concreto y se refiere a los delitos contra la administración de justicia. El artículo 70 es el único artículo que establece la competencia material de la Corte, además del artículo 5, que menciona los delitos fundamentales sobre los que la Corte tiene jurisdicción (es decir, genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión). El artículo 70 (I) dice:

“1. La Corte tendrá competencia para conocer de los siguientes delitos contra la administración de justicia, siempre y cuando se cometan intencionalmente: a) Dar falso testimonio cuando se

---

<sup>15</sup> ICTR. RENZAHO Tharcisse. (ICTR-97-31-A). Appeals Chamber Judgement. 1.04.2011 Disponible en: <https://unictr.irmct.org/en/cases/ictr-97-31>

esté obligado a decir verdad de conformidad con el párrafo 1 del artículo 69; b) Presentar pruebas a sabiendas de que son falsas o han sido falsificadas; c) Corromper a un testigo, obstruir su comparecencia o testimonio o interferir en ellos, tomar represalias contra un testigo por su declaración, destruir o alterar pruebas o interferir en las diligencias de prueba; d) Poner trabas, intimidar o corromper a un funcionario de la Corte para obligarlo o inducirlo a que no cumpla sus funciones o a que lo haga de manera indebida; e) Tomar represalias contra un funcionario de la Corte en razón de funciones que haya desempeñado él u otro funcionario; y f) Solicitar o aceptar un soborno en calidad de funcionario de la Corte y en relación con sus funciones oficiales.”<sup>16</sup>

La Sala de Primera Instancia estableció que en el caso del artículo 70, el perpetrador físico del delito sólo puede ser la persona calificada como “testigo”, por lo que la acción establecida en el artículo 70 (1) tiene sujeto activo calificado. El término testigo no diferencia entre testigo ordinario y testigo experto. Al referirse a la acción que comprende el falso testimonio, la Sala de Primera Instancia considera que esta incluye más que una acción positiva, abarcando también la retención de información. Además, no es necesario que el falso testimonio sea material para el resultado del caso para configurar el delito. Finalmente, y contrariamente a lo que alegaban las defensas, no es necesario que el perpetrador cuente con un *dolus specialis*.<sup>17</sup>

Es de destacar que la Sala en su interpretación encuentra que el artículo 70 (I) (B) establece dos bienes jurídicos tutelados, la integridad del proceso y la confiabilidad de la prueba. El desarrollo casuístico en Bemba II también dilucida varios elementos de los delitos contra la administración de justicia, por ejemplo, el autor (perpetrador) también tiene una calificación especial: el artículo 70 (I) (B) solo se aplica a quienes tienen derecho a presentar prueba en un proceso

---

<sup>16</sup> ICC. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998.

<sup>17</sup> ICC. Prosecution vs. Jean Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu And Narcisse Arido. Disponible en: [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016\\_18527.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_18527.PDF) par. 22-30.

ante la Corte. Esto incluye a la parte que acusa y los miembros de la defensa, incluido el acusado, esta postura aclara debates previos en la materia, presentes en la doctrina y en los derechos nacionales que han implementado el Estatuto en el orden interno<sup>18</sup>. Además, la evidencia, según la Corte, puede ser de dos tipos, o debe ser falsa, es decir, no de acuerdo con la verdad, o falsificada, es decir fraudulenta. Es importante mencionar que el artículo 70 no requiere que la parte sea responsable de la producción de las pruebas falsificadas, solo debe presentarlas en proceso. Adicionalmente, la Sala concluye que la prueba falsificada solo necesita ser introducida para que ocurra la comisión del delito, no es relevante si es admitida o no.

Por otro lado, el artículo 70 (1) (C) protege la confiabilidad de la prueba testimonial protegiendo así el bien jurídico de la integralidad del proceso ante la Corte. Este artículo también incluye testigos potenciales y no solo testigos efectivamente seleccionados y llevados a los procedimientos, teniendo una concepción más amplia del término. Al mismo tiempo, el artículo presenta un *actus reus* abierto al no establecer las formas específicas penalizables de la influencia sobre los testigos. Por lo tanto, sobornar, amenazar, instruir y preredactar los testimonios, variedades presentes en el caso Bemba II, son todas formas posibles de influir en los testigos. La conducta debe tener como objetivo contaminar el testimonio del testigo, el artículo sanciona la conducta corrupta del perpetrador, no requiere que el testigo cometa efectivamente el perjurio.

Adicionalmente, la Sala de Primera Instancia, aclara una situación especial en materia de participación por lo que este caso debe ser tenido como referencia, pues establece que el artículo 25 del Estatuto, que establece las modalidades de participación<sup>19</sup>, también es aplicable a los delitos contra la administración de justicia. Por otro lado, la evidencia en

---

<sup>18</sup> NGANE, Sylvia. Should States Bear the Responsibility of Imposing Sanctions on its Citizens who as Witnesses Commit Crimes before the ICC? *Exploring the Boundaries of International Criminal Justice*, Londres, p. 129, 2013.

<sup>19</sup> OLASOLO, Hector. Chapter Five. International Criminal Court and International Tribunals: Substantive and Procedural Aspects. *The Legal Practice in International Law and European Community Law*. The Hague: Brill Nijhoff, 2007. pp. 159-204.



materia de casos contra la administración de justicia, debe ser analizada bajo el umbral de convicción más allá de toda duda razonable<sup>20</sup>.

Luego de analizar las pruebas, la Sala de Primera Instancia concluyó que Kilolo Musamba junto con Bemba Gombo y Mangenda Kabongo entrenaron intencional e ilícitamente al menos a siete testigos para brindar cierta información sobre el fondo del caso y omitir cierta información sobre el contacto que tuvieron con el equipo de defensa. Al mismo tiempo, la Sala de Primera Instancia también concluyó que intencionalmente pagaron, transfirieron o facilitaron la entrega de dinero u otros beneficios a cambio de los testimonios falsos. la Sala de Primera Instancia consideró que la contribución de Kilolo Musamba al plan común era fundamental, porque él era responsable de la manipulación exitosa de los testigos, cumpliendo así con las acciones especificadas en el artículo 70 (1) (C).

La Sala de Primera Instancia determinó que había pruebas suficientes que demostraban que Kilolo Musamba, Bemba Gombo y Mangenda Kabongo presentaron pruebas falsas al tribunal a través de múltiples testigos en el sentido del artículo 70 (1) (B). Ambas acciones fueron cometidas como coautores de acuerdo con el artículo 25 (3) (A).

En cuanto a las conductas de presentación de pruebas falsas, la Sala de Primera Instancia declaró a Bemba Gombo y Kilolo Musamba culpables de inducir a la comisión de dicho delito (artículo 25 (3) (B)). Mangenda Kabongo fue absuelto por este mismo delito. Por otro lado, Babala Wandu fue condenado por complicidad en el plan común que Bemba Gombo, Kilolo Musamba y Mangenda Kabongo habían relacionado con el delito de influir corruptamente en D-57 y D-64. Por lo tanto, fue absuelto de influir en los demás testigos. Con respecto a Narcisse Arido, la Sala determinó que era culpable de influir corruptamente en D-2, D-3, D-4 y D-6 en virtud del artículo 25 (3) (A). Fue absuelto de todos los demás cargos. Esta fijación diversa de responsabilidades es ejemplificadora en la medida en que en un mismo caso hito, novedoso y poco habitual en la

---

<sup>20</sup> VERA SÁNCHEZ, Juan Sebastián. ¿Por qué es importante que la Corte Penal Internacional condene más allá de toda duda razonable? *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Bogotá, v.11, pp. 101-130, 2018.

justicia internacional como lo son los casos contra la administración de justicia, se utilizaron variadas formas de participación de manera efectiva.

### **3. COMENTARIO AL DESARROLLO DEL DERECHO APLICABLE SOBRE DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y EL PROCEDIMIENTO EN SEDE DE LA SALA DE APELACIÓN.**

Para el desarrollo de la escasez jurisprudencial del derecho internacional penal en materia de conductas contra la administración de justicia, resulta paradójicamente relevante que el caso en cuestión hubiese sido apelado por los acusados, en la medida que esto permitió la ampliación del debate sobre elementos esenciales del Estatuto de Roma en la materia y la fijación de criterios jurisprudenciales con los que hoy cuenta el derecho internacional penal, aplicado por la CPI en sus próximos casos, pero también, objeto de recepción nacional mediante la aplicación de sus estándares por Estados Parte.

Por ello, la apelación de los imputados y los debates dados en Bemba II permitieron avances relevantes en la CPI sobre conductas contra la administración de justicia.

El caso fue apelado por los cinco imputados y fue resuelto por la Sala de Apelaciones el 8 de marzo de 2018. En cuanto a la Sentencia, los recurrentes impugnaron los cargos, la admisibilidad de la prueba documental, la interpretación de los elementos del artículo 70, la interpretación de los modos de responsabilidad y la admisibilidad y valoración de la prueba.

En cuanto a los problemas con la admisibilidad de la prueba<sup>21</sup>, hubo cuatro argumentos principales. Primero, Kilolo Musamba y Babala Wandu argumentaron que la investigación violó la inmunidad que tenían los miembros del equipo de defensa. La Sala de Apelaciones consideró que este argumento no era válido debido a que el abogado defensor no gozaba de inmunidad específica que deba ser renunciada (en el derecho internacional público, es ampliamente reconocido el principio de que las

---

<sup>21</sup> KRZAN, Bartłomiej. Admissibility of evidence and international criminal justice. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 7, n. 1, p. 161-188, jan./abr. 2021.

inmidades ejercidas en el contexto de organizaciones internacionales, deben ser expresamente renunciadas, a diferencia de la inmunidad diplomática, que admite una amplia serie de excepciones emanadas de la costumbre)<sup>22</sup>.

En segundo lugar, Kilolo Musamba, Narcisse Arido y Babala Wandu argumentaron que la Sala de Primera Instancia incurrió en un error cuando declaró admisibles los registros de Western Union. Para esta declaración de admisibilidad, la Sala de Primera Instancia hizo un relevante ejercicio de complementariedad al estudiar la legislación nacional del país que tenía los registros y sostuvo que la ley austriaca no era manifiestamente diferente al Estatuto de Roma en materia de pruebas, por lo que la utilización de la prueba no encontraba objeciones en ese sistema normativo y era admisible. La Sala de Apelaciones consideró que el estándar utilizado por la Sala de Primera Instancia era inadecuado, pero el error de la Sala de Primera Instancia no afectó el hecho de que las pruebas fueran admisibles. Por lo tanto, la Sala de Apelaciones rechazó los motivos de la apelación.

En tercer lugar, Bemba Gombo impugnó la admisibilidad de las pruebas relacionadas u obtenidas en torno al Centro de Detención de la CPI, partiendo de que fueron obtenidas a través de una violación a su derecho a la privacidad. La Sala de Apelaciones desestimó la alegación de Bemba Gombo afirmando que las pruebas se obtuvieron siguiendo el debido proceso y en un entorno vinculado a un registro público del Centro de Detención de la CPI que los acusados pretendieron defraudar. En cuarto lugar, Bemba Gombo y Kilolo Musamba impugnaron la admisibilidad de los registros telefónicos interceptados por las autoridades holandesas porque esta interceptación violó la confidencialidad entre abogado y cliente. La Sala de Apelaciones determinó que el privilegio de confidencialidad no se extiende a la comisión de delitos.

En cuanto a los supuestos errores procesales, Balala Wandu, Narcisse Arido y Bemba Gombo alegaron que, debido a que no hubo una

---

<sup>22</sup> ABELLO-GALVIS, Ricardo.: ARÉVALO-RAMÍREZ, Walter. La inmunidad de las organizaciones internacionales y de sus funcionarios cuando son nacionales del Estado sede. Diferencias con la inmunidad diplomática y experiencias de la jurisprudencia internacional y colombiana. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Ciudad de México, pp. 295-337, 2021.

decisión individual que admitiera pruebas, la Sala de Primera Instancia violó las reglas procesales. La Sala de Apelaciones consideró que este no es el caso, ya que dentro del Reglamento es posible que la Sala de Primera Instancia no evalúe individualmente las pruebas.

Además, Bemba Gombo impugnó la interpretación del artículo 70 del Estatuto que hizo la Sala de Primera Instancia. Según Bemba Gombo, la Sala de Primera Instancia se equivocó al afirmar que no había *dolus specialis* dentro de la definición del crimen. La Sala de Apelaciones considera que, de la redacción del Estatuto, solo es necesario tener una intención general (*general intent*) de acuerdo con el artículo 30 del Estatuto.

Además, Bemba Gombo también impugnó la afirmación de la Sala de Primera Instancia de que, en el sentido del artículo 70 (i) (a), era posible dar falso testimonio mediante la retención de información. Sin embargo, la Sala de Apelaciones determinó que el significado del falso testimonio debe entenderse en el contexto de la obligación de decir “toda la verdad” que se establece en el párrafo 1 del artículo 69 del Estatuto y en el artículo 66 del Reglamento de la Corte.

Bemba Gombo también cuestionó la opinión de que el equipo de la defensa incluye a los acusados. La Sala de Apelaciones señaló que en el presente caso el imputado también fue coautor del crimen. Con respecto al artículo 70 (1) (b), la Sala de Apelaciones estuvo de acuerdo con el argumento de Bemba Gombo de que este artículo solo abarca la prueba oral.

La Sala de Apelaciones revocó la condena de Bemba Gombo, Kilolo Musamba y Mangenda Kabongo por los cargos de presentar pruebas falsas en virtud del artículo 70 (1) (b). Aun así, la Sala de Apelaciones confirmó las demás condenas y rechazó las impugnaciones procesales restantes.

En cuanto a la apelación de la sentencia de fijación de penas, Bemba Gombo argumentó que (i) la Sala consideró hechos que no formaban parte de los hechos que habían sido parte del juicio para producir la sentencia de fijación de penas (*sentencing*). Sobre este argumento, la Sala de Apelaciones concluye que la Sala de Primera Instancia no incurrió en error porque informó a Bemba Gombo con tiempo suficiente de los hechos que iban a ser considerados agravantes. (ii) Que la Sala incurrió en error cuando estableció que el tiempo que Bemba Gombo estuvo detenido no contaba para la nueva sentencia por los nuevos hechos, frente a ello la Sala de

Apelaciones coincidió con la Sala de Primera Instancia porque la mayor parte del tiempo que Bemba Gombo estuvo detenido fue en relación con otro caso con hechos diferentes (el llamado Caso Principal).

Babala Wandu y Narcisse Arido impugnaron la evaluación hecha por la Sala de cada circunstancia individual para determinar la gravedad del delito. La Sala de Apelaciones rechaza las alegaciones de Wandu y Arido. La Fiscalía también apeló la decisión afirmando que (i) la Sala de Primera Instancia incurrió en error al dictar sentencias diferentes por los mismos delitos y (ii) la Sala de Primera Instancia incurrió en error al dictar sentencias diferentes en función de los distintos modos de responsabilidad. La Sala de Apelaciones consideró que las circunstancias distintas de responsabilidad debían ser estudiadas durante el procedimiento de fijación de penas, pero que no existía correlación entre ciertas formas de perpetrar conductas y una pena mayor. La Sala de Apelaciones concuerda con las impugnaciones formuladas por la Fiscalía y decreta que las sentencias contra Bemba Gombo, Mangenda Kabongo y Kilolo Musamba tienen múltiples errores y, por lo tanto, revierten su sentencia y devuelven la cuestión a la Sala de Primera Instancia original para su producir una decisión de fijación de nuevas penas (*re-sentencing*).

#### **4. ANÁLISIS DE LA DECISIÓN DE FIJACIÓN DE NUEVAS PENAS (RE-SENTENCING)**

La Fiscalía solicitó a la Sala que condenara a Bemba Gombo, Kilolo Musamba y Mangenda Kabongo al máximo previsto por el Estatuto, de cinco años de prisión cada uno. La defensa de Bemba Gombo argumentó que la sentencia original de 12 meses debería mantenerse y que debería ser liberado por completo tras el pago de una multa al Fondo Fiduciario para las Víctimas. La defensa de Kilolo Musamba también solicitó el mantenimiento de la pena original. La defensa de Mangenda Kabongo solicitó que la nueva sentencia considerará el tiempo que ya cumplió de pena y el hecho de que no había reincidido.

El primer tema discutido en la decisión de fijación de nuevas penas (*re-sentencing*) fue la naturaleza del testimonio ilícito. La defensa de Bemba Gombo argumentó que el grado del daño debe considerarse

en relación con la gravedad del delito. Dado que el caso fue absuelto, el daño no se materializó realmente. La Sala consideró que tanto el daño como la gravedad del delito no dependen del resultado del caso.

En cuanto a las modalidades de responsabilidad, la Sala estableció que en el caso de Bemba Gombo y Kilolo Musamba existe poca diferencia entre el control del delito en relación con los delitos del artículo 70 (1) (a) y 70 (1) (c) y por tanto, no hay razón para sopesar las modalidades de responsabilidad al establecer las condenas en la sentencia. Por otra parte, respecto a Mangenda Kabongo, la Sala considera que no debe aplicarse la misma condición. Dado que Mangenda Kabongo solo fue condenado por la manipulación de nueve de los catorce, su responsabilidad no puede ser igual a la de los demás perpetradores.

Con respecto a la sentencia de Mangenda Kabongo, la Sala estudió las circunstancias individuales del acusado, así como los delitos específicos que cometió, y concluyó que debería ser condenado como coautor a un total de diecisiete meses de prisión. Once por ser coautor de la manipulación de catorce testigos y siete meses por ser cómplice de nueve delitos de ayudar a dar falso testimonio. La Sala no considera necesaria la imposición de una multa junto con el tiempo de prisión.

En cuanto a Kilolo Musamba, luego de estudiar sus circunstancias individuales, la Sala de Apelaciones concluyó que su sentencia original con respecto a los crímenes del artículo 70 (1) (a) debería aumentar, lo condenado por las acciones del artículo 70 (1) (b) debería revertirse, por lo que es condenado a 22 meses de prisión por ser coautor en influir corruptamente a 14 testigos y ser cómplice en inducir a 14 testigos a dar falso testimonio. Adicionalmente, también fue multado con \$ 30.000 euros que deben ser transferidos al Fondo Fiduciario para Víctimas.

La Sala de Apelaciones estudió los mismos aspectos con respecto a Bemba Gombo y lo condenó a 12 meses de prisión por ser coautor de la corrupción de catorce testigos y a 12 meses por solicitar la rendición de falso testimonio en catorce casos. Además, fue multado con \$ 300.000 euros que deben pagarse al Fondo Fiduciario de Víctimas.

## 5. IMPACTO DE LOS PROCEDIMIENTOS SOBRE DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN EL CASO PRINCIPAL.

La decisión de la Sala de Apelaciones en el Caso Principal de Bemba Gombo se emitió en junio de 2018. En este caso, la Sala de Apelaciones decidió que no había suficientes pruebas concluyentes para responsabilizar a Bemba Gombo de los crímenes cometidos por el MLC. Por lo tanto, la Sala de Apelaciones absolvió a Bemba Gombo con base en el análisis de posibles pruebas corruptas, manipuladas y testimonios preparados y preescritos. Sea o no el caso de que los jueces hubieran analizado pruebas contaminadas, el hecho de que el equipo de la defensa haya sido condenado por alterar pruebas y manipular testigos, crea dudas sobre la legitimidad general de las pruebas presentadas por la defensa.

Con la absolución de Bemba Gombo, más de 3.000 víctimas del MLC que esperaban ser reparadas por él perdieron repentinamente todas sus reclamaciones ante el Tribunal. Dentro del procedimiento de la CPI, luego de que una persona es condenada se inicia un procedimiento de reparación donde las víctimas de los crímenes sentenciados presentan los agravios (daños) que han sufrido como resultado de tales crímenes<sup>23</sup>. Ante la sentencia condenatoria impuesta a Bemba Gombo en 2017, más de 3.000 víctimas estaban iniciando trámites de reparación ante la Corte. Con su absolución se arruinó la esperanza de reparación de las víctimas.

Sin embargo, dado que las víctimas resultaron lesionadas como consecuencia de delitos sobre los que la Corte tiene competencia y que existe una situación activa que las investiga, el Fondo Fiduciario para las Víctimas puede reparar a través de ciertos programas el daño sufrido por estas víctimas. El Fondo Fiduciario ha implementado programas de reparación en lugares como el norte de Uganda, donde la Corte aún no ha condenado a nadie. Tras la nueva sentencia, los condenados deberán abonar un total de \$ 330.000 euros al Fondo Fiduciario de Víctimas. Este dinero se puede utilizar para financiar programas de reparación para las víctimas.

---

<sup>23</sup> ROBALO, Teresa Lancry. A vítima de crimes e o Tribunal Penal Internacional: um modelo irrefutável para o legislador interno. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 3, p. 1417-1444, set./dez. 2020.

En otros casos de reparación ante la Corte, las Salas han decretado montos de reparación bastante pequeños, siendo el más alto los 1000 euros por víctima que decretó la Corte en el Caso Katanga<sup>24</sup>. Siguiendo este ejemplo, el Fondo Fiduciario podría hacer mucho por la reparación de las 3.000 víctimas del Caso Principal.

El hecho de que los procedimientos de apelación que llevaron a revocar la sentencia en el Caso Principal coincidieran en el tiempo con el inicio de los procedimientos para la confirmación de cargos en el caso contra la administración de justicia, también generó la triste impresión de que la decisión de la apelación en el Caso Principal terminó logrando lo mismo que buscaba el plan criminal común del equipo de defensa para manipular testigos y beneficiar a Bemba Gombo, y que los procedimientos en el caso sobre testigos fueron tomados por la CPI como una oportunidad para calmar los ánimos ante una evidente sensación de denegación de justicia en el Caso Principal. En definitiva, el caso Bemba II, si bien genera una dolorosa perspectiva desde la expectativa de justicia de las víctimas cuando se mira desde los hechos del Caso Principal, su decisión permite ejemplificar como la CPI puede desplegar de manera plena su jurisdicción sobre una variedad de conductas encaminadas a afectar el proceso en el contexto del artículo 70 del Estatuto, y con ello buscar en alguna medida, la garantía de la integridad del proceso, la legalidad de la actuación de los equipos de defensa y regular de manera más efectiva, las conductas entre asesores y testigos que pudieran llevar a afectar la convicción de los jueces.

## CONCLUSIONES

Este caso presenta un interesante precedente en cuanto a las consecuencias de la amenaza a la legitimidad de los procedimientos judiciales. Este precedente puede ser particularmente importante para los casos de la situación de Kenia, donde la manipulación de testigos ha llevado a la Fiscalía a poner fin a la imputación contra el ex presidente

---

<sup>24</sup> PÉREZ-LEÓN-ACEVEDO, Juan Pablo. The Katanga Reparation Order at the International Criminal Court: Developing the Emerging Reparation Practice of the Court. *Nordic Journal of Human Rights*, Oslo, n.36.1, pp. 91-102, 2018.



Kenyatta. La falta de enjuiciamiento exitoso de cualquier persona dentro de la situación de Kenia ha sido uno de los factores de deslegitimación para la CPI, procesar a quienes manipularon al testigo puede ser una forma de volver a legitimar la participación de la Corte en esta situación.

Además, este ha sido el único caso en el que la Sala de Apelaciones ha manifestado que está de acuerdo con la decisión de responsabilidad, pero no con la fijación de penas y ha devuelto el caso a la Sala de Primera Instancia para una nueva sentencia sobre la fijación de las mismas.

La implementación del artículo 70 del Estatuto mediante procesos y sentencias que giren en torno a la protección de la administración de justicia presentan un nuevo conjunto de desafíos para la justicia internacional.

Como conclusión final, podemos señalar que la experiencia de Bemba II aplicando el artículo 70 refleja una observación alarmante sobre la capacidad y habilidad de los criminales internacionales para introducir nuevas formas de obstaculizar los procesos internacionales, y no solo ejerciendo campañas generalizadas de intimidación de testigos y evitar la comparecencia de testigos ante la Corte, sino también manipular y sobornar a testigos para afectar el proceso judicial instruyéndolos a declarar a su favor. El uso de teléfonos celulares, las conferencias en línea pirateadas y el abuso del Registro de la Corte para permitir las actividades que llevaron al plan común aplicado para la manipulación ilegal de testigos, plantea nuevos desafíos de seguridad diarios que enfrentan las instalaciones de la CPI y su cooperación con las autoridades del Estado sede, muchos de ellos, difíciles de compaginar con las necesidades cada vez más actuales de participación de víctimas, testigos y sociedad civil ante los tribunales internacionales de cara a la apropiada administración de justicia<sup>25</sup>, y las urgencias de hacer los procedimientos ante la CPI más abiertos y públicos en busca de legitimidad. Finalmente, en cuanto al funcionamiento judicial de la Corte, el artículo 70 está sujeto a comentarios de reforma procesal: durante la sesión de 2015 de la Asamblea de los Estados Partes del Estatuto de Roma, el Presidente de la CPI presentó una propuesta de reforma, para reformar el sistema de la Corte y sus Reglas de Procedimiento y Prueba

---

<sup>25</sup> AMBOS, Kai. Principle 19. Duties of States with Regard to the Administration of Justice. *The United Nations Principles to Combat Impunity: A Commentary*. Oxford, 2018, pp. 204-210.

y permitir que un número reducido de jueces esté presente en las salas en los procedimientos del artículo 70, para permitir que la CPI juzgue los casos al mismo tiempo que se llevan a cabo los procedimientos del artículo 70, esta reforma aún no ha sido plenamente implementada y solo se evidenciará su conveniencia cuando un futuro caso de delitos contra la administración de justicia, nuevamente, extienda indebidamente los plazos y frustre las aspiraciones internacionales de justicia y los derechos de las víctimas.

## BIBLIOGRAFÍA

ABELLO-GALVIS, Ricardo.; ARÉVALO-RAMÍREZ, Walter. La inmunidad de las organizaciones internacionales y de sus funcionarios cuando son nacionales del Estado sede. Diferencias con la inmunidad diplomática y experiencias de la jurisprudencia internacional y colombiana. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Ciudad de México, pp. 295-337, 2021. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2021.21.15595>

AMBOS, Kai. Principle 19. Duties of States with Regard to the Administration of Justice. *The United Nations Principles to Combat Impunity: A Commentary*. Oxford, 2018, pp. 204-210.

ARÉVALO-RAMÍREZ, Walter.; CARCANO-FERNÁNDEZ, Lucia. The ICC Proceedings On Bemba II. *Tribunal penal internacional: análise jurisprudencial*. Belo Horizonte: Arraes, 2021.

ROBALO, Teresa Lancry. A vítima de crimes e o Tribunal Penal Internacional: um modelo irrefutável para o legislador interno. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 3, p. 1417-1444, set./dez. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i3.349>

GARCIA-MATAMOROS, Laura (et al.). La perspectiva del Constitucionalismo Global. *La función de la corte penal internacional: Visiones plurales desde una perspectiva interdisciplinar: Volumen Especial por el X Aniversario del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.

KRZAN, Bartłomiej. Admissibility of evidence and international criminal justice. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 7, n. 1, p. 161-188, jan./abr. 2021. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i1.492>

MBOKANI, Jacques. L'application de la responsabilité des supérieurs hiérarchiques aux rebelles dans l'affaire Bemba. *Revue québécoise de droit international/Quebec Journal of International Law/Revista quebequense de derecho internacional*, Quebec, v.2017. pp. 37-71, 2017. <https://doi.org/10.7202/1056224ar>

NGANE, Sylvia. Should States Bear the Responsibility of Imposing Sanctions on its Citizens who as Witnesses Commit Crimes before the ICC?. *Exploring the Boundaries of International Criminal Justice*, Londres, p. 129, 2013.

OLASOLO, Hector. Chapter Five. International Criminal Court and International Tribunals: Substantive and Procedural Aspects. *The Legal Practice in International Law and European Community Law*. The Hague: Brill Nijhoff, pp. 159-204, 2007 <https://doi.org/10.1163/ej.9789004154261.i-689.42>

OSPINA, Maria Camila. CANTOR-CANOSA, Jannluck. Situación en África Central, caso del Fiscal contra Jean Pierre Bemba Gombo, Sentencia conforme al artículo 74 del ECPI, ICC-01/05-01/08, de 21 de marzo de 2016. *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal* n.5, pp. 157-168, 2017. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.7150>

PÉREZ-LEÓN-ACEVEDO, Juan Pablo. The Katanga Reparation Order at the International Criminal Court: Developing the Emerging Reparation Practice of the Court. *Nordic Journal of Human Rights*, Oslo, n.36.1, pp. 91-102, 2018. <https://doi.org/10.1080/18918131.2018.1444122>

SADAT, Leila Nadya. Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. *American Journal of International Law*, Washington, n.113.2, p. 353-361, 2019. <https://doi.org/10.1017/ajil.2019.17>

SCHIETTEKATTE, Sophie. Article 70 Proceedings at the ICC: In Pursuit of the Administration of (In) Justice? - Lessons from Bemba II. *Lessons from Bemba II*. Firenze: 2017. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2964244>

VERA SÁNCHEZ, Juan Sebastián. ¿Por qué es importante que la Corte Penal Internacional condene más allá de toda duda razonable? *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Bogotá, v.11, pp. 101-130, 2018. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.5421>

VILLARREAL PALOS, Arturo. Sobre la definición y contenido del Derecho Internacional Penal y sus diferencias con el Derecho Penal Internacional. *Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia*, Guadalajara, n. 7.19, pp. 81-111, 2021 <https://doi.org/10.32870/dgedj.v6i19.360>

## Authorship information

Walter Arévalo-Ramírez. Profesor principal de carrera académica de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Colombia). LLM Stetson University College of Law, especialista en Derecho Constitucional, abogado y Doctor en Derecho summa cum laude de la Universidad del Rosario. Director de la especialización en Derecho Internacional. Vicepresidente de la Academia Colombiana de Derecho Internacional. Walter.arevalo@urosario.edu.co

### Additional information and author's declarations (scientific integrity)

*Conflict of interest declaration:* the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

*Declaration of authorship:* all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

*Declaration of originality:* the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; he also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

### Editorial process dates

(<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 04/12/2021
- Desk review and plagiarism check: 10/01/2022
- Transfer to V8N3: 15/01/2022
- Review 1: 06/08/2022
- Review 2: 08/08/2022
- Review 3: 15/08/2022
- Preliminary editorial decision: 07/09/2022
- Correction round return: 18/09/2022
- Final editorial decision: 12/10/2022

### Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 1 (PP)
- Reviewers: 3

### HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

ARÉVALO-RAMÍREZ, Walter. Delitos contra la administración de justicia ante la Corte Penal Internacional y el desarrollo del derecho internacional penal ante la manipulación de testigos: Comentario jurisprudencial al caso Bemba II. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, n. 3, p. 1127-1155, set./dez. 2022. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i3.661>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.




# Conflicting interests of witnesses and defendants in a fair criminal trial – can a hearing by videoconference be the best instrument to reconcile them?<sup>1</sup>

*Conflito de interesses entre testemunha e pessoa acusada em uma persecução penal justa – a oitiva por videoconferência pode ser um instrumento para solução?*


**Arkadiusz Lach<sup>2</sup>**

Nicolaus Copernicus University in Toruń, Toruń, Poland  
arkadl@umk.pl

 <https://orcid.org/0000-0002-8778-1182>


**Maja Klubińska<sup>3</sup>**

Nicolaus Copernicus University in Toruń, Toruń, Poland  
mklubinska@umk.pl

 <https://orcid.org/0000-0002-3909-2171>

**Renata Badowiec<sup>4</sup>**

Nicolaus Copernicus University in Toruń, Toruń, Poland  
r.badowiec@umk.pl

 <https://orcid.org/0000-0001-7912-1363>

---

<sup>1</sup> This work was supported by the Polish National Science Centre, grant number 2020/37/B/HS5/02752.

<sup>2</sup> Professor of criminal procedure, Head of Department of Criminal Procedure and Criminalistics at the Faculty of Law and Administration, Nicolaus Copernicus University in Toruń (Poland). He specializes in criminal procedure, legal aspects of cybercrime, human rights, and European criminal law.

<sup>3</sup> PhD in Law, Assistant Professor at the Department of Criminal Procedure and Criminalistics at the Faculty of Law and Administration, Nicolaus Copernicus University in Toruń (Poland).

<sup>4</sup> PhD candidate, assistant at the Department of Criminal Procedure and Criminalistics at the Faculty of Law and Administration, Nicolaus Copernicus University in Toruń (Poland).

---

**ABSTRACT:** This study determined whether an adequately regulated hearing by videoconference can become (alone or in conjunction with other measures) an instrument to balance the protection of the rights of the accused with the protection of the interests of witnesses in the criminal process. The authors identified the requirements that a hearing by videoconference must meet the standards established by the European Court of Human Rights. They performed a critical analysis of the existing provisions relating to hearing in Polish criminal procedural law and the practice of their application and showed why in some situations, hearing by videoconference seems to be the most optimal form of hearing. Particular attention was paid to witnesses with specific needs for protection during a hearing. These considerations led the authors to the general (i.e., not exclusively applicable to the Polish legal order) conclusion that hearing by videoconference is a very useful instrument for realising fair trial standards and witness protection.

**KEYWORDS:** hearing; witness; videoconference; accused; right to defence.

**RESUMO:** *Este artigo verifica se uma adequadamente regulada oitiva por videoconferência pode ser (por si só ou juntamente a outras medidas) um instrumento para balancear a proteção dos direitos fundamentais da pessoa acusada com a proteção dos interesses da testemunha no processo penal. Na pesquisa, são identificados os requisitos que devem ser atendidos por uma oitiva em videoconferência conforme o Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Realiza-se uma análise crítica da legislação da Polônia sobre o assunto e sustenta-se que, em algumas situações, a oitiva por videoconferência é a melhor opção para realização do ato. Contudo, deve-se ter cautela com especiais necessidades de testemunhas que carecem de medidas de proteção. A partir de tais premissas, conclui-se que, em geral (e não somente para o sistema legal da Polônia), a oitiva por videoconferência é um instrumento muito útil para atender aos parâmetros do devido processo e à proteção das testemunhas.*

**PALAVRAS-CHAVE:** oitiva; testemunha; videoconferência; acusado; direito de defesa.

---



## INTRODUCTION

In international and supranational instruments, the scope *ratione personae* of the right to fair trial is regulated in different ways, usually limited to the accused, but victims and witnesses are certainly protected by other rights. Therefore, national lawmakers are obliged to introduce regulations that not only ensure the protection of the rights of the accused but also adequately safeguard those of others. This applies, *inter alia*, to persons examined during a criminal trial, as the latter may involve secondary victimisation and other specific risks and discomforts, especially in the case of witnesses with specific needs for protection during a hearing. However, introducing such solutions and their application by procedural authorities is extremely challenging as it involves an inevitable conflict of legal values. After all, instruments protecting the rights of the witnesses mentioned earlier, especially those setting specific rules for their questioning, often restrict the defendant's right of defence, significantly undermining the adversarial principle and equality of arms. However, placing undue emphasis on protecting the rights of the accused by either the legislature itself or the procedural authorities can make the protection that should be provided to this category of witnesses insufficient or even fictitious. Any of these situations are incompatible with the standards of witness protection.

Here, we explore whether an adequately regulated hearing by videoconference can become (alone or in conjunction with other measures) an instrument to balance the protection of the rights of the accused with the due protection of the witnesses' interests in the criminal process. Therefore, in addition to defining the concept of witnesses with specific needs for protection during a hearing, we refer to the relevant European Court of Human Rights<sup>5</sup> jurisprudence and critically analyse the regulations adopted in the Polish legal order. The latter is based on the ECHR<sup>6</sup> and EU standards; therefore, it may also be of interest for readers from other jurisdictions. Moreover, most problems that arise in

---

<sup>5</sup> Hereafter referred to as "ECtHR" or "the Court".

<sup>6</sup> COUNCIL OF EUROPE, Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, adopted on 4 November 1950. Hereafter referred to as "the Convention" or "ECHR".

the Polish legal system are universal; therefore, the solutions offered may be applicable to other countries.

We are aware that the COVID-19 pandemic has made the issue of hearing by videoconference more popular, attracting unprecedented interest from academics, practitioners, and legislators. In our article, however, we deliberately do not take up this thread because we intend to demonstrate that conducting hearings through videoconference is a universal instrument and not useful only in times of crisis, such as the pandemic.

## **I. WITNESSES WITH SPECIFIC NEEDS FOR PROTECTION DURING A HEARING**

In this part of the study, it is necessary to identify witnesses with characteristics that justify their inclusion in the category of witnesses with specific needs for protection during a hearing and to explain the reasons that determined persons with these specific characteristics to fall into the aforementioned category. By witnesses “with specific needs for protection during a hearing”, we mean witnesses (including victims questioned in this capacity) for whom the need for protective measures is limited solely to providing appropriate conditions for questioning and does not require other measures to be taken to ensure the safety of the witness, such as, for example, keeping the witness’ identity secret, providing personal protection to the witness, or providing assistance in relocating the witness. In the case of witnesses whose protection requires more than the creation of appropriate conditions for questioning, a videoconference hearing may be considered a protective measure but used alone it might not provide sufficient witness protection. This means that the relevance of hearing by videoconference is different in this situation than in the case of witnesses, for whom there is no need for the aforementioned specific protection measures. Therefore, this issue requires a separate analysis.

The category of witnesses “with specific needs for protection during a hearing” includes: witnesses experiencing increased stress levels during a hearing because of their personal characteristic, witnesses experiencing increased stress levels during a hearing because of specific

circumstances of the case and witnesses with physical disability and physical illness.<sup>7</sup>

**A. WITNESSES EXPERIENCING INCREASED STRESS LEVELS DURING A HEARING BECAUSE OF THEIR PERSONAL CHARACTERISTICS.**

First, consideration should be given to witnesses who experience significantly increased stress levels related to an examination (especially by a court) as part of pending criminal proceedings. Stress affects the vast majority of witnesses to a greater or lesser extent. In most cases, however, its level and impact on the witnesses' functioning, particularly their ability to recollect observations, will not justify adopting special rules for their examination.

However, there are some witnesses who, due to their personal characteristics, have serious difficulties coping intellectually and emotionally with the inconvenience of the hearing and need special treatment.

This subcategory includes particularly minors. Child witnesses (basically persons up to the age of 18 years<sup>8</sup>) reveal specific protection

---

<sup>7</sup> All these categories of witnesses can be called vulnerable witnesses. A vulnerable witness, according to the broadest definition of the term, is "any witness (whether a victim or not) who is likely to find witnessing a crime, any subsequent contact with the criminal justice system unusually stressful, upsetting or problematic, because of their personal characteristics, the nature of the offence, the nature of any evidence they are called upon to give at any stage to assist the justice process, the offender's characteristics, any relationship between them and the defendant or intimidation" – ELLIOTT, Robin. *Vulnerable and intimidated witnesses: A review of the literature*. London: Home Office, 1998, p.108., see also Article 22 of Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 establishing minimum standards on the rights, support, and protection of victims of crime, and replacing Council Framework Decision 2001/220/JHA (Official Journal of the EU L 315 of 14.11.2012).

<sup>8</sup> Notably, in light of the provision of Article 1 of the Convention on the Protection of the Rights of the Child (Convention on the Rights of the Child adopted by the General Assembly of the United Nations on 20 November 1989, Journal of Laws of 1991, No. 120, item 526), a "child" is any human being under the age of 18 unless they attain the age of majority earlier in accordance with the law.

needs and require individual approaches and attention during the criminal proceedings especially because of their inexperience, lack of life knowledge, immaturity and emotional sensitivity<sup>9</sup>. The literature indicates that the child's unique needs causing the necessity for suitable hearing conditions are related, in particular, to the fact that children may be afraid to participate in procedural activities and stressed by the new situation, the new place and the presence of strangers. In addition, children may be susceptible to suggestions, repress traumatic experiences (as a witness or victim) and rationalize them in a way that makes them socially acceptable, and moreover blame themselves for the events involved in the procedural activity<sup>10</sup>. The child victims are vulnerable to secondary and repeat victimisation, intimidation, and retaliation<sup>11</sup>.

It should be emphasised that the necessity to provide children (victims and witnesses) with special conditions for hearings also stems from European and international law<sup>12</sup>. Acts of European law imply, inter alia, that States should take measures to protect child victims to safeguard their best interests, considering an assessment of their needs<sup>13</sup>. It also follows from them that participation in criminal

<sup>9</sup> ŚWIĘCICKA, Dagmara. Małoletni świadek w procesie karnym. *Palestra*, no. 11, 2021, p. 19.

<sup>10</sup> PUDZIANOWSKA, Dorota (et. al.). Wiek. In: PUDZIANOWSKA, Dorota; JAGURA, Jarosław (eds.). *Równe traktowanie uczestników postępowania. Przewodnik dla sędziów i prokuratorów*. Warszawa: Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, 2016, pp. 84 – 85.

<sup>11</sup> Resolution of the Supreme Court of 20.12.1985, VI KZP 28/85, OSNKW 1986/5-6, item 30.

<sup>12</sup> In the context of international law see, i.a. Rule 88 of the Rules of Procedures and Evidence of the International Criminal Court Adopted by the assembly of states, first session New York, September 3-10 2002 ICC-ASP/1/3.

<sup>13</sup> Directive 2011/92/EU of the European Parliament and of the Council of December 13, 2011 combating the sexual abuse and sexual exploitation of children and child pornography, and replacing Council Framework Decision 2004/68/JHA, Official Journal of the EU L 335 of 17.12.2011 (Preamble (30)); The Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse drawn up in Lanzarote on October 25, 2007 (Council of Europe Treaty Series No. 201) also indicates that each party shall take the necessary legislative or other measures to ensure that investigations and criminal proceedings are conducted in the

proceedings by child victims should not cause additional trauma to the extent possible, as a result of interviews or visual contact with offenders. A good understanding of children and how they behave when faced with traumatic experiences will help to ensure a high quality of evidence-taking and reduce the stress placed on children when carrying out the necessary measures. Child victims and witnesses should be treated in a caring and sensitive manner throughout the justice process, considering their personal situation and immediate needs, age, gender, disability, and level of maturity, and fully respecting their physical, mental, and moral integrity. To avoid further hardship to the child, interviews, examinations, and other forms of investigation should be conducted by trained professionals in a sensitive, respectful, and thorough manner<sup>14</sup>. Notably, acts of supranational law do not introduce additional age limits differentiating between aggrieved child witnesses and non-aggrieved child witnesses as to the protective standards of their questioning. This issue already needs to be signalled here as the Polish legislator introduced such differentiation as a limit by setting the age of 15 years at the time of hearing without in any way justifying the reasons for this differentiation. Legal scholarship indicates that this limit was established by considering the child's average degree of emotional development<sup>15</sup>. Nevertheless, doubts arise over the said regulations and whether these standards should be extended to cover witnesses up to 18 years of age. Part III of the paper will discuss these regulations in more detail.

Increased stress level and risk of secondary victimisation related to participating in a hearing during pending criminal proceedings may be

---

best interests and respecting the rights of the child. Each Party shall adopt a protective approach towards victims, ensuring that the investigations and criminal proceedings do not aggravate the trauma experienced by the child and that the criminal justice response is followed by assistance, where appropriate (Article 30 paragraph 2).

<sup>14</sup> Annex to UN Economic and Social Council Resolution 2005/20 (“Guidelines on Justice in Matters involving Child Victims and Witnesses of Crime”) adopted on 22 July 2005 (V. The right to be treated with dignity and compassion).

<sup>15</sup> HOFMAŃSKI, Piotr; SADZIK, Elżbieta; ZGRYZEK, Kazimierz. *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. T. I.* Warszawa: C.H. Beck, 2007, p. 874.

also experienced by minors and adults with intellectual and developmental disabilities and mental illness<sup>16</sup>.

When assessing the credibility of testimony, the procedural authority must always consider the witness's current mental and physical condition. The existence of reasonable doubts as to the witness's mental state, mental development, and the ability to perceive or recollect observations justifies examining them with the participation of an expert physician or psychologist<sup>17</sup>. Testimony given by witnesses with mental disorders cannot be entirely disregarded; each situation must be analysed *in concreto*<sup>18</sup>. The participation of witnesses with mental disorders in criminal proceedings at both the preparatory and jurisdictional stages involves the application of certain specific legal regulations when such a situation arises (although certain norms remain common to witnesses with and without mental disabilities). Similarly, hearing of a witness with limitations in intellectual functioning and adaptive behaviour should be conducted in a manner adapted to them, considering the influence these limitations might have on the content and form of their testimony<sup>19</sup>.

In some cases, such problems affect also elderly witnesses<sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> PUDZIANOWSKA, Dorota (et. al.). Niepełnosprawność. In: PUDZIANOWSKA, Dorota; JAGURA, Jarosław (eds.). *Równe traktowanie uczestników postępowania. Przewodnik dla sędziów i prokuratorów*. Warszawa: Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, 2016, p. 34.

<sup>17</sup> Under the provisions of the Polish Code of Criminal Procedure, the legislator in the wording of Article 192 § 2 indicated that "If there is doubt as to the mental state of a witness, his state of mental development, the ability to see or play by him, the court or prosecutor may order the hearing of a witness with the attendance of a expert doctor or an expert psychologist, and a witness can't object to that".

<sup>18</sup> JAGIEŁŁO, Dariusz. Choroba psychiczna a świadek w procesie karnym (wybrane problemy na styku prawa i medycyny). *Nowa Kodyfikacja Prawa Karne-go*, vol. LX, 2020, pp. 60-61.

<sup>19</sup> ZNAMIEROWSKI, Jakub. Prawne i kryminalistyczne aspekty przesłuchania w postępowaniu karnym świadków z zaburzeniami psychicznymi. *Przeгляд Sądowy*, no. 7-8, 2014, p. 135.

<sup>20</sup> LOVE, Helene. Aging witnesses: Exploring difference, inspiring change. *The International Journal of Evidence & Proof*, vol. 19(4), 2015, pp. 210-227.

**B. WITNESSES EXPERIENCING INCREASED STRESS LEVELS DURING A HEARING BECAUSE OF THE SPECIFIC CIRCUMSTANCES OF THE CASE.**

As mentioned earlier, some witnesses suffer from fear or high distress in relation to testifying in criminal proceedings not (or not only) because of their personal characteristics but because of the specific circumstances of the case (e.g. the nature of the offence, the offender's characteristics, any relationship between them and the defendant or intimidation)<sup>21</sup>.

This subcategory of witnesses includes, in particular, witnesses who fear contact with the accused during a hearing because of the threat to them or those closest to them from the perpetrator or others seeking to prevent the witness from testifying (however, for the reasons indicated at the beginning of this chapter, we exclude from this category of witnesses those whose safety requires measures going beyond the creation of appropriate conditions for their examination, such as anonymous witnesses and crown witnesses). Given the above context, notably, instruments of European and international law<sup>22</sup> stipulate the adaptation of judicial and administrative procedures to the needs of the victim and witnesses. These should be implemented by, *inter alia*, taking measures to minimise inconvenience to victims, protect their privacy when necessary, and ensure their safety, as well as that of their families and witnesses on their behalf, from intimidation and retaliation<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> ELLIOTT, Robin. *Vulnerable and intimidated witnesses: A review of the literature*. London: Home Office, 1998, p.108.

<sup>22</sup> See e.g. Article 12 paragraph 3 of Directive 2011/36/EU of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims, and replacing Council Framework Decision 2002/629/JHA (Official Journal of the EU L 101 of 15.4.2011), Article 13 of Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Article 24 paragraph 2 (b) of United Nations Convention against Transnational Organized Crime, adopted by the United Nations General Assembly of 15 November 2000 (Journal of Laws of 2015, No. 18, item 158).

<sup>23</sup> Article 6 (d) of Annex Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power adopted by General Assembly resolution 40/34 of 29 November 1985.

This subcategory of witnesses also includes people for whom participation in procedural activities risks secondary victimisation and traumatisation due to the nature of the crimes they were victims or witnesses. This applies, in particular, to victims and non-aggrieved eyewitnesses of the most severe offences, especially crimes involving violence, threats of violence, or against sexual freedom. These persons require special protection during a hearing because they must revisit, replay, and recount drastic memories of the crime. It is necessary to emphasise the importance of solutions and regulations of a supranational and international nature that provide specific instruments for the protection of witnesses who are at risk of secondary victimisation and traumatisation. For example the preamble to Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 establishing minimum standards on the rights, support, and protection of victims of crime, and replacing Council Framework Decision 2001/220/JHA<sup>24</sup> stipulates that victims of crime should be recognised and treated in a respectful, sensitive, and professional manner without discrimination of any type based on any grounds, should be protected from secondary and repeat victimisation, from intimidation and from retaliation, should receive appropriate support to facilitate their recovery and should be provided with sufficient access to justice. According to Article 68 (1) of the Rome Statute of the International Criminal Court, the Court shall take appropriate measures to protect the safety, physical and psychological well-being, dignity and privacy of victims and witnesses. In so doing, the Court shall have regard to all relevant factors, including age, gender as defined in article 7, paragraph 3, and health, and the nature of the crime, in particular, but not limited to, where the crime involves sexual or gender violence or violence against children. The Prosecutor shall take such measures particularly during the investigation and prosecution of such crimes. These measures shall not be prejudicial to or inconsistent with the rights of the accused and a fair and impartial trial.

---

<sup>24</sup> Preamble (9), Official Journal of the UE L 315 of 14.11.2012. In this context, see also i.a. Article 56 of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence drawn up in Istanbul on 11 May 2011 (Journal of Laws of 2015, item 961).



### C. WITNESSES WITH PHYSICAL DISABILITY AND PHYSICAL ILLNESS.

This subcategory of witnesses with specific needs for protection during a hearing includes witnesses who reveal physical health problems preventing them or significantly hindering them from attending a hearing at the seat of the authority conducting proceedings. The causes include e.g. permanent and bedridden illness of the witness, their stay in a hospital, the permanent disability or invalidity of the witness, which prevents them from moving freely<sup>25</sup>. For this category of witnesses, arrangements are envisaged to allow them to be heard without having to appear at the seat of the authority conducting proceedings.

Thus, the grounds for adopting special protection solutions during a witness hearing can vary and include age, health (both physical and mental), or imminent danger from the accused or others seeking to prevent the witness from testifying. In any case, specific legal standards in force provide grounds for protecting such persons during pending criminal proceedings. Finally, one method of protecting witnesses with specific protection needs during a hearing, also provided for in acts of supranational and international law, could be the hearing of a witness by videoconference, which will be discussed in the subsequent part of the article<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> GABERLE, Andrzej. *Dowody w sądowym procesie karnym*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2007, pp. 93-94.

<sup>26</sup> See, e.g., Article 20 paragraph 5(b) of Directive 2011/92/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on combating the sexual abuse and sexual exploitation of children and child pornography, and replacing Council Framework Decision 2004/68/JHA (Official Journal of the EU L 335 of 17.12.2011), Article 15 paragraph 5(b) of Directive 2011/36/EU of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims, and replacing Council Framework Decision 2002/629/JHA (Official Journal of the EU L 101 of 15.4.2011), Article 36 paragraph 2(b) of The Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse drawn up in Lanzarote on October 25, 2007, Article 56 paragraph 1(i) of The Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence drawn up in Istanbul on 11 May 2011 Article 31(a) of Annex to UN Economic and Social Council Resolution 2005/20 (“Guidelines on Justice in Matters involving Child Victims and Witnesses of Crime”); Article 24 paragraph 2 (b) of United Nations

## II. ECHR STANDARDS CONCERNING HEARING OF WITNESSES BY VIDEOCONFERENCE

Hearing of a witness by videoconference in criminal cases can be considered on two levels in terms of human rights: ensuring the witness' rights and the right to a fair trial of the accused when a witness is heard by videoconference.

Concerning the first aspect, it is first necessary to analyse which rights are at stake. The right to a fair trial is the first that comes into focus. However, that the Convention does not generally guarantee the witness the right to a fair trial, since Article 6 (1) refers only to the accused and persons whose rights and obligations of a civil nature are adjudicated in a trial ("In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing"). Therefore, one can focus on the situation where the witness is an aggrieved party pursuing a civil claim in a criminal trial, which may be covered by guarantees under Article 6 (1) ECHR<sup>27</sup>. In some states, such a person is treated only as a witness, whereas in others, they also have the distinct status of a party to the proceedings. While the Court emphasises that civil claimants are entitled to fewer guarantees than the accused<sup>28</sup>, they can undoubtedly invoke, for example, a violation of equality of arms or the adversarial nature of the proceedings.

This issue has not been analysed extensively by the ECtHR strictly in the context of hearing by videoconference, but some conclusions can be drawn from the Court's case law relating to a remote hearing.

First, videoconferencing can enable the victim to pursue a claim. In the case of *Conde Nast Publications Ltd. and Carter*<sup>29</sup>, when referring

---

Convention against Transnational Organized Crime, adopted by the United Nations General Assembly of 15 November 2000 (Journal of Laws of 2015, No. 18, item 158).

<sup>27</sup> Judgment of the ECtHR in case *Perez v. France* of 12.02.2004, application no. 47287/99.

<sup>28</sup> Judgment of the ECtHR in case *König v. Germany* of 28.06.1978, application no. 6232/73.

<sup>29</sup> Decision of the ECtHR in case *Conde Nast Publications Ltd and Carter v. the United Kingdom* of 8.01.2008, application no. 29746/05.

to the allegation that granting the claimant the opportunity to make an appearance by videoconference violated the right to fair trial of the opposite party, the ECtHR indicated that “such means of submission of evidence is not contrary to the principles of the Convention (...)”. In the present proceedings, the legitimate aim pursued was the proper administration of justice, by granting RP<sup>30</sup> access to the same procedural facilities as other litigants and enabling him to continue the proceedings which were aimed at the vindication of his right to reputation guaranteed under Article 8 of the Convention” and “the State cannot be condemned under Article 6 of the Convention for providing a particular litigant with facilities that were available to other litigants simply because of his status as a fugitive from justice. The deprivation of such facilities would run counter to the Convention guarantee of equal treatment that is inherent in the principle of equality of arms”. In balancing the interests of the claimant and the defendant (the applicant before the ECtHR), the Court held that “the applicants had suffered little, if any, disadvantage as a result of the submission of RP’s evidence by VCF whereas, in the event of a refusal of the relevant order, RP would, in practice, have been requested to abandon his action in denial of his right of access to court. In these circumstances, the Court does not consider that the order enabling RP to submit his evidence by VCF hindered the principle of equality of arms or rendered the proceedings unfair in any other way”. Although the above ruling was made in the context of a civil trial, it may similarly be applicable in a criminal trial in which the aggrieved party asserts a claim as a civil party or, while not a party, files in a criminal trial a motion for compensation from the accused. The reason for choosing videoconference may be, for example, a serious risk of secondary victimisation or illness.

The issue of an appearance at a trial by videoconference often arises in situations where the aggrieved party is deprived of liberty, e.g. due to serving a prison sentence in another case. If bringing such a witness to a hearing might be problematic, e.g. due to long distance or fear of flight, hearing by videoconference appears to be a good alternative. In addressing this issue, the Court “established a twofold test to assess

---

<sup>30</sup> Facing the risk of extradition to the US when appearing in the UK, RP (the claimant) gave evidence in the English court by videoconference from France.

whether an incarcerated applicant's absence from civil court hearings was compatible with the requirements of Article 6 of the Convention: the Court must first examine the manner in which the domestic courts assessed the question whether the nature of the dispute required the applicant's personal presence; secondly, it must determine whether the domestic courts put in place any procedural arrangements aiming at guaranteeing his effective participation in the proceeding<sup>31</sup>.

Participation in this mode of hearing entails making use of all the guarantees afforded to the person whose rights and obligations are decided in the proceedings. These guarantees obviously cover the quality of the connection and the possibility of freely making statements or seeing other evidence. To successfully allege a violation of these guarantees before the ECtHR, they must first be formulated in domestic proceedings<sup>32</sup>. Referring to the accused's participation in a hearing by videoconference (which may be *mutatis mutandis* applied to the civil claimant), the Court indicated that "physical presence of an accused in the courtroom is highly desirable, but it is not an end in itself: it rather serves the greater goal of securing the fairness of the proceedings, taken as a whole (...). Furthermore, although the defendant's participation in the proceedings by videoconference is not as such contrary to the Convention, it is incumbent on the Court to ensure that recourse to this measure in any given case serves a legitimate aim and that the arrangements for the giving of evidence are compatible with the requirements of respect for due process, as laid down in Article 6 of the Convention (...). It must be ensured that the applicant can follow the proceedings and be heard without technical impediments"<sup>33</sup>.

The second issue that might be analysed in this context is the need to protect the life and health of the witness from retribution by the accused and criminal groups. Notably, apart from obligations to refrain from a specific interference, the ECHR also imposes positive obligations on parties, manifested in the necessity of protecting individuals within

---

<sup>31</sup> Judgment of the ECtHR in case Polyakova and others v. Russia of 7.03.2017, applications no. 35090/09, 35845/11, 45694/13 and 59747/14, § 127.

<sup>32</sup> Judgment of the ECtHR in case Ulimayev v. Russia of 21.02.2017, application no. 23324/04, § 39.

<sup>33</sup> Ulimayev v. Russia, *supra*, § 37.

their territory from the actions taken by other individuals<sup>34</sup>. This is the so-called horizontal dimension of human rights protection, and its impact is evident by Articles 2 (right to life) and 3 (freedom from torture, inhuman, or degrading treatment) of the ECHR. Thus, the State must take all measures to ensure witness protection if there is a real risk of an attack on them. Undoubtedly, one way to protect the witness in connection with their testimony against attack in the courtroom or other court premises is to hear them by videoconference. Such examination will not only minimise some risk to the life and health of the witness but can also positively affect the witness's comfort of testifying.

The third issue is witness protection from secondary victimisation and the adverse effects of the traditional hearing on the witness. This is especially true for witnesses who have been aggrieved in sexual offences and for minors or parties aggrieved in offences with the use of violence. In such a situation, direct contact with the perpetrator may entail trauma and negatively affect the person's health.

The ECtHR addressed these two aspects in the *Doorson*<sup>35</sup> case concerning the use of anonymous witnesses in a criminal trial. Answering the question of the limits of the accused's right to a fair trial, the Court said, "It is true that Article 6 does not explicitly require the interests of witnesses in general, and those of victims called upon to testify in particular, to be taken into consideration. However, their life, liberty or security of person may be at stake, as may interests coming generally within the ambit of Article 8 of the Convention. Such interests of witnesses and victims are in principle protected by other, substantive provisions of the Convention, which imply that Contracting States should organise their criminal proceedings in such a way that those interests are not unjustifiably imperilled. Against this background, principles of fair trial also require that in appropriate cases the interests of the defence are balanced against those of witnesses or victims called upon to testify". Thus, the institution of an anonymous witness was recognised as compliant

---

<sup>34</sup> Judgments of the ECtHR in cases *Osman v. United Kingdom* of 28.10.1998, application no. 23452/94, § 113 - 123 and *Kurt v. Austria* of 15.06.2021, application no. 62903/15, § 157 - 160.

<sup>35</sup> Judgment of the ECtHR in case *Doorson v. the Netherlands* of 26.03.1996, application no. 20524/92, § 70.

with the Convention. At the same time, specific requirements for the mode of hearing of such a witness were formulated.

Similarly, in the case involving the sexual exploitation of a child, the Court concluded that “The Court has had regard to the special features of criminal proceedings concerning sexual offences. Such proceedings are often conceived of as an ordeal by the victim, in particular when the latter is unwillingly confronted with the defendant. These features are even more prominent in a case involving a minor. In the assessment of the question whether or not in such proceedings an accused received a fair trial, account must be taken of the right to respect for the private life of the perceived victim”<sup>36</sup>.

As an aside, it may be mentioned that the Court of Justice of the European Union also pointed to this aspect in the *Maria Pupino*<sup>37</sup> case stating that “Articles 2, 3 and 8 (4) of Council Framework Decision 2001/220/JHA of 15 March 2001 on the standing of victims in criminal proceedings must be interpreted as meaning that the national court must be able to authorise young children, who, as in this case, claim to have been victims of maltreatment, to give their testimony in accordance with the arrangements that allow those children to be guaranteed an appropriate level of protection, for example outside the trial and before it takes place”. Notably, minors who are victims of sexual or physical abuse are usually examined only once, in the preparatory proceedings and in the absence of the suspect. However, videoconferencing may, in some situations, be a good additional instrument for protection of this kind of witnesses.

The second aspect involved in ensuring respect for rights in connection with videoconferencing involves hearing of a witness in such a way as to ensure the defendant’s right to a fair trial, in particular, the right to a defence. This particularly implies the possibility of participating effectively in the taking of evidence. As the ECtHR pointed out in *Murtazaliyeva v. Russia*<sup>38</sup>, “Article 6, read as a whole,

---

<sup>36</sup> Judgment of the ECtHR in case *S.N. v. Sweden* of 2.07.2002, application no. 34209/96, § 47.

<sup>37</sup> Judgment of the CJEU (Grand Chamber) of 16.06.2005, Criminal proceedings against *Maria Pupino*, ECLI:EU:C:2005:386.

<sup>38</sup> Judgment of the ECtHR in case *Murtazaliyeva v. Russia* of 18.12.2018, application no. 36658/05, § 91.

guarantees the right of an accused to participate effectively in a criminal trial, which includes, inter alia, not only his or her right to be present, but also to hear and follow the proceedings (...). The right to an adversarial trial means, in a criminal case, that both the prosecution and the defence must be given the opportunity to have knowledge of and comment on the observations filed and the evidence adduced by the other party". Problems with hearing the witness's testimony due to the poor quality of the connection or to the sound set too quietly may give rise to a claim under Article 6<sup>39</sup>. In general, however, videoconferencing provides a better opportunity for the accused to get familiarised with the witness's testimony and challenge it than, e.g., hearing conducted via international or domestic legal assistance, the reading of the witness's testimony given in the preparatory proceedings, or hearing by the court in the absence of the accused. The Court made this clear in the Zhukovskiy<sup>40</sup> case noting that "The domestic courts did not hear the direct evidence of these witnesses and the applicant had no opportunity to cross-examine them. The Court is not persuaded that the materials of pre-trial investigation, in which the applicant partly participated, and the video of the questioning could compensate such a complete lack of possibility for the courts and the applicant to examine the witnesses directly. Furthermore, being aware of difficulties in securing the right of the applicant to examine the witnesses in the present case, the Court considers that the available modern technologies could offer a more interactive type of questioning of witnesses abroad, like a video link".

As indicated above, the right of the accused to a fair trial is not limitless under the Convention. It may be limited in some cases by, inter alia, the need to consider the witnesses' interests. As the ECtHR emphasises, "Article 6 does not grant the accused an unlimited right to secure the appearance of witnesses in court"<sup>41</sup>. However, the latter must not lead to a non-acceptable limitation of the procedural guarantees

---

<sup>39</sup> See judgment of the ECtHR in case *Stanford v. the United Kingdom* of 23.02.1994, application no. 16757/90, § 29.

<sup>40</sup> Judgment of the ECtHR in case *Zhukovskiy v. Ukraine* of 3.03.2011., application no. 31240/03, § 45.

<sup>41</sup> *S.N. v. Sweden*, supra, § 44.

enjoyed by the accused, as emphasised by the ECtHR in, *inter alia*, *S.N. v. Sweden*<sup>42</sup> when it pointed out that “the Court accepts that in criminal proceedings concerning sexual abuse certain measures may be taken for the purpose of protecting the victim, provided that such measures can be reconciled with an adequate and effective exercise of the rights of the defence (...). In securing the rights of the defence, the judicial authorities may be required to take measures which counterbalance the handicaps under which the defence labours”. Only such measures restricting the rights of the defence, which are strictly necessary, are permissible under Article 6 (1)<sup>43</sup>. The Court also takes the position that “Before a witness can be excused from testifying on grounds of fear, the trial court must be satisfied that all available alternatives, such as witness anonymity and other special measures, would be inappropriate or impracticable”<sup>44</sup>.

Hearings by videoconference should generally not entail a reduction in the procedural guarantees of the accused compared with the hearing of a witness present in the courtroom. However, if such a negative impact has occurred or is likely to occur, measures to counterbalance such a reduction should be considered. In *WS v. Poland*<sup>45</sup>, the Court appreciated that the law enforcement authorities wished to protect the victim from the negative effects of direct questioning but noted that “it has not been shown or argued that the authorities envisaged or made attempts, either at the investigation stage, or later, before the court, to test the reliability of the victim in a less invasive manner than direct questioning. This could have been done, for example, by more sophisticated methods, such as having the child interviewed in the presence of a psychologist and, possibly, also her mother, with questions put in writing by the defence,

---

<sup>42</sup> *S.N. v. Sweden*, *supra*, § 47.

<sup>43</sup> Judgment of the ECtHR in case *Van Mechelen and others v. the Netherlands* of 23.04.1997, applications no. 21363/93, 21364/93, 21427/93 and 22056/93, § 58.

<sup>44</sup> Judgment of the ECtHR in case *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom* of 15.12.2011, applications no. 26766/05 and 22228/06, § 125.

<sup>45</sup> Judgment of the ECtHR in case *W. S. v. Poland*, of 19.06.2007, application no. 21508/02, § 61.



or in a studio enabling the applicant or his lawyer to be present indirectly at such an interview, via a video link or one way mirror”.

In the context of hearing by videoconference, several key requirements relating to the right to a fair trial can be identified.

First, the accused should be given an adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him, either when that witness makes his statement or at a later stage of proceedings<sup>46</sup>. However, “As a general rule, paragraph 1 and paragraph 3(d) of Article 6 cannot be interpreted as requiring in all cases that questions be put directly by the accused or his lawyer, whether by means of cross-examination or by any other means”<sup>47</sup> and “since a direct confrontation between the defendants charged with criminal offences of sexual violence and their alleged victims involves a risk of further traumatising on the latter’s part, in the Court’s opinion personal cross-examination by defendants should be subject to most careful assessment by the national courts, the more so the more intimate the questions are”<sup>48</sup>. It is not enough, however, to be able to see the witness’s videoconference testimony and observe the witness’s demeanour if they cannot be asked questions<sup>49</sup>.

Second, under the principle of equality of arms, if hearing of witnesses by videoconference is allowed in respect of prosecution witnesses, it should also be available for defence witnesses.

Third, a videoconference hearing is sometimes the only way to examine a witness, especially if they are abroad and not willing to appear in court because of, e.g., potential criminal liability. The authority conducting the proceedings should carefully consider such a request from the defence and, if there are no serious reasons for refusing it, examine the witness in this mode. Any decision to refuse the request

---

<sup>46</sup> Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom, *supra*, § 118. More on the subject see MAFFEI, Stefano. *The European Right to Confrontation in Criminal Proceedings: Absent, Anonymous and Vulnerable Witnesses*. Groningen: Europa Law Publishing, 2006.

<sup>47</sup> W. S. v. Poland, *supra*, § 55.

<sup>48</sup> Judgment of the ECtHR in case Y. v. Slovenia of 28.05.2015, application no. 41107/10, § 106.

<sup>49</sup> Judgment of the ECtHR in case D. v. Finland of 7.07.2009, application no. 30542/04, § 50.

must be duly reasoned<sup>50</sup>; otherwise, it may violate the accused's right of the defence.

Fourth, the accused should be allowed to observe the witness's demeanour during the examination at a distance and to challenge their credibility. In the Bocos-Cuesta<sup>51</sup> case, "neither the applicant nor the trial court judges were able to observe their demeanour under questioning and thus form their own impression of their reliability (...). It is true that the trial courts undertook a careful examination of the statements taken from the children and gave the applicant ample opportunity to contest them, but this can scarcely be regarded as a proper substitute for a personal observation of a witness giving oral evidence". This implies the need for appropriate technical solutions (e.g. the location of the camera or TV screens) so that the witness is visible while giving the testimony not only to the judges and jurors but also to the accused and the defence counsel. In addition, the quality of the transmission should allow for such an observation.

Thus, under the ECHR standards, remote hearing of witnesses is allowed and sometimes even promoted as a means of realisation of fair trial requirements or protection of other human rights. However, there are certain requirements concerning this type of hearing laid out by the jurisprudence of the ECtHR.

### **III. HEARING OF A WITNESS BY VIDEOCONFERENCE AS AN INSTRUMENT ALLOWING THE FAIR TRIAL STANDARD TO COME INTO EFFECT IN RELATION TO WITNESSES "WITH SPECIFIC NEEDS FOR PROTECTION DURING A HEARING" - ANALYSIS OF SOLUTIONS ADOPTED IN POLISH CRIMINAL PROCEEDINGS**

The provisions of the Polish Code of Criminal Procedure (CCP) and the regulations issued on its basis indicate that the Polish legislator recognises the problems concerning witnesses "with specific needs for

---

<sup>50</sup> Judgment of the ECtHR in case Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia (No. 2) of 25.07.2013, applications no. 51111/07 and 42757/07, § 506.

<sup>51</sup> Judgment of the ECtHR in case Bocos-Cuesta v. the Netherlands of 10.11.2005, application no. 54789/00, § 71.

protection during a hearing”, which it seeks to solve by introducing specific standards for hearing of these subjects. Hearing by videoconference is also mentioned among the instruments designed to secure the interests of the persons mentioned earlier, which, from the perspective of the subject matter of this paper, is the most relevant. However, both the Polish legislator and the Polish procedural authorities (courts, public prosecutors, police) do not appropriately appreciate the form of hearing; consequently, it is used too rarely to the detriment of the implementation of procedural guarantees in Polish criminal proceedings. Considerations in this regard should begin by drawing attention to the fact that under Article 177 of the CCP, which refers to the examination in both the preparatory and jurisdictional phases, the legislator indicated that the examination of a witness may take place at the seat of the authority conducting proceedings (Article 177 § 1 of the CCP), in the place of the witness’ stay, in a situation where the witness is unable to attend the summons due to illness, disability, or any other insurmountable obstacle (Article 177 § 2 of the CCP) and in the mode of videoconferencing<sup>52</sup> (Article 177 § 1a and Article 177 § 1b of the CCP). However, the legislator has not indicated, in principle, any prerequisites for waiving the hearing of a witness at the seat of the authority conducting proceedings or at the place of the witness’s stay and replacing these modes of examination with a remote hearing<sup>53</sup>. Nevertheless, it cannot be inferred from this circumstance that the aforementioned forms of hearing are entirely equivalent in the sense that they may be used interchangeably on a fully discretionary basis. The principle of immediacy, which applies in criminal proceedings, prescribes that the procedural authority must come into direct contact with the source of evidence and the means of evidence<sup>54</sup>. The principle is most comprehensively implemented when the authority conducting proceedings

---

<sup>52</sup> The Polish legislator defines this examination in a descriptive form as “examination with the use of technical devices allowing this procedure to take place remotely, with a simultaneous direct transmission of sound and vision” (see i.a. Article 177 § 1a of the CCP).

<sup>53</sup> Therefore, the regulation contained in Article 185b § 2 of the CCP should be treated as an exception (this regulation will be referred to later in this article).

<sup>54</sup> This is called the principle of immediacy in a formal sense, ŚWIECKI, Dariusz. *Bezpośredniość czy pośredniość w polskim procesie karnym*. Warszawa: LexisNexis, 2013, p. 23.

and the other participants in the hearing are guaranteed the possibility of contact and observation of the person being examined directly while being in the same room with them<sup>55</sup>. These circumstances create the best conditions for the full perception of the messages conveyed non-verbally by the person being examined, including, in particular, the messages communicated unconsciously and involuntarily<sup>56</sup>. Furthermore, in the case of a face-to-face hearing, conducting this action properly does not depend on access to properly functioning technical equipment and the ability to operate it. The traditional form of interrogation obviates the negative impact that the specific conditions of a hearing by videoconference may have on the quality of the testimony given, related primarily to the lack of direct contact with the interrogator, distraction by technical process and the necessity “to speak to a computer screen”. These circumstances may bemuse the witnesses and, even if they are not fully aware of it, prevent them from giving a free and complete account. Moreover, the lack of direct contact with the interrogating authority may cause the witness to not give due weight to the importance of the activity, which may also reflect negatively on the quality of their statement<sup>57</sup>. In the case of face-to-face

<sup>55</sup> MAZUR, Hubert. Przesłuchanie świadka na odległość. In: CZARNECKI, Paweł; CZERWIŃSKA, Małgorzata (eds.). *Katalog dowodów w postępowaniu karnym*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, 2014, pp. 160–161.

<sup>56</sup> Non-verbal communication is the way “people communicate intentionally or unintentionally, without words; non-verbal indicators include facial expressions, tone of voice, gestures, body position and movements, touch and gazing” - ARONSON, Elliot; WILSON, Timothy D.; AKERT, Robin M. *Psychologia społeczna. Serce i umysł*. Poznań: Polish translation by Zysk i S-ka Wydawnictwo s.c., 1994, p. 173. On the role of non-verbal communication in the judicial process - see for more details DENAULT, Vincent; DUNBAR, Norah. Nonverbal communication in courtrooms: Scientific assessments or modern trials by ordeal? *The Advocates' Quarterly*, vol. 47(3), 2017, pp. 280-308.

<sup>57</sup> This includes, in particular, the negative impact on the willingness of the witness to speak the truth and give as much details as possible. See FEKETE, Gábor. Videoconferencing hearings after the times of pandemic. *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series (ECLIC)*, vol. 5, 2021, p. 483. The issue of change of rituals in case of remote hearings and virtual courts was also observed in ROSSNER, Meredith. Remote rituals in virtual courts. *Journal of Law and Society*, vol. 48(3), 2021, pp. 334–361. In the above context, however, notably, empirical research conducted in Australian courts has shown that the children and vulnerable adults giving evidence remotely understood that they were attending a courtroom and that the matter was serious. Stakeholders did

hearing, to which the procedural authorities are accustomed, there are also no problems characteristic of remote questioning in assessing the procedural statements made in this way, which are caused not only by the limited possibility of receiving non-verbal messages but also by the very fact that the questioning authority has no direct contact with the person questioned<sup>58</sup>. Furthermore, in the traditional type of hearing - as opposed to videoconference questioning<sup>59</sup> - third parties have no opportunity of unauthorized influence of the witness (e.g. by telling the witness how and what to testify) during the hearing<sup>60</sup>. Therefore, the view expressed in the legal scholarship that a remote hearing should be regarded as an exception to the rule and applied when a direct hearing of the witness is not possible, inadvisable, or substantially impeded is well-founded<sup>61</sup>. However, it should not be concluded from the above that hearing by videoconference, in general, excludes the possibility of assessing non-verbal communication.

---

not feel that children and other vulnerable witnesses giving evidence by video link lacked an appreciation of the seriousness of the matter and the authority of the court – see: ROWDEN, Emma; WALLACE, Anne. Remote Judging: the impact of video links on the image and the role of the judge. *International Journal of Law in Context*, vol. 14(4), 2018, p. 517.

- <sup>58</sup> The perception of remote witnesses by court is different from that of witnesses interviewed directly. On the problems that may arise in assessing the credibility of the testimony of witnesses heard by videoconference, see in more detail SOMMERER, Lucia. Virtuelle Unmittelbarkeit? Videokonferenzen im Strafverfahren während und jenseits einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite. *ZSTW*, vol. 133(2), 2021, pp. 421 – 424.
- <sup>59</sup> BERMANN, George A. Dispute Resolution in Pandemic Circumstances. In: PISTOR, Katharina (ed.). *Law in the time of Covid-19*. New York: Columbia Law School, 2020, p. 172.
- <sup>60</sup> Because of its weaknesses, hearing by videoconference is sometimes seen as limiting the principle of immediacy, the right to be heard and even the principle of equality of arms. Such assessments, however, do not apply to all hearings by videoconference (i.e. hearings by videoconference as such), but to those that are conducted in a manner that may violate these principles. It, therefore, depends primarily on the content of the regulations for the specific type of hearing by videoconference – see e.g. SAKOWICZ, Andrzej. Głosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 18 marca 2015 r., II KK 318/14. *Białostockie Studia Prawnicze*, vol. 21, 2016, p. 221.
- <sup>61</sup> LACH, Arkadiusz. Przesłuchanie na odległość w postępowaniu karnym. *Państwo i Prawo*, no. 12, 2006, p. 81, WILIŃSKI, Paweł. Przesłuchanie świadka na odległość w postępowaniu karnym. *Przegląd Sądowy*, no. 6, 2005, pp. 17-18.

In fact, this is not the case, as has also been confirmed with the ECtHR case law cited above. When this action is conducted in such a way as to ensure that those taking part in the hearing are able to observe the demeanour of the person being heard (including, in particular, his facial expressions, posture, gestures, and body movements), the possibility of receiving non-verbal messages will be preserved, although undoubtedly not to the same extent as in the case of a direct hearing<sup>62</sup>. Properly drafted legislation on videoconferencing interrogation, the provision of suitable equipment for videoconferencing to procedural authorities, and training to raise awareness of the technical and psychological aspects of videoconferencing hearings among representatives of procedural authorities and other persons involved in this type of hearing are also capable of, if not eliminating<sup>63</sup>, at least significantly reducing the risks associated with the use of this form of hearing<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup> DENAULT, Vincent; PATTERSON, Miles L. Justice and Nonverbal Communication in a Post-pandemic World: An Evidence-Based Commentary and Cautionary Statement for Lawyers and Judges. *Journal of Nonverbal Behavior*, vol. 45 (1), 2021, pp. 1-10, BROWN, Robert. Many Remote Lawyers Struggle to Read Body Language. Available at: <<https://news.bloomberglaw.com/bloomberg-law-analysis/analysis-many-remote-lawyers-struggle-to-read-body-language>>. Accessed on 26 June 2022, MACKENZIE, John. The pros and cons of remote hearings. Available at: <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=a3ea7acf-1421-4683-8dfd-642d22cfa45f>>. Accessed on 28 June 2022.

<sup>63</sup> For instance, an adequate safeguard against the possibility of unlawful influence on a witness during remote questioning is the presence of a representative of the procedural authority at the place where the witness is present during this activity – see Article 177 § 1a and 1b of the CCP.

<sup>64</sup> More on the proper conduct of a hearing by videoconferencing, including the technical and organisational requirements for videoconferencing in judicial proceedings – see: Guidelines on videoconferencing in judicial proceedings. Document adopted by the CEPEJ (European Commission for the efficiency of justice) at its 36th plenary meeting (June 2021). Available at: <<https://rm.coe.int/cepej-2021-4-guidelines-videoconference-en/1680a2c2f4>>. Accessed on 15 September 2022, General Secretariat of the Council, Guide on videoconferencing in cross-border proceedings. Available at: <[https://e-justice.europa.eu/content\\_manual-71--maximize-en.do?id-Subpage=18](https://e-justice.europa.eu/content_manual-71--maximize-en.do?id-Subpage=18)>. Accessed on 16 September 2022. In the above context, it is also worth mentioning that training courses on conducting procedural acts at a distance are organised in Poland (the only question is whether in sufficient numbers), see e.g. <<https://www.iustitia.pl/dzialalnosc/>>

Thus, the law-making and law-applying bodies should consider all these circumstances when choosing between hearing in the traditional-basic mode (i.e., hearing by the competent procedural authority at its seat) and a remote hearing and when deciding whether to use the last-mentioned mode of hearing or use other particular methods of interrogation, which include hearing at the witness' place of stay and hearing through legal assistance provided by another procedural authority at its seat.

A hearing at the witness' place of stay has the significant advantage that if it is conducted by the procedural authority competent in the case, with the participation of all entities entitled to participate in this action, it is, in principle, no different (in terms of the standard of this action, judged from the perspective of the canon of due process) from a hearing at the seat of the authority. However, the use of the phrase "in principle" is necessary, as this standard may be significantly lowered in a specific case. This will be the case, in particular, if the hearing is not open to all those who would have participated had it been conducted in the aforementioned traditional mode. Such a situation will occur when a hearing is not attended by all the members of the procedural authority having jurisdiction over the case but by its named representative<sup>65</sup>. The standard of the action mentioned earlier will also be lowered when the parties and their procedural representatives cannot participate in the hearing due to obstacles, which would not occur in the situation of examining a witness in the traditional - basic mode.

---

konferencje-i-szkolenia/4063-szkolenie-online-czynnosci-procesowe-sadu-na-odleglosc-w-postepowaniu-cywilnym-i-karnym-22-stycznia-2021r>, <<https://www.bankier.pl/wiadomosc/Rozprawa-w-formie-wideokonferencji-Sedziowie-ucza-sie-pracowac-online-8081023.html>>. Accessed on 18 September 2022).

<sup>65</sup> Such a situation can arise during judicial proceedings when the court sits as a panel and the hearing of a witness is conducted by a judge designated from its panel. The provision of Article 396 § 2 of the CCP indicates that the court may order that a witness be examined by a judge designated from the adjudicating panel or by the court, in whose judicial circuit the witness is staying, if the witness's failure to appear in court is caused by insurmountable obstacles.

Given that the rights of the accused and other participants, including witnesses, must be protected during criminal proceedings<sup>66</sup>, hearing a witness at their place of stay may involve certain discomforts for the witness themselves. The need to allow entry into the home not only of representatives of the procedural authorities but also of the parties and their legal representatives can be for some people an experience that is not only extremely unpleasant because of the significant intrusion into their right to privacy; but in addition, this raises concerns about the disclosure of the witness' place of residence. Persons who are unable to appear for questioning at the seat of the procedural authority, even one based in the locality in which they are staying, are in no way in a position to resist such discomfort. Moreover, the coercive situation in which they find themselves deprives them of the right to anonymise data on their place of residence, which every witness generally enjoys<sup>67</sup>.

The last-mentioned negative consequences do not involve questioning through legal assistance by another procedural authority on its premises. However, this mode of hearing does not apply to all witnesses (such as persons who are bedridden or disabled and cannot leave their homes). Moreover, not only can the other aforementioned circumstances lowering the standard of this procedure occur when this mode of hearing is used, but an even stronger departure from the principle of immediacy is noticeable. Interrogation through legal assistance provided by another procedural authority deprives the authority competent to hear the case of the possibility of personal contact with the source and the means of evidence, in particular, the possibility to ask questions to the person heard in real time and to react in real time to the content of their statements. These are very significant deficiencies that cannot be fully remedied by either playing back the recording of the questioning made by means of a device registering vision and sound<sup>68</sup> or, even more so, by reading the protocol documenting the course of this action. Moreover, the assisting

---

<sup>66</sup> LONATI, Simone. Un invito a compiere una scelta di civiltà: la Corte europea dei diritti dell'uomo rinunci all'uso della testimonianza anonima come prova decisiva su cui fondare una sentenza di condanna. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, vol. 5(1), 2019, pp. 352 – 353.

<sup>67</sup> See Article 148a, 191 § 1a and § 1b of the CCP.

<sup>68</sup> See Article 147 § 2 point 2 of the CCP.



body cannot carry out the questioning to the same level of detail as the body competent to hear the case, even if it conducts it with full diligence and has at its disposal a set of materials and questions presented to it by the commissioning body. The reason for this is prosaic—it does not know the case so thoroughly.

By contrast, the deficiencies described above, lowering the standard of fair hearing, would not occur in the case of properly conducted hearing by videoconference. By using this mode of questioning, it would be much easier to hear the witness by the procedural authority competent to hear the case and to take part in this action by the parties, including the accused deprived of liberty. This mode of hearing would help many witnesses avoid the stressful situation connected with the presence in their home of not only representatives of the authority conducting proceedings, but also of other participants in the trial and, most importantly, would not deprive them of their right to anonymise data concerning their place of residence. As indicated earlier, the possibility of receiving non-verbal communications is limited in the case of hearing by videoconference. Nevertheless, the existence of the aforementioned limitations undermines the standard of a fair trial much less than a situation in which the authority competent to conduct proceedings, a party, or their trial representative is deprived of the possibility to participate in the hearing<sup>69</sup>. Needless to say, there are cases in which a witness feels constrained and frightened by the presence of participants in the proceedings in their home and is not able to give an entirely uninhibited account. Undoubtedly, the strength of the destructive impact of the stress and fear mentioned earlier on the witness' ability to give a free and credible account is much greater than – distinguished by academics – the degree of the negative impact of the specific conditions of an interview by videoconference can have on this ability<sup>70</sup>.

---

<sup>69</sup> Cf. also BUDNIAK-ROGAŁA, Aleksandra. Przeprowadzenie dowodu za pomocą środków porozumiewania się na odległość na zasadzie art. 235 § 2 KPC a realizacja zasady bezpośredniości – uwagi w kontekście nowelizacji KPC z 10.7.2015 r. – część 2. *Prawo Mediów Elektronicznych*, no. 3, 2017, pp. 18-23.

<sup>70</sup> This refers, in particular, as mentioned above, to the lack of direct contact with the procedural authority and the necessity to speak to a computer “screen”.

Therefore, as long as there are technical conditions for a remote hearing<sup>71</sup>, this mode of hearing should take precedence over hearing through legal assistance provided by another judicial body, as well as over a hearing at the place of the witness's stay if the conduct of the latter hearing entails that all those entitled to participate in the procedure will not be able to do so or that it will cause inconvenience to the witness. The priority of hearing by videoconference should not only be considered a "good practice" but also follow explicitly from the law.

Hearing by videoconference should also be the primary mode of hearing of adult witnesses<sup>72</sup> who experience increased atypical levels of stress associated with hearing at the seat of the authority conducting proceedings, caused in particular by having to give testimony in the presence of the accused. It should also be applied in the case of witnesses for whom participation in a hearing at the seat of the authority conducting proceedings may involve risks to their life and health. This mode of hearing would certainly be far more optimal than hearing the witness in the courtroom even in the absence of the accused<sup>73</sup>, or offering the witness police assistance during examination.

The Polish legislation, in Article 390 § 2 of the CCP, provides a general rule to a situation where there is a reason to fear that the presence of the accused might have an inhibitory effect on the testimony of a

---

<sup>71</sup> Obviously, conducting witness hearings by videoconference will require a prior determination as to whether this is technically possible. However, the current state of technological development, the availability of mobile videoconferencing equipment on the market and the increasing access to the Internet (including high-quality Internet) means that technical considerations will only, in a small number of cases, be a real obstacle to this activity. It is also important that the persons to be heard understand practical arrangements for videoconferencing - GORI, Pierpaolo; PAHLADSINGH, Aniel. Fundamental rights under Covid-19: an European perspective on videoconferencing in court. *ERA Forum*, vol. 21(4), 2021, p. 575.

<sup>72</sup> The standards for hearing of minors will be discussed in the subsequent paragraph.

<sup>73</sup> E.g., some studies have indicated that people with mental illness, whom we will certainly include in this group, more easily succumb to stress and aggression in the judicial environment and have negative experiences with the justice system – LEGG, Michael; SONG, Anthony. The courts, the remote hearing and the pandemic: from action to reflection. *UNSW Law Journal*, vol. 44(1), 2021, p. 132.

witness. Accordingly, the examination of a witness at a trial is conducted in the absence of the accused, who, by order of the presiding judge, leaves the courtroom for the duration of hearing a given witness. On 8 April 2015, under the third paragraph added to Article 390 of the CCP<sup>74</sup>, the presiding judge was given the power to order a hearing by videoconference in the case provided for in Article 390 § 2 of the CCP. However, the introduction of this provision has not changed the practice of Polish courts because of three factors. First, the wording of Article 390 of the CCP is likely to be interpreted to mean that a hearing in the absence of the accused takes precedence over a remote hearing, the latter appearing to be the “second choice” of the legislator. Second, removing the accused from the courtroom for the duration of the witness hearing is a much simpler solution than organising a remote hearing, for which Polish courts are still not properly prepared<sup>75</sup>. Another factor in favour of the aforementioned solution is that, very often, it is only immediately prior to a hearing that witnesses communicate their concerns about being examined in the presence of the accused. In this situation, considerations for the economics of a trial, particularly the speed of the proceedings, make the presiding judge decide to examine the witness at the trial in the absence of the accused. It is not a desirable state of affairs both in

---

<sup>74</sup> By the law intended to implement i.a. Directive 2012/29/EU.

<sup>75</sup> In our opinion, this unpreparedness of Polish courts to conduct hearings by videoconferencing on a larger scale is not so much due to the lack of technology available to the courts to conduct these hearings (although much still needs to be done in this area) but mostly because they are perceived as time- and effort-intensive activities. Conducting a traditional hearing is much simpler and in line with what judges have been used to over the years. Judges justifying their reluctance to conduct hearings remotely often refer to the need to respect the principle of immediacy (see, i.a. ŁUKASIEWICZ, Anna. *Zdalne sprawy karne nie będą masowe*, Available at: <<https://legalis.pl/zdalne-sprawy-karne-nie-beda-masowe>>. Accessed on 17 September 2022). However, it is difficult to find this explanation convincing, considering how often judges decide, for example, to stop at reading out the testimony of witnesses from pre-trial proceedings, abandoning the possibility of hearing a witness by videoconference at the stage of judicial proceedings. This also happens in cases where both the parties and the witness request such a hearing, and the organisation of this activity does not appear to be excessively cumbersome (see the justification of the judgment of the Supreme Court of 18.02.2022, I KK 52/21).

terms of procedural guarantees of the accused and the interests of the witness and the justice system as a whole. When applying this solution, the accused cannot directly participate in the hearing and consequently perceive in real time the messages conveyed by the person being examined and react to them on an ongoing basis. For a witness experiencing the atypical increased stress resulting from having to testify in the presence of the accused, the tension in question is generated by the mere obligation to appear at the seat of the authority conducting proceedings and the associated possibility of even momentary contact with the accused. In addition, for persons with severe communication or social impairments and those with mental disorders, this stress is induced by the very fact of being examined at the seat of the authority conducting proceedings, regardless of the presence of the accused in the courtroom<sup>76</sup>. The stress does not remain without an effect on the quality of the testimony given<sup>77</sup>. All of these disadvantages undermine the standards of a fair trial and can be avoided by conducting the examination of the witness remotely. Therefore, the regulations contained in Article 390 of the CCP should be amended and clearly worded to indicate that hearing by videoconference should be the “first choice” in the case of adult witnesses experiencing atypical, increased stress of having to testify at the seat of the authority conducting proceedings and, in particular, in the presence of the accused. In addition, the instructions given to the witness at the first hearing should explicitly state their right to request a remote examination if the need to give testimony at the seat of the authority conducting proceedings, in particular in the presence of the accused, could negatively affect their mental state and hinder their testimonies.

A remote hearing should also be the “first and statutorily guaranteed choice” in situations where participation in the hearing involves

---

<sup>76</sup> CREED, Fabiola; BIRMINGHAM, Rowena. Improving Witness Testimony. *Houses of Parliament, Parliamentary Office of Science & Technology, POST-NOTE*, 607, July, 2019, p. 4.

<sup>77</sup> The literature aptly notes that situational factors may cause a person to have difficulty in accurately recreating details or to allow distortions in their account – SYGIT-KOWALKOWSKA, Ewa. Zaburzenia zdrowia i stanu emocjonalnego osoby dorosłej dotkniętej przestępstwem a psychologiczna ocena osobowego źródła dowodowego. *Studia Prawnoustrojowe*, no. 39, 2018, p. 305.

risks to the life and health of the witness. Indeed, this mode of hearing provides the witness with a greater level of security and psychological comfort than an examination conducted at the seat of the authority conducting proceedings, even if the protection is provided in the form of the presence of police officers in the vicinity of the protected person during the procedural action with their participation, on the way to the place where the action is conducted or on the way back<sup>78</sup>. Hearing of a witness at the seat of the authority conducting proceedings with the aforementioned personal protective measures should, in fact, be reserved only for exceptional cases where a remote hearing is not possible.

Evidently, minors and victims of crimes against sexual freedom should also be included in the group of witnesses “with specific needs for protection during a hearing”. The Polish legislation also recognises the need to protect witnesses falling into this group, although legal solutions it proposes to protect them can hardly be considered satisfactory, both when viewed from the point of view of the need to safeguard the interests of the witness and the accused. The main shortcoming of these regulations, if viewed from the former perspective, is that the circle of subjects that remain under the protection of the regulations providing for a special mode of interrogation is too narrow. This mode of hearing<sup>79</sup> has been

---

<sup>78</sup> Such a form of protection is provided for in Article 4 of the Act of 28 November 2014 on victim and witness protection of and support (Journal of Laws of 2015, item 21).

<sup>79</sup> Witnesses are, in principle, heard only once. This is done by the court in a session in suitably adapted premises at or outside the seat of the court. The hearing is conducted by the court with the attendance of an expert psychologist. The legal representative of an aggrieved minor (or the person in whose permanent custody the aggrieved minor remains) or an adult person named by the victim may also be present at the hearing, if this does not restrict the freedom of expression of the person being examined. The public prosecutor, the defence counsel, the attorney of the aggrieved party may participate in the examination in the so-called technical room, which, if adjacent to the examination room, must be separated from it by an observation mirror or be connected to the examination room by technical means allowing the examination to be conducted remotely with simultaneous transmission of an image or sound. Importantly, the technical means installed in the examination room are intended to allow participants in the technical room to observe the examination room and the witness with particular attention to his facial expressions – see Article 185a, Article 185b § 1, Article 185c – Article 185d of

reserved for the aggrieved persons who are below the age of 15 at the time of examination in cases concerning offences committed with the use of violence or unlawful threat, offences against freedom, offences against sexual freedom and morality, and offences against the family and guardianship (Article 185a § 1 of the CCP). In addition, this mode has been reserved for witnesses who are below the age of 15 at the time of examination in cases concerning offences committed with the use of violence or unlawful threat, offences against sexual freedom and morality, and offences against the family and guardianship (Article 185b § 1 of the CCP).

This special mode of hearing is also applied with regard to minors aggrieved by offences referred to in Article 185a § 1 of the CCP who are 15 years of age or older at the time of questioning, when there is a justified fear that the questioning under other conditions could have a negative impact on their mental state (Article 185a § 4 of the CCP). In the case of victims of offences against sexual freedom, who are at least 15 years of age at the time of an examination, special rules of hearing apply only to the victims of rape, sexual exploitation of insanity or helplessness and sexual exploitation of a relationship of dependence and critical situation (Article 185c § 1 and 1a of the CCP). Concerning witnesses in cases of offences specified in Article 185b § 1 of the CCP, who are minors but 15 years of age or older at the time of questioning, the legislator has stipulated that they may only be questioned by videoconference<sup>80</sup> if the direct presence of the accused at the questioning could have an embarrassing effect on the witness' testimony or have a negative impact on the witness' mental state (Article 185b § 2 of the CCP).

The inclusion of such a narrow range of subjects in the aforementioned special rules of hearing is largely because they introduce far-reaching exceptions not only to the principle of immediacy but above all to the principle of equality of arms, significantly limiting the accused's right to defence. This refers to the principle of hearing a witness only

---

the CCP and the provisions of the Regulation of the Minister of Justice of 28 September 2020 on the manner of preparation of the examination conducted under the procedure set out in Article 185a – Article 185c of the CCP (Journal of Laws 2020, item 1691).

<sup>80</sup> I.e. in accordance with the procedure set out in Article 177 § 1a of the CCP.

once (to which there are few, and in practice almost no, exceptions<sup>81</sup>) and to the fact that the accused is not allowed to attend the hearing and his counsel may attend only if the hearing takes place after the presentation of the charges. Accordingly, the rules of the aforementioned examination may be modified by allowing the accused to participate in this action<sup>82</sup>, but only remotely, i.e. from a room in a different building than the examination room, with strict observance of the rule that the examined witness may only be asked via the court and that the person being examined is not exposed to eye contact with the accused. Allowing the accused to participate in the aforementioned hearing can not only reinforce the fair trial standard against the passive party to the trial but also significantly reduce the need for repeating the hearing. However, this solution may only be applied if the hearing of a witness takes place after the presentation of the charges, which is relatively rare. Accordingly, it should be postulated to introduce the institution of the defence counsel for the “unknown perpetrator”<sup>83</sup>, who would participate in the hearing mentioned earlier if it was conducted before the presentation of the charges and who would represent the interest of the said subject in the course of the proceedings<sup>84</sup>.

---

<sup>81</sup> In this context see Article 185a § 1 and Article 185c § 1a and 3 of the CCP and decisions of the Supreme Court of 21.04.2021, V KK 40/20, LEX no. 3219865 and of 15.06.2021, II KK 248/21, LEX no. 3317139.

<sup>82</sup> Suffice it to mention that the provisions of European instruments including, in particular, Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council do not indicate that to safeguard the interests of victims with special protection needs, the accused must be deprived of the opportunity to participate in their hearings. It is only necessary to take measures to ensure that there is no visual contact between victims and perpetrators when giving testimony and that the victim may be heard in their absence in the courtroom, in particular through the use of appropriate communication technologies (Article 23 paragraph 3 of Directive)

<sup>83</sup> Such suggestions are also made in the judiciary. See judgment of the Supreme Court of 2.07.2020, V KK 84/19, LEX no. 3277300

<sup>84</sup> Despite these solutions, the need to repeat the hearing of a witness could arise in an individual case. In such situations, repeating the hearing of the witness should occur only under the rules reserved for the first examination. Before deciding whether to carry out the procedure or waive it for the witness' benefit, the authority conducting proceedings should consult an expert

The implementation of these standards without detriment to the guarantees of the accused and threats to the witnesses' interests, would make it possible to extend this special mode of hearing to a larger group of persons questioned, i.e., in principle, all minors (i.e. persons who, at the time of examination, are under 18 years of age) irrespective of the category of cases in which they are examined<sup>85</sup> and adult victims of other crimes whose nature indicates an increased risk of secondary victimisation when this procedural step is conducted with their participation, including, for example, victims of offences of forced prostitution or human trafficking. Special rules of hearing, with the above modifications, could also apply to non-aggrieved eyewitnesses of particularly drastic crimes who have suffered trauma as a result of witnessing them. Indeed, in the case of this category of witnesses, examining them in traditional form may aggravate the effects of the trauma suffered or delay the recovery process<sup>86</sup>.

In conclusion, it should be recalled that any departure from the traditional – basic mode of hearing, i.e. hearing at the seat of the authority competent in the case with the parties and their procedural representatives having the possibility to participate in this procedure requires not only formal but also substantive justification<sup>87</sup>. Therefore,

---

psychiatrist or psychologist as to whether repeating the hearing under the conditions described above may negatively affect the witness' mental state.

<sup>85</sup> A study involving children aged 8–10 who were aware that they were participating in a trial experiment rather than a real criminal trial indicated that the children questioned in a courtroom setting had reduced memory and higher levels of stress than those questioned in the private room - see in more detail NATHANSON, Rebecca; SAYWITZ, Karen J. The effects of the courtroom context on children's memory and anxiety. *The Journal of Psychiatry & Law*, vol. 31(1), 2003, pp. 67-98.

<sup>86</sup> Cf. RISAN, Patrick. *Accommodating trauma in police interviews. An exploration of rapport in investigative interviews of traumatized victims*. University of Bergen, 2017, pp. 13-14.

<sup>87</sup> In fact, the ECtHR stresses that the inability of the defence to cross-examine or obtain the cross-examination on behalf of the defence of a prosecution witness can only be considered justifiable in the light of the fair trial standard if there was a compelling reason behind it. Although the absence of a valid reason justifying the failure to call a witness does not in itself render the trial unreliable, it remains an important element for assessing the overall fairness of the trial and may tip the scales in favour of finding a violation of Article 6.1



a situation, and one which generally exists in the Polish legal order, in which the legislator does not confer on the authority conducting proceedings the competence to be able to derogate from the special rules for the examination of minors and victims of sexual offences in situations where the circumstances of the case indicate that it would be manifestly inappropriate to do so<sup>88</sup>, should be assessed negatively. In the absence of such a regulation, authorities conducting proceedings apply the aforementioned rules in situations in which the protection of the interests of the persons questioned does not require it (e.g. the victim of a crime against sexual freedom is not reluctant to have contact with the accused and actively participates in all procedures with their participation, both in criminal and civil proceedings<sup>89</sup>). In these circumstances, the application of particular forms of examining a witness and the strict adherence to the principle of hearing a witness only once not only does not serve to realise the standard of a fair trial but rather undermines this standard<sup>90</sup>. While introducing, in principle, the most legitimate solutions aimed at protecting the interests of aggrieved parties and witnesses in the criminal process, the legislator must not forget that the restrictions on the procedural guarantees of the accused that are a consequence of their implementation, in particular, preventing them from fully exercising their right to the defence, apply to a person covered by the presumption of innocence, and the accusation of even the most drastic crime may ultimately prove to be wrongful.

---

and 6.3(d) of the Convention. See, *inter alia*, judgment of the ECtHR in case *Przydział v. Poland* of 24.05.2016, application no. 15487/08.

<sup>88</sup> The only provision that creates such a possibility concerns the abandonment of the examination of minors who are witnesses under Article 185b § 1 and § 2 of the CCP. Article 185b § 3 of the CCP indicates that the last-mentioned regulations do not apply to a witness who participated in the commission of an offence for which criminal proceedings are pending, or a witness whose act remains in connection with the act for which criminal proceedings are pending.

<sup>89</sup> E.g. in cases of divorce proceedings.

<sup>90</sup> See judgment of the Supreme Court of 10.09.2019, V KK 285/19 and decision of the Supreme Court of 29.03.2022, V KK 332/21.

## CONCLUSIONS

Regardless of how we define the right to a fair criminal trial, we must see the criminal trial as an institution in which not only the rights and freedoms of the accused but also the rights and freedoms of other actors, including, in particular, victims, and witnesses, will be respected. The ECtHR does not doubt this either. The Court, while in principle recognising the right to a fair trial, in terms of Article 6 of the ECHR, for the accused alone, also recognises the need to safeguard the rights of other participants in the trial. It derives this obligation from other provisions of the Convention. This leads to the conclusion that only a criminal trial in which the fundamental rights and freedoms of all participants, including witnesses, are protected, will deserve to be called a due process of law. The lawmaker also recognises this. Both at the international and supranational level, as evidenced by the arguments in the first chapter of this work, and at the national level, as evidenced by the arguments in the third chapter of this work, it introduces regulations to safeguard the rights of, among others, victims, and witnesses. However, merely introducing such solutions does not guarantee a fair criminal trial and realisation of the standards of Article 6 of the ECHR. Everything depends on their shape and how they are applied. These regulations must be shaped, interpreted, and applied in such a way that they do not restrict the rights of the accused anchored not only in Article 6 of the ECHR but also in other supranational, international and national legal instruments. Moreover, the protection afforded by these provisions to victims and witnesses must not be theoretical or illusory. Indeed, the rights guaranteed by the Convention and national laws implementing the principle of a democratic rule of law must be practical and effective<sup>91</sup>. The theses in the third chapter of the study on the functioning of the provisions on videoconference hearings in the Polish legal order show that making these demands a reality is not always an easy task but certainly achievable.

To do this task properly, first, the problem and the objectives should be identified. The issue, in this case, was to establish that the use

---

<sup>91</sup> Judgment of the ECtHR in case *Nataliya Mikhaylenko v. Ukraine* of 30.05.2013 r., application no. 49069/11, § 32.

of the traditional form of questioning (i.e. at the premises of the trial body, in the presence of the accused), to a specific category of witnesses would entail causing a danger to the physical and mental health of the witness or inducing a level of stress that would preclude the witness from giving a free and credible testimony. In other words, using this form of questioning would violate witnesses' fundamental rights and freedoms (e.g. rights to personal safety and freedom from torture). Notably, there could be no situation in which testimony of this category of witnesses could not be used in a criminal trial or a situation in which the accused would be deprived of the possibility to effectively challenge a witness's statements, which is inherently linked to the possibility of participating in the examination of the witness and asking questions.

Once the problem has been identified, an instrument should be chosen whose application would ensure an optimal level of protection for witnesses in the performance of activities with their participation in the criminal process as well as guarantee the possibility for the procedural authorities to duly assess their testimony while not depriving the accused of their procedural guarantees. An analysis of the advantages and disadvantages of various procedural instruments is crucial to arrive at an optimal solution, which may still sometimes deviate from the ideal. For example, hearing by videoconference involves difficulties in assessing the credibility of the witness' testimony due, among other things, to the impossibility of receiving all the non-verbal messages and the impact that the specific conditions of hearing by videoconference may have on the content of the witness's testimony. However, in assessing the usefulness of the instrument, the consequences of not using it or using an alternative solution must always be considered. These issues are discussed in the second and third chapters.

The example of hearing by videoconference, which was the subject of this study, indicates that the work does not end with the choice itself. It is necessary to always keep in view the intended objectives as well as the advantages and disadvantages of the chosen instrument to give it the legal shape to maximise its positives and reduce its negatives. This often requires in-depth consultations not only with those who will be applying these regulations but also with representatives of other communities. For example, when establishing provisions for the hearings

by videoconference, the lawmaker should consult the representatives of the legal community, the IT industry, and psychologists.

In addition, the aforementioned remarks on videoconferencing interrogation indicate that it is sometimes necessary not only to equip the procedural authorities with the necessary technology to use this instrument in practice but also to conduct training to disseminate the knowledge of its advantages and disadvantages and to make the representatives of the procedural authorities move away from habits, established paths, and patterns. Furthermore, the functioning of the regulations in practice should be continuously monitored to be able to immediately react to changes in the socioeconomic environment (in this case, primarily related to the constantly developing IT technology) and eliminate solutions that do not work in practice.

It is necessary, as evident from the remarks in the third chapter of the work, to leave a certain amount of flexibility to the procedural authorities, allowing them not to use an instrument aimed at protecting witnesses in cases where the circumstances of a particular case indicate that it is inappropriate. Indeed, in these situations, such an instrument does not protect the interests of the witness (there is nothing to protect) and interferes wholly unjustly with the accused's right to a fair criminal trial.

In conclusion, we would like to clarify that a properly structured and applied hearing by videoconference, despite its disadvantages, in many cases is the best instrument to reconcile the conflicting interests of witnesses and defendants in criminal proceedings. The witnesses can be questioned without having to appear at the procedural authority's premises and have direct contact with the accused, which can be highly inconvenient for them for various reasons. Moreover, the accused does not lose the opportunity to participate in the questioning of the witness and to observe them (albeit in a somewhat limited way) during the performance of this procedural act. Hearing by videoconference provides procedural authorities with valuable and admissible evidence. In other words, the skilful use of hearing by videoconference in a criminal trial will enhance rather than undermine its fairness.

## REFERENCES

- ARONSON, Elliot; WILSON, Timothy D.; AKERT, Robin M. *Psychologia społeczna. Serce i umysł*. Poznań: Polish translation by Zysk i S-ka Wydawnictwo s.c., 1994.
- BERMANN, George A. Dispute Resolution in Pandemic Circumstances. In: PISTOR, Katharina (ed.). *Law in the time of Covid-19*. New York: Columbia Law School, 2020, pp. 167-174.
- BROWN, Robert. Many Remote Lawyers Struggle to Read Body Language. Available in: <<https://news.bloomberglaw.com/bloomberg-law-analysis/analysis-many-remote-lawyers-struggle-to-read-body-language>>. Accessed on 26 June 2022.
- BUDNIAK-ROGALA, Aleksandra. Przeprowadzenie dowodu za pomocą środków porozumiewania się na odległość na zasadzie art. 235 § 2 KPC a realizacja zasady bezpośredniości – uwagi w kontekście nowelizacji KPC z 10.7.2015 r. – część 2. *Prawo Mediów Elektronicznych*, no. 3, 2017, pp. 18-23.
- CREED, Fabiola; BERMINGHAM, Rowena. Improving Witness Testimony. *Houses of Parliament, Parliamentary Office of Science & Technology, POSTNOTE*, 607, July, 2019, pp. 1-6.
- DENAULT, Vincent; DUNBAR, Norah. Nonverbal communication in courtrooms: Scientific assessments or modern trials by ordeal? *The Advocates' Quarterly*, vol. 47(3), 2017, pp. 280-308.
- DENAULT, Vincent; PATTERSON, Miles L. Justice and Nonverbal Communication in a Post-pandemic World: An Evidence-Based Commentary and Cautionary Statement for Lawyers and Judges. *Journal of Nonverbal Behavior*, vol. 45(1), 2021, pp. 1 – 10. <https://doi.org/10.1007/s10919-020-00339-x>
- ELLIOTT, Robin. *Vulnerable and intimidated witnesses: A review of the literature*. London: Home Office, 1998.
- FEKETE, Gábor. Videoconferencing hearings after the times of pandemic. *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series (ECLIC)*, vol. 5, 2021, pp. 468-486. <https://doi.org/10.25234/eclic/18316>
- GABERLE, Andrzej. *Dowody w sądowym procesie karnym*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2007.
- GORI, Pierpaolo; PAHLADSINGH, Aniel. Fundamental rights under Covid-19: an European perspective on videoconferencing in court. *ERA Forum*, vol. 21(4), 2021, pp. 561-577. <https://doi.org/10.1007/s12027-020-00643-5>

HOFMAŃSKI, Piotr; SADZIK, Elżbieta; ZGRYZEK, KAZIMIERZ. *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. T. I.* Warszawa: C.H. Beck, 2007.

JAGIEŁŁO, Dariusz. Choroba psychiczna a świadek w procesie karnym (wybrane problemy na styku prawa i medycyny). *Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego*, vol. LX, 2020, pp. 51-62. <https://doi.org/10.19195/2084-5065.55.5>

LACH, Arkadiusz. Przesłuchanie na odległość w postępowaniu karnym. *Państwo i Prawo*, no. 12, 2006, pp. 80-87.

LEGG, Michael; SONG, Anthony. The courts, the remote hearing and the pandemic: from action to reflection. *UNSW Law Journal*, vol. 44(1), 2021, pp. 126-166. <https://doi.org/10.53637/ZATE4122>

LONATI, Simone. Un invito a compiere una scelta di civiltà: la Corte europea dei diritti dell'uomo rinuncia all'uso della testimonianza anonima come prova decisiva su cui fondare una sentenza di condanna. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, vol. 5(1), 2019, pp. 341-388. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.226>

LOVE, Helene. Aging witnesses: Exploring difference, inspiring change. *The International Journal of Evidence & Proof*, vol. 19(4), 2015, pp. 210-227. <https://doi.org/10.1177/1365712715591462>

ŁUKASIEWICZ, Anna. Zdalne sprawy karne nie będą masowe. Available in: <<https://legalis.pl/zdalne-sprawy-karne-nie-beda-masowe>>. Accessed on 17 September 2022.

MACKENZIE, John. The pros and cons of remote hearings. Available in: <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=a3ea7acf-1421-4683-8dfd-642d22c-fa45f>>. Accessed on 28 June 2022.

MAFFEI, Stefano. *The European Right to Confrontation in Criminal Proceedings: Absent, Anonymous and Vulnerable Witnesses*. Groningen: Europa Law Publishing, 2006.

MAZUR, Hubert. Przesłuchanie świadka na odległość. In: CZARNECKI, Paweł; CZERWIŃSKA, Małgorzata (eds.). *Katalog dowodów w postępowaniu karnym*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, 2014, pp. 157-168.

NATHANSON, Rebecca; SAYWITZ Karen J. The effects of the courtroom context on children's memory and anxiety. *The Journal of Psychiatry & Law*, vol. 31(1), 2003, pp. 67-98. <https://doi.org/10.1177/009318530303100105>

PUDZIANOWSKA, Dorota (et. al.). Niepełnosprawność. In: PUDZIANOWSKA, Dorota; JAGURA, Jarosław (eds.). *Równe traktowanie uczestników postępowań*.

*Przewodnik dla sędziów i prokuratorów*. Warszawa: Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, 2016, pp. 18-46.

PUDZIANOWSKA, Dorota (et. al.). Wiek. In: PUDZIANOWSKA, Dorota; JAGURA, Jarosław (eds.). *Równe traktowanie uczestników postępowań. Przewodnik dla sędziów i prokuratorów*. Warszawa: Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, 2016, pp. 64-88.

RISAN, Patrick. *Accommodating trauma in police interviews. An exploration of rapport in investigative interviews of traumatized victims*. University of Bergen, 2017.

ROSSNER, Meredith. Remote rituals in virtual courts. *Journal of Law and Society*, vol. 48(3), 2021, pp. 334–361. <https://doi.org/10.1111/jols.12304>

ROWDEN, Emma; WALLACE, Anne. Remote Judging: the impact of video links on the image and the role of the judge. *International Journal of Law in Context*, vol. 14(4), 2018, pp. 504-524. <https://doi.org/10.1017/S1744552318000216>

SAKOWICZ, Andrzej. Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 18 marca 2015 r., II KK 318/14. *Białostockie Studia Prawnicze*, vol. 21, 2016, pp. 215-221. <https://doi.org/10.15290/bsp.2016.21.16>

SOMMERER, Lucia. Virtuelle Unmittelbarkeit? Videokonferenzen im Strafverfahren während und jenseits einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite. *ZSTW*, vol. 133(2), 2021, pp. 403-446. <https://doi.org/10.1515/zstw-2021-0015>

SYGIT-KOWALKOWSKA, Ewa. Zaburzenia zdrowia i stanu emocjonalnego osoby dorosłej dotkniętej przestępstwem a psychologiczna ocena osobowego źródła dowodowego. *Studia Prawnoustrojowe*, no. 39, 2018, pp. 297-310.

ŚWIECKI, Dariusz. *Bezpośredniość czy pośredniość w polskim procesie karnym*. Warszawa: LexisNexis, 2013.

ŚWIĘCICKA, Dagmara. Młodoletni świadek w procesie karnym. *Palestra*, no. 11, 2021, pp. 7-20.

WILIŃSKI, Paweł. Przesłuchanie świadka na odległość w postępowaniu karnym. *Przeгляд Sądowy*, no. 6, 2005, pp. 16-27.

ZNAMIEROWSKI, Jakub. Prawne i kryminalistyczne aspekty przesłuchania w postępowaniu karnym świadków z zaburzeniami psychicznymi. *Przeгляд Sądowy*, no. 7-8, 2014, pp. 132-144.

### Authorship information

*Arkadiusz Lach.* Professor of criminal procedure, Head of Department of Criminal Procedure and Criminalistics at the Faculty of Law and Administration, Nicolaus Copernicus University in Toruń (Poland). He specializes in criminal procedure, legal aspects of cybercrime, human rights, and European criminal law. [arkadl@umk.pl](mailto:arkadl@umk.pl)

*Maja Klubińska.* PhD in Law, Assistant Professor at the Department of Criminal Procedure and Criminalistics at the Faculty of Law and Administration, Nicolaus Copernicus University in Toruń (Poland). [mklubinska@umk.pl](mailto:mklubinska@umk.pl)

*Renata Badowiec.* PhD candidate, assistant at the Department of Criminal Procedure and Criminalistics at the Faculty of Law and Administration, Nicolaus Copernicus University in Toruń (Poland). [r.badowiec@umk.pl](mailto:r.badowiec@umk.pl)

### Additional information and author's declarations (scientific integrity)

*Conflict of interest declaration:* the authors confirm that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

*Declaration of authorship:* all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

- *Arkadiusz Lach:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Maja Klubińska:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Renata Badowiec:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.



*Declaration of originality:* the authors assure that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; they also attest that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

### Editorial process dates

(<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 15/07/2022
- Desk review and plagiarism check: 30/07/2022
- Review 1: 08/08/2022
- Review 2: 18/08/2022
- Review 3: 04/09/2022
- Preliminary editorial decision: 07/09/2022
- Correction round return: 25/09/2022
- Final editorial decision: 08/10/2022

### Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 1 (PP)
- Reviewers: 3

### HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

LACH, Arkadiusz; KLUBIŃSKA, Maja; BADOWIEC, Renata. Conflicting interests of witnesses and defendants in a fair criminal trial - can a hearing by videoconference be the best instrument to reconcile them? *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, n. 3, p. 1157-1199, set./dez. 2022. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i3.737>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.




# Status of a child witness involved in the offence of an adult in criminal procedure – European Union standards

*Situação da testemunha infantil ouvida no processo penal de delito cometido em coautoria com adulto – parâmetros da União Europeia*

**Justyna Głębocka<sup>1</sup>**

University of Warsaw, Warsaw, Poland

[j.glebocka@wpia.uw.edu.pl](mailto:j.glebocka@wpia.uw.edu.pl)

 <https://orcid.org/0000-0001-7968-2005>

---

**ABSTRACT:** Giving special importance to the rights of the child, international and European instruments set certain standards aimed at strengthening their guarantees. The standards improving the juvenile offender's status intend to ensure procedures that take account of the child's welfare and strengthen their procedural position which, otherwise, because of their age and psychophysical development may be more vulnerable than in the case of an adult's one. They refer directly to a juvenile offender in case of whom legal proceedings are conducted. This paper aims to clarify underlying issues of a specific procedural configuration, where separate proceedings are conducted regarding a juvenile offender, and separate criminal proceedings before a criminal court are run against an accused adult whose act is related to the juvenile's act. It attempts to answer, in the context of European standards, the question on the most important rights of a juvenile whose punishable act is in a close relation to an act of an adult offender, and who, for this reason, appears in a criminal trial as a witness. This paper takes into account the European Union standards which result from international children's rights instruments binding across the EU, the child-specific case law of ECtHR as well as the psychological aspects related to the psychophysical development of minors.

---

<sup>1</sup> PhD in law, assistant professor at the Department of International Criminal Procedure at the Faculty of Law and Administration, University of Warsaw.

**KEYWORDS:** juvenile; juvenile justice system; juvenile offender; juvenile witness; international safeguards for juveniles.

**RESUMO:** *Considerando a importância dos direitos da criança, os instrumentos internacionais e europeus estabelecem normas destinadas a reforçar as suas garantias. Tais regras, que melhoram a situação da pessoa jovem delinquente, pretendem assegurar procedimentos que tenham em conta o bem-estar da criança e reforçar a sua posição processual que, caso contrário, pela sua idade e desenvolvimento psicofísico, pode ser mais vulnerável do que no caso de um adulto. Essas normas se referem diretamente a um delinquente juvenil submetido a um procedimento judicial. Este trabalho visa a esclarecer questões subjacentes a uma situação processual específica, em que ocorrem processos separados em relação a um jovem infrator e contra um adulto acusado, cujo ato está relacionado com o ato do menor. Procura-se responder, no contexto das normas europeias, à questão sobre os direitos mais importantes de um jovem cujo ato infracional está em estreita relação com um ato de um adulto e que, por esse motivo, participa de um processo criminal como testemunha. Este artigo considera as normas da União Europeia que resultam dos tratados internacionais dos direitos da criança vinculantes em toda a UE, a jurisprudência específica da criança do TEDH, bem como os aspectos psicológicos relacionados com o desenvolvimento psicofísico dos jovens.*

**PALAVRAS-CHAVE:** *jovens; justiça juvenil; jovem infrator; testemunha infantil; garantias internacionais para jovens e crianças.*

**SUMÁRIO:** 1. Introduction, 2. European procedural safeguards for juvenile offenders, 3. Scope of procedural guarantees of a juvenile as a witness in criminal procedure, 3.1. The right of silence and privilege against self-incrimination, 3.2. The right of access to a lawyer, 3.3. Exclusion of the public hearing, 4. Conclusions, References

---

## 1. INTRODUCTION

In recent years, children's rights<sup>2</sup> have developed considerably. "During this process, it has become clear that children have unique needs

<sup>2</sup> In this paper, the author is using the terms 'child' and 'minor' in the same meaning. These are the notions used in several international instruments,

which should be taken into account, *inter alia* when they come into contact with the justice system”<sup>3</sup>. A special treatment is required especially when children commit a punishable act or are involved in any other way in the offence. For this reason, the legal situation of a child who participates in the criminal justice system “has been specifically addressed in a number of international and regional children’s rights instruments”<sup>4</sup>.

Despite the existence of a number of international instruments on children’s rights, the Council of Europe has noted that the position of the child in the administration of justice is not always sufficiently secured. For this reason, in 2010 it adopted the Guidelines on child-friendly justice<sup>5</sup>, “specifically to ensure that justice is always friendly towards children, no matter who they are or what they have done”<sup>6</sup>. It indicates that child-friendly justice refers to “justice systems which guarantee the respect and the effective implementation of all children’s rights at the highest attainable level (...) giving due consideration to the child’s level of maturity and understanding and the circumstances of the case. It is, in particular, justice that is accessible, age appropriate, speedy, diligent, adapted to and focused on the needs and rights of the child, respecting

---

in particular the Convention on the Rights of a Child, referring to all young people under the age of 18. Also, in international and European legal acts, the term ‘juvenile justice’ is in use. However, as a rule, ‘juvenile’ in this meaning refers to such a child who is involved in a punishable act, and the ‘juvenile justice system’ refers to a model of children liability. In this paper, the author using the notion of a juvenile refers to a meaning in the sense of Article 40(3) UNCRC: “children alleged as, accused of, or recognized as having infringed the penal law”.

<sup>3</sup> SCHENNACH, Stefan. *Child-friendly juvenile justice: from rhetoric to reality*, Report of Parliamentary Assembly of Council of Europe, 19 May 2014, Doc. 13511, p. 3. Available at: <http://semantic-pace.net/tools/pdf.aspx?doc=aHR0cDovL2Fzc2VtYmx5LmNvZS5pbmQvbnNveG1sL1hSZWYvWDJlURXlV4dHluYXNwP2ZpbGVpZD0yMDkxNCZsYW5nPUVO&xsl=aHR0cDovL2Fzc2VtYmx5LmNvZS5pbmQvbnNveG1sL1hzbC1mby9QZGYvWFJlZi1XRc1BVC1YTUwYUERGlnhzbA==&xslt-params=ZmlsZWlkPTIwOTE0>. Accessed on: 27 June 2022.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice adopted on 17.11.2010, p. 7, <https://rm.coe.int/t/16804b2cf3>. Accessed on: 16 September 2022.

<sup>6</sup> Foreword to the Guidelines.

the rights of the child including the rights to due process, to participate in and to understand the proceedings, to respect for private and family life and to integrity and dignity”<sup>7</sup>. The values referred to in this definition apply to all types of proceedings, both within the scope of criminal justice and juvenile justice.

One of the principles of child-friendly justice is the diversion from judicial proceedings. Whenever it is possible, children should be directed away from the formal criminal proceedings and prosecution towards community support services<sup>8</sup>. However, it is not always possible or advisable.

In accordance to international standards, proceedings in case of a juvenile offender who committed a prohibited act should be conducted at least as part of separate model of liability, so that the juvenile is not a subject to criminal liability and a criminal trial under the rules applicable to adults. The aim is not to hold the juveniles responsible or to punish them, but rather to create conditions preventing them from demoralisation, to protect, care for and educate them in order to change their social attitude<sup>9</sup>. As Sarah Freitas concludes, unlike the adult penal system, the juvenile justice system has philosophical roots in the doctrine of *parens patriae* – the parental power of the state<sup>10</sup>. There is no doubt that such a procedure should ensure that juvenile offenders have rights that will guarantee just and fair court proceedings, taking account of the child’s welfare and their cognitive capabilities resulting from their age, as well as physical and mental development. The standards improving the juvenile

---

<sup>7</sup> Guideline II(c).

<sup>8</sup> Commentary to the Beijing Rules, Section 11; F. Dünkkel points to six theoretical assumptions seen as a basis for the diversion. See: DÜNKEL, Frieder. *Diversion: A Meaningful and Successful Alternative to Punishment in European Juvenile Justice Systems* [in:] JUNGER-TAS, Josine and DÜNKEL, Frieder (eds.). *Reforming Juvenile Justice*, Springer Dordrecht Heidelberg London New York 2009, p. 149.

<sup>9</sup> The welfare and rehabilitative treatment model instead of criminal justice model is commonly recommended in case of juveniles. This directly results from the international instruments, in particular UNCRC.

<sup>10</sup> FREITAS, Sarah. Extending the Privilege against Self-Incrimination to the Juvenile Waiver Hearing, *The University of Chicago Law Review* Vol. 62, No. 1 (Winter 1995), s. 303 and the literature indicated there.

offender's status intend to ensure procedures that take account of the child's welfare and strengthen their procedural position which, otherwise, because of their age and psychophysical development, may be more vulnerable than in case of an adult's one.

At the same time, international law allows, in strictly defined and justified cases, a possibility of conducting criminal proceedings against a juvenile before a criminal court. In such a case, however, in Europe, it is indicated by the Council of Europe, the European Parliament and the Council that, in addition to a "fair and public hearing within the reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law"<sup>11</sup>, the provisions of law should ensure that all the guarantees are in the interest of a juvenile, taking into account their special status. In this respect, there are a number of instruments in international law that are designed to strengthen and increase procedural rights of a juvenile offender. On the European level of particular importance are Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice of 17 November 2010 ("Guidelines")<sup>12</sup> and the Directive of the European Parliament and of the Council of 11 May 2016 on procedural safeguards for children who are suspects or accused persons in criminal proceedings ("Directive 2016/800")<sup>13</sup>.

At the same time, the international legislator notices the need to strengthen the rights of a witness child who is obliged to testify in the course of criminal proceedings. A particular emphasis is placed on the protection of a child victim of a crime. This subject was of interest to many international bodies, which resulted, at the global level, in the adoption of, among others, UNO's Guidelines on Justice in Matters involving

---

<sup>11</sup> Article 6(1) of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (1950) (European Convention on Human Rights, as amended) (ECHR).

<sup>12</sup> Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice adopted by the Committee of Ministers on 17 November 2010 at the 1098th meeting of the Ministers' Deputies. Available at: <<https://rm.coe.int/16804b2cf3>>. Accessed on: 14 September 2022.

<sup>13</sup> Directive (EU) 2016/800 of the European Parliament and of the Council of 11 May 2016 on procedural safeguards for children who are suspects or accused persons in criminal proceedings, OJ L 132, 21.5.2016, v. 59, p. 1–20.

Child Victims and Witnesses on Crime of 22 July 2005<sup>14</sup>. On the other hand, on the European level, there was an adoption of Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse (Lanzarote Convention)<sup>15</sup>, Directive 2011/36/EU on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims<sup>16</sup> or Directive 2012/29/EU establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime<sup>17</sup> which are not specifically addressed to children but contain provisions referring to special needs of child victims.

However, it should be stressed out that in certain situations, a punishable act of a juvenile may remain in a close relation with a punishable act of an adult. First of all, this applies to a situation where a juvenile is a co-perpetrator of an act committed together with an adult who is a subject to criminal liability. However, it may also apply to other forms of criminal cooperation, such as aiding, abetting but also parallel perpetration. Without going into details of individual cases, it should be emphasised that these are situations in which the act of a juvenile is so closely related to the act of an adult that there are certain elements of their joint action or omission, significant from the point of view of the features of the prohibited act. As different rules apply to juveniles, two separate proceedings are conducted in such a case: one, in case of the juvenile offender before the juvenile court, the other, the criminal proceeding against the adult before the criminal court. In such a situation, the juvenile may participate in the criminal proceedings of an adult as a witness. Then, the status of the juvenile is not only determined by

---

<sup>14</sup> ECOSOC Resolution 2005/20, Guidelines on Justice in Matters involving Child Victims and Witnesses of Crime. Available at: < <https://www.un.org/en/ecosoc/docs/2005/resolution%202005-20.pdf> >. Accessed on: 1 July 2022.

<sup>15</sup> Council of Europe, Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse, CETS No. 201, 25 October 2007.

<sup>16</sup> Directive 2011/36/EU of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims, and replacing Council Framework Decision 2002/629/JHA, OJ 2011 L 101, p. 1.

<sup>17</sup> Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime, and replacing Council Framework Decision 2001/220/JHA, OJ 2012 L 315, p. 57.



the regulations referring to the hearing of a child witness but also by provisions regulating the hearing of a co-perpetrator. Undoubtedly, this is a situation that requires special diligence and protection. A conflict of interests is obvious. On the one hand, there is a need to ensure the right to defence, including the right of silence and privilege against providing evidence against oneself, on the other hand – there is a need to fulfil the procedural obligations on the part of a witness called before a prosecution agency or a court, including the obligation to give evidence and not to hold back the truth<sup>18</sup>.

This paper refers to such a specific procedural configuration, in the context of international safeguards, where separate proceedings are conducted regarding a juvenile offender; and separate criminal proceedings before a criminal court are run against an accused adult. It aims to systematise and emphasise the most important procedural rights of such a child witness in the context of European standards, taking into account special procedural needs of the child. It attempts to draw attention to individual rights that should be directly guaranteed in national legislations to provide real protection for minors who find themselves in such a procedural configuration. Moreover, this paper takes into account the European Union children's rights standards, the child-specific case law of ECtHR as well as the psychological aspects related to the psychophysical development of minors.

In order to understand the position of a child witness in such a configuration, one should first understand the scope of guarantees ensured for the juvenile offender being accused or suspected in the course of criminal proceedings under the international and European instruments. If such a child were a co-accused in the trial, they would use certain rights that would strengthen their position in the trial. Section 2 briefly indicates the basic rights of a juvenile in such a criminal trial. Then, section 3 indicates the main problems related to the presence of a juvenile offender of a punishable act as a witness in separate criminal proceedings, followed by some concluding remarks related to the required procedural safeguards in this respect.

---

<sup>18</sup> PAWELEC, Szymon. Procedural Aspects of Participation of Juvenile Offenders in Criminal Proceedings: General Remarks. In: JANUSZ-POHL, Barbara. (ed.). *Juvenile Justice Systems: Poland-Brazil-Portugal*, Peter Lang 2021, s. 97.

## 2. EUROPEAN PROCEDURAL SAFEGUARDS FOR JUVENILE OFFENDERS

“The right to a fair trial is a core pillar of a democratic society”<sup>19</sup> and should, in no way, be differentiated according to the age of the accused. The safeguards referred to in the international and European instruments relating to children are mainly designed to make sure that juvenile offenders have the right to a fair trial, with the right to defence being its most significant aspect. National legislations should not only take account of the minimum standards provided for accused adults, but, above all, create conditions that allow the genuine and real exercise of the right of defence by juveniles, adapted to their age and psychophysical development.

At the global level, the attention should be paid, first of all, to the United Nations Convention on the Rights of the Child adopted by the UN General Assembly on 20 November 1989 (“UNCRC”). And, although it concerns a number of rights of a civil, political, economic, social and cultural nature, various Articles of the UNCRC distinctly resonate with juvenile justice, both in relation to the child witness and juvenile offender. Moreover, at this level, the standards in respect of the juvenile justice system are directly established by – but not limited to:

1. United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (the ‘Beijing Rules’) adopted by the United Nations General Assembly in 1985<sup>20</sup>,
2. United Nations Guidelines on the Prevention of Delinquency (the ‘Riyadh Guidelines’) adopted by the United Nations General Assembly in 1990<sup>21</sup>,

---

<sup>19</sup> SAMARDŽIĆ-MARKOVIĆ, Snežana and O’FLAHERTY, Michael. *Handbook on European law relating to the rights of the child*, Publications Office of the European Union, 2017, p. 197.

<sup>20</sup> United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (“The Beijing Rules”) adopted by General Assembly resolution 40/33 of 29.11.1985. Available at: <<https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/beijingrules.pdf>>. Accessed on: 14 September 2022.

<sup>21</sup> United Nations Guidelines for the Prevention of Juvenile Delinquency (The Riyadh Guidelines) adopted by General Assembly resolution 45/112 of 14.12.1990. Available at: <<https://www.ohchr.org/en/>>

3. United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty (the ‘Havana Rules’) adopted by the United Nations General Assembly in 1990<sup>22</sup>,
4. General Comment No. 10 adopted by the United Nations Committee on the Rights of the Child in 2007<sup>23</sup>.

“The United Nations instruments were further buttressed within the European context by a movement towards child-friendly justice driven by the Council of Europe”<sup>24</sup>. When analysing European legal instruments, both EU law and CoE law should be taken into account. On the EU level, first of all, the EU Charter of Fundamental Rights (“Charter”)<sup>25</sup> should be pointed out, which “establish[es] basic rights of access to justice which sustain fair trial guarantees for both adults and children”<sup>26</sup>, and as well the Directives, which directly relate to the procedural position of the

---

instruments-mechanisms/instruments/united-nations-guidelines-prevention-juvenile-delinquency-riyadh>. Accessed on: 14 September 2022.

- <sup>22</sup> United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty (the Havana Rules) adopted by General Assembly resolution 45/113 of 14.12.1990. Available at: <<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/united-nations-rules-protection-juveniles-deprived-their-liberty>>. Accessed on: 14 September 2022.
- <sup>23</sup> General Comment No. 10 (2007): Children’s Rights in Juvenile Justice adopted by the United Nations Committee on the Rights of the Child on 25.04.2007, CRC/C/GC/10. Available at: <<https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.10.pdf>>. Accessed on: 14 September 2022.
- <sup>24</sup> SCHENNACH, Stefan. *Child-friendly juvenile justice: from rhetoric to reality*, Report of Parliamentary Assembly of Council of Europe, 19 May 2014, Doc. 13511, p. 5. Available at: <<http://semantic-pace.net/tools/pdf.aspx?doc=aHR0cDovL2Fzc2VtYmx5LmNvZS5pbmQvbnVvcveG1sL-1hSZWYvWDJILURXLWV4dHIuYXNwP2ZpbGVpZD0yMDkxNCZsYW5nPUVO&xsl=aHR0cDovL2Fzc2VtYmx5LmNvZS5pbmQvbnVvcveG1sL-3hzbC1mby9QZGYvWFJlZi1XRRC1BVC1YTUwvUERGLnhzbA==&xslt-params=ZmlsZWlkPTIwOTE0>>. Accessed on: 27 June 2022); GOLDSON, Barry and KILKELLY, Ursula. International human rights standards and child imprisonment: Potentialities and limitations, *International Journal of Children’s Rights* 2013, vol 21 issue 2, pp. 345-371.
- <sup>25</sup> Charter of Fundamental Rights of the European Union, OJ 2016 C 202/389.
- <sup>26</sup> SAMARDŽIĆ-MARKOVIĆ, Snežana and O’FLAHERTY, Michael. *Handbook on European law relating to the rights of the child*, Publications Office of the European Union, 2017, p. 197.

accused, including the child, that is Directive 2010/64/EU on the right to interpretation and translation in criminal proceedings<sup>27</sup>, Directive 2012/13/EU on the right to information in criminal proceedings<sup>28</sup>, Directive 2013/48/EU on the right of access to a lawyer in criminal proceedings (“Directive 2013/48”)<sup>29</sup> and the most important the Directive (EU) 2016/800 on procedural safeguards for children who are suspects or accused persons in criminal proceedings (“Directive 2016/800”)<sup>30</sup>. Of high importance are also the Guidelines mentioned already, which are not legally binding, however, “they represent a stepping stone in ensuring that justice proceedings, including those part of the criminal justice system, take into account the specific needs of children”<sup>31</sup>. Under the CoE level, the most significant is a fair trial guarantee defined in Article 6 of ECHR. Its rights and guarantees apply to both adults and children<sup>32</sup>, however, on the basis of ECtHR jurisprudence, the child-specific case law has developed which recognises a particular importance of the right to effective participation, as well as, the right of access to a lawyer.

In the above mentioned UE instruments, it is generally emphasised that a child-offender should be perceived and treated as a person with full rights, and they should also be entitled to exercise all their rights

---

<sup>27</sup> Directive 2010/64/EU of the European Parliament and of the Council of 20 October 2010 on the right to interpretation and translation in criminal proceedings, OJ L 280, 26.10.2010, p. 1-7.

<sup>28</sup> Directive 2012/13/EU of the European Parliament and of the Council of 22 May 2012 on the right to information in criminal proceedings, OJ L 142, 1.6.2012, p. 1–10.

<sup>29</sup> Directive 2013/48/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2013 on the right of access to a lawyer in criminal proceedings and in European arrest warrant proceedings, and on the right to have a third party informed upon deprivation of liberty and to communicate with third persons and with consular authorities while deprived of liberty, OJ L 294, 6.11.2013, p. 1–12.

<sup>30</sup> Directive (EU) 2016/800 of the European Parliament and of the Council of 11 May 2016 on procedural safeguards for children who are suspects or accused persons in criminal proceedings, OJ L 132, 21.5.2016, p. 1–20.

<sup>31</sup> SAMARDŽIĆ-MARKOVIĆ, Snežana and O’FLAHERTY, Michael. *Handbook on European law relating to the rights of the child*, Publications Office of the European Union, 2017, p. 199.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

in a manner that takes account of their ability to express their opinion, and the circumstances of the case<sup>33</sup>. “The juvenile offender must have the right to be heard and present their opinions, which also entails the need to make such statements adequately important, taking account of the child’s maturity and any communication problems, so that the child’s participation in the proceedings and their use of their rights should have a genuine and real impact on the proceedings”<sup>34</sup>.

The main and most important procedural guarantees are: the right to information, which should be presented in the manner adapted to the age and ability to comprehend, the right to defence, including the right of access to a lawyer who should be available from the first possible moment, also, effective participation of a defence lawyer, the right to be presumed innocent until proven guilty according to law, the right to inform parents or guardians about the conducted proceedings, which should not replace the child’s right to information, and as well as the right to hold the court hearings in the absence of the public in order to protect child’s privacy and dignity<sup>35</sup>.

When analysing the Strasbourg jurisprudence related to juvenile offenders, it should be pointed that, as a general rule, national criminal proceedings must be organised in such a way to respect the principle of the best interests of the child. “It is essential that a child charged with an offence is dealt with in a manner which fully takes full account of his

---

<sup>33</sup> Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice adopted by the Committee of Ministers on 17 November 2010 (guideline III.A.2).

<sup>34</sup> GŁĘBOCKA, Justyna. Procedural Aspects of Participation of Juvenile Offenders in Criminal Proceedings: Selected Specific Institutions, [in:] JANUSZ-POHL, Barbara (ed.). *Juvenile Justice Systems: Poland-Brazil-Portugal*, Peter Lang 2021, p. 118.

<sup>35</sup> For more on this respect, among others see: LIEFAARD, Ton and KILKELLY, Ursula. *Child-Friendly Justice. Past, present and future* [in:] GOLDSON, Barry (ed.). *Juvenile Justice in Europe: past, present and future*, Routledge 2019. p. 57 et al.; DÜNKEL, Frieder. *Young People’s Rights: The Role of the Council of Europe* [in:] JUNGER-TAS, Josine and DÜNKEL Frieder (eds.). *Reforming Juvenile Justice*. Springer Dordrecht Heidelberg London New York 2009, p. 33–44; JUNGER-TAS, Josine. *Reforming Juvenile Justice: European Perspectives* [in:] JUNGER-TAS, Josine and DÜNKEL Frieder (eds.). *Reforming Juvenile Justice*. Springer Dordrecht Heidelberg London New York 2009. p. 215-233.

age, level of maturity and intellectual and emotional capacities, and that steps are taken to promote his ability to understand and participate in the proceedings<sup>36</sup>. Concrete examples of ‘effective participation’ requirements in respect to the juvenile in the course of criminal proceedings “include the child’s presence during the hearings, holding of in camera hearings, limited publicity, ensuring that the child understands what is at stake and limited formality of court sessions”<sup>37</sup>. The right of a juvenile defendant to participate effectively in their criminal trial requires from authorities to deal with the juvenile with due regard to their vulnerability and capacities from the first stage of their involvement in a criminal investigation and, in particular, during any questioning by the police. “The authorities must take steps to reduce, as far as possible, the child’s feelings of intimidation and inhibition and to ensure that he has a broad understanding of the nature of the investigation, of what is at stake for him”<sup>38</sup>. This should include the capacity of understanding the significance of any potential penalty as well as the scope of the right of defence, in particular, the right to remain silent.<sup>39</sup>

Of course, the above enumeration does not exhaust all the rights and guarantees mentioned in the European instruments and resulting from the ECtHR jurisprudence, however, they constitute a certain foundation which together set certain limits for a discretionary regulation of the procedural rights of juvenile offenders by national legislations. All these guarantees are mainly designed to ensure that the juvenile offender has the right to a fair trial, with the greatest emphasis on the broadly understood right to defence. National legislations should not only take account of the minimum standards provided for accused adults, but above all, create conditions that allow the real exercise of the right of defence by juveniles, adapted to their age and psychophysical development.

---

<sup>36</sup> Case of *V. v the United Kingdom*, ECtHR judgment of 16.12.1999, app. no. 24888/94, para. 86.

<sup>37</sup> SAMARDŽIĆ-MARKOVIĆ, Snežana and O’FLAHERTY, Michael. *Handbook on European law relating to the rights of the child*, Publications Office of the European Union, 2017, p. 202.

<sup>38</sup> Case of *Blokhin v Russia*, ECtHR judgment of 23.03.2016, app. no. 47152/06, para. 195.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

### **3. SCOPE OF PROCEDURAL GUARANTEES OF A JUVENILE AS A WITNESS IN CRIMINAL PROCEDURE**

Committing a punishable act by a juvenile which is in a close connection with the act of an adult may lead to a situation where separate proceedings are conducted against both offenders. The juvenile subjected to proceedings before a juvenile court should be provided with higher standards, taking into account their age and psychophysical abilities. Such proceedings are also geared towards other goals. Theoretically, it should be assumed that the status of the juvenile in the course of proceedings before the juvenile court is more favourable than in case of the adult against whom the criminal proceedings are conducted. Thus, calling such a juvenile offender as a witness in criminal proceedings against an adult may turn out to be less beneficial for them and, in a way, distort the sense of separating the judiciary of adults from the one of children.

For this reason, it is important to outline the most important rights of such a minor which should be clearly guaranteed by domestic legislators and exercised by national investigative and judicial authorities. They result from the combination of two sets of guarantees: one of the juvenile co-perpetrator testifying as a witness in criminal proceedings of an adult, and the other one of a child witness – which in general results from the standard of a child-friendly justice. In accordance to a special need of protection of the right to defence, it cannot disappear from sight that child's psychophysical development differs from that of an adult, so the need to secure their fundamental rights is higher. Evidence given in the course of criminal proceedings, although it may be important from the point of view of the principle of substantive truth, and often in relation to the right of the accused to defence, may at the same time have a negative impact on the procedural situation of a juvenile and may be used against them in proceedings before a juvenile court.

For this reason, taking into account international and European instruments related to the rights of a child taking part in criminal proceedings, the minimal standards for a juvenile offender acting as a witness are at least: the right of silence and privilege against self-incrimination, the right to be accompanied by the third person, in particular by the counsel, and also the right to exclude the public hearing in the

judicial stage of the proceedings. These rights should be directly included in a domestic law. It is not sufficient to admit that certain international rights must be respected, even if they do not arise directly from national law<sup>40</sup>. Moreover, at the international level, some of them result not only from directly binding law, but also from ‘soft law’, which may be largely ignored or limited by domestic law enforcement or judiciary authorities when applying it<sup>41</sup>.

### 3.1. THE RIGHT OF SILENCE AND PRIVILEGE AGAINST SELF-INCRIMINATION

Both on the basis of international and European instruments, the right of silence and privilege against self-incrimination are undoubtedly guaranteed to the juvenile offender against whom the proceedings are conducted. Such a conclusion results from the general rule of applying at least the same rights to the child as to adults, especially those falling within the scope of the right to a fair trial. It is also directly ensured in the above-mentioned legal acts, both at the CoE and EU level. At the Strasbourg level, ECtHR repeatedly confirmed that general requirements of fairness included in Article 6 of ECHR apply to all criminal proceedings, irrespective of the type of offence at issue<sup>42</sup>, including the right to remain silent and not to contribute to incriminating oneself<sup>43</sup>. In the light of the comments presented in section 2 above, a juvenile who is a subject

---

<sup>40</sup> Regarding the right against self-incrimination: ESCOBAR VEAS, Javier. A Comparative analysis of the Case Law of the European Court of Human Rights on the Right against self-Incrimination. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, n. 2, p. 875, mai./ago. 2022.

<sup>41</sup> Emma BELL, Juvenile (in)justice and neoliberal austerity in the European Union [in:] Barry GOLDSON (ed.), *Juvenile Justice in Europe: past, present and future*, Routledge Taylor & Francis Group, Abingdon, New York, 2019p.. 136-138.

<sup>42</sup> Among others see: case of Blokhin v. Russia, ECtHR judgement of 23.03.2016, app. no. 47152/06, case of Negulescu v. Romania, ECtHR judgement of 16.02.2021, app. no. 11230/12, case of Buliga v. Romania, ECtHR judgement of 16.02.2021, app. no. 22003/12.

<sup>43</sup> See: case of Funke v. France, ECtHR judgment of 25.02.1993, app. no. 10828/84, case of O’Halloran and Francis v. the United Kingdom, ECtHR judgement of 29.06.2007, app. nos. 15809/02 and 25624/02.



to criminal proceedings, as well as a juvenile in proceedings before a juvenile court, have both the right to remain silent and the right not to accuse themselves.

Firstly, it should be acknowledged that the Strasbourg case-law allows a possibility of limiting the rights of defence and the general principle of substantive truth in order to protect a witness who, acting as an accused in other proceedings, enjoys the rights of defence. In some circumstances, a witness' refusal to give a statement or answer questions in the course of criminal proceedings may be justified in the view of the special nature of the witness' status<sup>44</sup>. According to the ECtHR jurisprudence, this will be the case if a co-accused uses their right to protection against self-incrimination<sup>45</sup> or a former co-suspect refuses to give a statement or answer questions at the hearing as a witness<sup>46</sup>.

In this context, two questions should be asked. Firstly, do juvenile court proceedings justify the exercise of the right to silence and privilege against self-incrimination? Secondly, is a juvenile able to make a decision regarding the exercise or waiver of their right independently and consciously?

The first question should be answered affirmatively. Undoubtedly, if a minor is a subject to criminal proceedings, their procedural status comes down to being a suspect or accused who fully enjoys all the rights under Article 6 of ECHR, including the right to defence and, resulting from it, the right to remain silent and not to submit evidence against themselves. In the event of conducting separate proceedings against a person whose act is related to the act of a juvenile, the latter should have the right to refuse to testify, which, if it were truthful, would often have negative consequences for them. Certain doubts may arise in a situation where no criminal proceedings are pending against a juvenile, but she or he is a subject to proceedings before a juvenile court which meets

---

<sup>44</sup> Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights. Right to a fair trial (criminal limb), published by Council of Europe/European Court of Human Rights, 2022, p. 98.

<sup>45</sup> Case of Vidgen v. the Netherlands, ECtHR judgment of 10.07.2012, app. no. 29353/06.

<sup>46</sup> Case of Sievert v. Germany, ECtHR judgment of 19.07.2012, app. no. 29881/07.

educational and correctional goals. Regardless of the specificity of such proceedings and their goals in relation to such a juvenile, it should be considered that the proceedings are similar to criminal proceedings as they concern the commitment of a punishable act. The status of a juvenile, however, although not the same, is similar to the status of an accused in a criminal case. ECtHR concluded in this spirit, considering that juvenile delinquency proceedings are criminal prosecution proceedings, even though they are not so classified under national legislations. Consequently, rights guaranteed in Article 6 of ECHR should be fully respected in such proceedings. It should be further concluded that a juvenile being a witness may exercise their right to remain silent and privilege against self-incrimination if the testimony infringed their right to defence in separate proceedings before a juvenile court.

The right of silence and the right to freedom from self-incrimination are necessary derivatives of the right of defence. They provide defence against coercion and abuse<sup>47</sup>, especially in relation to a child. Even if we admit that a juvenile acting as a witness has these fundamental rights, considerable doubts may arise as for the minor's psychophysical abilities to assess the situation and make a prudent decision regarding their use. Even in case of seventeen-year-old adolescents their capacities are heavily influenced by a lack of future-orientation, a lack of risk-aversion, impulsivity and suggestibility<sup>48</sup>. Barry C. Feld referring to *Miranda* rights, emphasises the importance of the juvenile's ability to understand and exercise the ensured rights that have been repeatedly referred to. The child's reduced competency increases their vulnerability and renders them less able than adults to exercise rights effectively and consciously<sup>49</sup>. In addition, "juveniles are often incapable of understanding

---

<sup>47</sup> THOBIN, John and READ, Cate. The Rights of the Child in the Juvenile Justice System [in:] THOBIN, John (ed.). *The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary*, Oxford University Press 2019.

<sup>48</sup> WEIJERS, Ido. Requirements for Communication in the Courtroom: A Comparative Perspective on the Youth Court in England/ Wales and The Netherlands, *Youth Justice* 2004, 4, 1, p. 25.

<sup>49</sup> FELD, Barry C. Procedural Rights in Juvenile Courts: Competence and Consequences [in:] FELD, Barry C. and BISHOP Donna M. (eds.). *The Oxford Handbook of Juvenile Crime and Juvenile Justice*, Oxford University Press 2012, p. 665.

the significance of their right to silence”<sup>50</sup> and privilege against self-incrimination. They also “do not appreciate the significance of rights in the same way as adults do, which may cause juveniles to waive their rights (...) more often and less deliberately”<sup>51</sup>. Even if a juvenile is instructed about the right to refuse to testify, they may find it strongly difficult to understand their status in the proceedings and the consequences of testifying or refusing to do so. Very often they do not consider reasonable arguments but rather their willingness to end the procedural act as fast as possible<sup>52</sup>. The problem of coercion may occur especially during the pre-trial stage of criminal proceedings. “Juveniles are generally more vulnerable than adults to intimidation and interrogation practices”<sup>53</sup>. As indicated in the literature, “juveniles generally lack the competence to make autonomous decisions due to their particular susceptibility to external, social influences”<sup>54</sup>. They have a general eagerness to comply with adult authority figures. “This makes juveniles particularly vulnerable when subjected to suggestive and (psychologically) coercive interrogation techniques, which might cause them, for example, to (falsely) confess in order to get the much-wanted approval of the interrogator”<sup>55</sup>.

Taking into account the above considerations, it should be concluded, that undoubtedly, a juvenile offender, being a source of evidence in criminal proceedings with the position of a witness, and not

---

<sup>50</sup> FREITAS, Sarah. Extending the Privilege against Self-Incrimination to the Juvenile Waiver Hearing, *The University of Chicago Law Review* Vol. 62, No. 1 (Winter 1995), s. 317.

<sup>51</sup> LIEFAARD Ton and van den BRINK, Yannick. Juveniles’ Right to Counsel during Police Interrogations: An Interdisciplinary Analysis of a Youth-Specific Approach, with a Particular Focus on the Netherlands, *Erasmus Law Review* 2014, 4, p. 215 and the literature indicted there.

<sup>52</sup> PASZEK Krystyna and PAWELEC, Krystyna. Prawo małoletniego do odmowy złożenia zeznań, *Prokuratura i Prawo* 2008/12, p. 122.

<sup>53</sup> FREITAS, Sarah. Extending the Privilege against Self-Incrimination to the Juvenile Waiver Hearing, *The University of Chicago Law Review* Vol. 62, No. 1 (Winter 1995), s. 317.

<sup>54</sup> LIEFAARD Ton and van den BRINK, Yannick. Juveniles’ Right to Counsel during Police Interrogations: An Interdisciplinary Analysis of a Youth-Specific Approach, with a Particular Focus on the Netherlands, *Erasmus Law Review* 2014, 4, p. 215 and the literature indicted there.

<sup>55</sup> Ibidem.

an accused, should have the right to fully exercise their rights of defence. Moreover, limited psychophysical possibilities that would allow them to take an informed and consistent decision for their use is an important problem. This issue is of particular importance in relation to police interrogations during which a juvenile may be particularly exposed to coercion. For this reason, it is also extremely important to grant such a juvenile the right to be assisted by an adult person, for example a parent or guardian, in the course of procedural activities with their participation, in particular a lawyer.

### 3.2. THE RIGHT OF ACCESS TO A LAWYER

Referring to the role of a witness in which a juvenile offender may be, first of all, attention should be paid to the need to ensure the presence of a parent or guardian during any activities conducted by the interrogators or judicial authorities. In accordance to the international standards, a child witness should be assisted by an adult in procedural acts. This, firstly, increases the sense of their safety, which, in principle, may have a positive influence on the effectiveness of the act itself; and, secondly, it guarantees the exercise of their rights. In the EU, the need to ensure the presence of a parent or guardian in activities involving children is indicated indirectly in Article 24(3) of the Charter, in accordance to which, every child shall have the right to maintain, on a regular basis, a personal relationship and direct contact with both his or her parents, unless that is contrary to his or her interests. At the CoE level, this right is emphasised even more strongly. The Recommendation No. R (85) 11 on the Position of the Victim in the Framework of Criminal Law and Procedure<sup>56</sup> in Article 8 directly recommends: “whenever possible and appropriate, children (...) should be questioned in the presence of their parents or guardians or other persons qualified to assist them”.

Barry C. Feld, referring to a number of empirical studies, argued that the presence of parents or another adult in the course of procedural

---

<sup>56</sup> Council of Europe Committee of Ministers Recommendation No. R (85) 11 on the Position of the Victim in the Framework of Criminal Law and Procedure of 28.06.1985.

acts may succour a child in exercising rights in their legitimate interest. “It is assumed that a parent’s presence enhances juveniles’ understanding of their rights, mitigates the dangers of unreliable statements, provides an independent witness of what occurs and reduces police coercion”<sup>57</sup>. Furthermore, the active presence of parents in the course of the proceedings may significantly affect the factual exercise of the right to a counsel. While these comments were made in relation to juveniles who are accused, they can also be applied successfully to juvenile offenders who are witnesses at the same time in a separate proceedings and may not understand nor foresee the consequences of exercising or not exercising their right to remain silent and not to incriminate evidence against themselves. The presence of a parent or guardian may be necessary in this respect. Moreover, in the event of a waiver of rights, the role of a parent or guardian may be indispensable.

At the same time, it should be borne in mind that the actions of the parent or guardian do not always take into account the best interests of the child. There is a risk that parents’ or guardian’s advices during the police interrogations or court hearings are not in the child’s best interest. As John Thobin and Cate Read raise, this is a strong argument for the right to be accompanied by an independent third person, in particular the professional counsel, to ensure that they are able to exercise effectively their rights, especially the privilege against self-incrimination<sup>58</sup>. And, although this position was presented in relation to a juvenile who is an accused, not a witness, it seems that it should also be taken into account in the case of a juvenile offender being a witness in criminal proceedings, whose legal situation should be similar to what it would be like if they had been a co-accused.

As indicated in section 2, the right of access to a lawyer is an indisputable right of any accused, in particular, in relation to juvenile

---

<sup>57</sup> FELD, Barry C. Procedural Rights in Juvenile Courts: Competence and Consequences [in:] FELD, Barry C. and BISHOP, Donna M. (eds.). *The Oxford Handbook of Juvenile Crime and Juvenile Justice*, Oxford University Press 2012, p. 668.

<sup>58</sup> THOBIN John and READ, Cate. The Rights of the Child in the Juvenile Justice System [in:] THOBIN, John (ed.), *The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary*, Oxford University Press 2019.

offenders. At the EU level, the exact scope of the right of access to a lawyer in case of a juvenile is specified by the Directive 2016/800, which performance should take account of the provisions of the Directive 2013/48. As a general rule, juvenile offenders should have access to a lawyer from the first possible moment. Under the ECHR level, the right of access to a lawyer from the initial stage of the criminal procedure is considered as an essential part of the right of defence, and, thus, of a fair trial. The emphasis on the initial stage of the process, primarily led by law enforcement authorities, is of particular importance with regard to juveniles who need enhanced protection.

The ECtHR judgment in the *Salduz v Turkey*<sup>59</sup> case was of key importance in shaping the scope of the right to a lawyer in the EU law. And, although in the following years the ECtHR departed from the rigorous thesis presented in the above-mentioned judgment<sup>60</sup>, in case of minors, it pays special attention to the need to ensure access to a lawyer from the first investigative acts<sup>61</sup> as an expression of the need to guarantee them appropriate and adequate conditions for conducting the trial, taking into account the degree of maturity and psychophysical development. Particular attention is also paid to the waiver of the child's rights. "The Court considers that given the vulnerability of an accused minor and the imbalance of power to which he is subjected by the very nature of criminal proceedings, a waiver by him or on his behalf of an important right under Article 6 can only be accepted where it is expressed in an unequivocal manner after the authorities have taken all reasonable steps to ensure that he or she is fully aware of his rights of defence and can appreciate, as far as possible, the consequence of his conduct"<sup>62</sup>.

In the scope of special juvenile offender rights, international standards also indicate the need to provide assistance of a parent or legal guardian in the performance of any procedural steps. Beijing Rules

---

<sup>59</sup> Case of *Salduz v Turkey*, ECtHR judgment of 27.11.2008, app no. 36391/02.

<sup>60</sup> Case of *Ibrahim and others v the United Kingdom*, ECtHR judgement of 16.02.2016, app. nos. 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09.

<sup>61</sup> Case of *Panovits v Cyprus*, ECtHR judgment of 11.12.2008, app. no. 4268/04, case of *Salduz v Turkey*, ECtHR judgment of 27.11.2008, app no. 36391/02.

<sup>62</sup> *Ibidem*.

recognised the right to the presence of a parent or guardian as basic procedural safeguard that should be guaranteed at all stages of proceedings (Article 7.1). At the EU level “the right to be accompanied by the holder of parental responsibility during court hearings” where a juvenile offender is involved is indicated directly in Article 15(1) of the Directive 2016/800.

Summarising the above, it should be considered that the need to ensure a juvenile offender, acting as a witness in separate proceedings, the right to assistance of an adult, during procedural acts with her or his participation, is necessary for the protection of their basic procedural rights. First of all, the participation of the parent or guardian in all activities involving the child should be ensured, so as to assist them in exercising their rights, as their immaturity may negatively affect her or his pleading decisions in court<sup>63</sup>. However, due to a special procedural role of such a witness, the risk of misunderstanding of the nature of the rights and, as a consequence, unknowing self-indictment or providing evidence that could then be used against them in their ongoing separate proceedings, it would be advisable to provide them with the right of access to a lawyer at a similar level as in case of a juvenile offender in criminal proceedings.

### 3.2 EXCLUSION OF THE PUBLIC HEARING

Last but not least is the issue of a public hearing. According to Article 47 of a Charter and Article 6 of ECHR, the right to a fair trial consists of the right to public hearing. However, as it is rightly mentioned in the literature, with regard to a juvenile, there is a justified need to protect privacy and limit the stigmatisation. As a rule, juvenile justice systems should exclude the public hearing in case of juveniles. This is referred

---

<sup>63</sup> As an example, T. Grisso points out that in research conducted in Australia, juveniles aged 15 years and younger are significantly more likely than older adolescents and adults to have compromised ability to act as competent defendants in court. See: GRISSE, Thomas (ed.), *Juveniles' competence to stand trial: A comparison of adolescents' and adults' capacities as trial defendants*, *Law and Human Behavior* 2003, 27(4), pp. 333–363, as referred to in: RICHARDS, Kelly. What makes juvenile offenders different from adult offenders, *Trends & issues in crime and criminal justice*, No 409, February 2011. Available at: <<https://www.aic.gov.au/publications/tandi/tandi409>>. Accessed on: 15 July 2022).

both in Article 40(1) of UNCRC in respect to the right of every child to be treated in a manner consistent with the promotion of the child's sense of dignity and worth, and in Article 40(2)b vii) of UNCRC obliging to fully respect the child's privacy at all stages of the proceedings. Also, the Beijing Rules in Rule 8.1 include the juvenile's right to privacy which should be respected at all stages in order to avoid harm being caused to them by undue publicity or by the process of labelling. On the European Union level, above all, the following provisions of the Directive 2016/800 should be mentioned: Article 14(1), in accordance to "Member States shall ensure that the privacy of the children during the criminal proceedings is protected" and Article 14(2), under which, as a rule, Member States should "either provide that court hearings involving children are usually held in the absence of the public or allow courts or judges to decide to hold such hearings in the absence of the public".

Respecting the privacy of a child appearing in court is inextricably related to the theory of 'labelling', developed by sociologists during the 1960s. Children and adolescents who are labelled 'criminal' by the criminal justice system are likely refraining from social rehabilitation and continuing their criminal behaviour. "The stigmatisation engendered by the criminal justice system therefore produces a self-fulfilling prophecy — young people labelled criminals assume the identity of a criminal"<sup>64</sup>.

In the light of the above comments, there should be no doubt that the proceedings in juvenile offenders' cases should be conducted in the absence of publicity. However, the obligatory exclusion of the public hearing should apply, for the same reasons, to any hearing involving a child, irrespective of its procedural role. As it has already been indicated many times, the status of a juvenile offender acting as a witness is, in many respects, similar to that of an accused. In such a procedural configuration, the juvenile's testimony regarding a punishable act in the course of criminal proceedings against an adult clearly refers to issues related to their person and their participation in the criminal behaviour, and, therefore, their needs related to protection against stigmatization remain valid.

---

<sup>64</sup> RICHARDS, Kelly. What makes juvenile offenders different from adult offenders, *Trends & issues in crime and criminal justice*, No 409 February 2011. Available at: <<https://www.aic.gov.au/publications/tandi/tandi409>> (accessed: 15.07.2022).



#### 4. CONCLUSIONS

International instruments concerning children's rights do not directly regulate the legal situation of a witness who is also a juvenile offender of a punishable act against whom separate proceedings are conducted, both before a juvenile court or a criminal court. This does not mean, however, that they can be deprived of any real protection that would ensure minimum standards of fair procedural play. The above considerations are an attempt to compile general assumptions resulting from the adopted rules regarding proceedings with the participation of children, and particular requirements resulting from this procedural configuration.

Status of a witness who is also a juvenile offender in separate proceedings is undoubtedly specific. On the one hand, such a juvenile is not an ordinary child witness. On the other hand, they are not co-accused in a given case who benefit from the procedural guarantees granted to an offender. However, this does not change the fact that juveniles in such a procedural configuration deserve a special treatment, which will not deprive them of their rights. A different assumption and refusal to grant individual rights, in particular those described above, would lead to an unjustified different treatment of a juvenile, which could have serious negative consequences. Acceptance of such a situation and the lack of appropriate domestic regulations in this respect could even create a temptation to deliberately exclude the juveniles' case from separate proceedings, so that, after calling them as witnesses, one may obtain evidence of their guilt by depriving them of the guarantees that are fundamental from the point of the right to defence. Therefore, national legislations should directly support the right of silence and the privilege against self-incrimination to a child-witness, against whom separate juvenile proceedings are conducted. Due to the lack of psychophysical maturity, in order to implement these guarantees, additionally the right of access to a lawyer is highly important. Not without significance, from the point of view of the minor's welfare and their interests, there is also a need to secure the right to privacy by excluding the openness of court proceedings for the time of the juvenile's questioning.

In conclusion, it is worth recalling and emphasising that the long-term analyses of juvenile cases, their behaviour and susceptibility

to social rehabilitation show that minors have a broad predisposition to grow out of crime and adopt law-abiding lifestyles as young adults. “As juveniles are neither fully developed nor entrenched within the criminal justice system, juvenile justice interventions can impact upon them and help to foster juveniles’ desistance from crime”<sup>65</sup>. *A contrario*, however, bad experience with the justice system, undermining trust in the authorities resulting from an inappropriate treatment, depriving juvenile of fundamental rights and not understanding their specific needs may lead to disruption of the rehabilitation process and result in serious difficulties in the future. For this reason, it is extremely important how the juveniles, regardless of their procedural role, will be secured in the course of criminal proceedings.

## REFERENCES

### LITERATURE

BELL, Emma. Juvenile (in)justice and neoliberal austerity in the European Union [in:] GOLDSON, Barry (ed.). *Juvenile Justice in Europe: past, present and future*. Routledge Taylor & Francis Group, 2019. <https://doi.org/10.4324/9781315194493>

DÜNKEL, Frieder. Young People’s Rights: The Role of the Council of Europe [in:] JUNGER-TAS, Josine; DÜNKEL Frieder (eds.). *Reforming Juvenile Justice*, Springer, New York, 2009. [https://doi.org/10.1007/978-0-387-89295-5\\_3](https://doi.org/10.1007/978-0-387-89295-5_3)

DÜNKEL, Frieder. Diversion: A Meaningful and Successful Alternative to Punishment in European Juvenile Justice Systems [in:] JUNGER-TAS, Josine; DÜNKEL, Frieder (eds.). *Reforming Juvenile Justice*. Springer, New York, 2009. [https://doi.org/10.1007/978-0-387-89295-5\\_9](https://doi.org/10.1007/978-0-387-89295-5_9)

ESCOBAR VEAS, Javier. A Comparative analysis of the Case Law of the European Court of Human Rights on the Right against self-Incrimination. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, n. 2, p. 875, mai./ago. 2022. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i2.675>

---

<sup>65</sup> Richards, Kelly. What makes juvenile offenders different from adult offenders, *Trends & issues in crime and criminal justice*, No 409 February 2011. Available at: <<https://www.aic.gov.au/publications/tandi/tandi409>>. Accessed on: 15 July 2022.

FELD, Barry C., Procedural Rights in Juvenile Courts: Competence and Consequences [in:] FELD, Barry C.; BISHOP Donna M. (eds.). *The Oxford Handbook of Juvenile Crime and Juvenile Justice*. Oxford University Press 2012. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780195385106.013.0027>

FREITAS, Sarah. Extending the Privilege against Self-Incrimination to the Juvenile Waiver Hearing. *The University of Chicago Law Review* Vol. 62, No. 1 (Winter 1995). <https://doi.org/10.2307/1600136>

GLEBOCKA, Justyna. Procedural Aspects of Participation of Juvenile Offenders in Criminal Proceedings: Selected Specific Institutions [in:] JANUSZ-POHL Barbara (ed.). *Juvenile Justice Systems: Poland-Brazil-Portugal*. Peter Lang 2021. <https://doi.org/10.3726/b18696>

GOLDSON, Barry; KILKELLY, Ursula. International human rights standards and child imprisonment: Potentialities and limitations. *International Journal of Children's Rights* 2013, vol 21 issue 2, <https://doi.org/10.1163/15718182-55680011>

GRISSE, Thomas (ed.). Juveniles' competence to stand trial: A comparison of adolescents' and adults' capacities as trial defendants. *Law and Human Behavior* 2003, 27(4), <https://doi.org/10.1023/A:1024065015717>

JUNGER-TAS, Josine. Reforming Juvenile Justice: European Perspectives [in:] JUNGER-TAS, Josine; DÜNKEL, Frieder (eds.). *Reforming Juvenile Justice*, Springer New York 2009. [https://doi.org/10.1007/978-0-387-89295-5\\_13](https://doi.org/10.1007/978-0-387-89295-5_13)

LIEFAARD, Ton; KILKELLY, Ursula. Child-Friendly Justice. Past, present and future [in:] GOLDSON, Barry (ed.). *Juvenile Justice in Europe: past, present and future*. Routledge 2019. <https://doi.org/10.4324/9781315194493>

LIEFAARD, Ton; BRINK, Yannick van den. Juveniles' Right to Counsel during Police Interrogations: An Interdisciplinary Analysis of a Youth-Specific Approach, with a Particular Focus on the Netherlands. *Erasmus Law Review* 2014, 4. <https://doi.org/10.5553/elr.000020>

PASZEK, Krystyna; PAWELEC, Krystyna. Prawo małoletniego do odmowy złożenia zeznań. *Prokuratura i Prawo* 2008/12.

PAWELEC, Szymon. Procedural Aspects of Participation of Juvenile Offenders in Criminal Proceedings: General Remarks, [in:] JANUSZ-POHL, Barbara (ed.). *Juvenile Justice Systems: Poland-Brazil-Portugal*. Peter Lang 2021. <https://doi.org/10.3726/b18696>

RICHARDS, Kelly. What makes juvenile offenders different from adult offenders, *Trends & issues in crime and criminal justice* No 409, February 2011. Available at: <<https://www.aic.gov.au/publications/tandi/tandi409>>. Access on: 15 July 2022.

SAMARDŽIĆ-MARKOVIĆ, Snežana; O'FLAHERTY, Michael. *Handbook on European law relating to the rights of the child*. Publications Office of the European Union, 2017. Available at: <[https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/fra-ecthr-2015-handbook-european-law-rights-of-the-child\\_en.pdf](https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-ecthr-2015-handbook-european-law-rights-of-the-child_en.pdf)>. Access on: 15 July 2022.

SCHENNACH, Stefan. *Child-friendly juvenile justice: from rhetoric to reality*. Report of Parliamentary Assembly of Council of Europe. 19 May 2014, Doc. 13511. Available at: <<http://semantic-pace.net/tools/pdf.aspx?doc=aHR0cDovL2Fzc2VtYmx5LmNvZS5pbnQvbncveG1sL1hSZWYyVWdJLURXLWV4dHluYXNwP2ZpbGVpZD0yMDkxNCZSYW5nPUVO&xsl=aHR0cDovL2Fzc2VtYmx5LmNvZS5pbnQvbncveG1sL1h3hzbC1mby9QZGYvWFJlZi1XRC1BVC1YTUwyUERGLnhzbA==&xslt-params=ZmlsZWlkPTIwOTE0>>. Access on: 27 June 2022).

THOBIN, John; READ, Cate. The Rights of the Child in the Juvenile Justice System [in:] THOBIN, John (ed.). *The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary*, Oxford University Press 2019.

WEIJERS, Ido, Requirements for Communication in the Courtroom: A Comparative Perspective on the Youth Court in England/ Wales and The Netherlands. *Youth Justice* 2004, 4(1), <https://doi.org/10.1177/147322540400400103>

## ECTHR JUDGEMENTS

Case of Funke v. France, ECtHR judgment of 25.02.1993, app. no. 10828/84

Case of T. v. the United Kingdom, ECtHR judgment of 16.12.1999, app. no. 24724/94

Case of O'Halloran and Francis v. the United Kingdom, ECtHR judgement of 29.06.2007, app. nos. 15809/02 and 25624/02

Case of Salduz v Turkey, ECtHR judgment of 27.11.2008, app no. 36391/02

Case of Panovits v Cyprus, ECtHR judgment of 11.12.2008, app. no. 4268/04

Case of Vidgen v. the Netherlands, ECtHR judgment of 10.07.2012, app. no. 29353/06

Case of Sievert v. Germany, ECtHR judgment of 19.07.2012, app. no. 29881/07

Case of Ibrahim and others v the United Kingdom, ECtHR judgement of 16.02.2016, app. nos. 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09

Case of Blokhin v Russia, ECtHR judgment of 23.03.2016, app. no. 47152/06

Case of Negulescu v. Romania, ECtHR judgement of 16.02.2021, app. no. 11230/12

Case of Buliga v. Romania, ECtHR judgement of 16.02.2021, app. no. 22003/12

### **Authorship information**

*Justyna Głębocka*. PhD in law, assistant professor at the Department of International Criminal Procedure at the Faculty of Law and Administration, University of Warsaw. [j.glebocka@wpia.uw.edu.pl](mailto:j.glebocka@wpia.uw.edu.pl)

### **Additional information and author's declarations (scientific integrity)**

*Conflict of interest declaration:* the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

*Declaration of authorship:* all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

*Declaration of originality:* the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; she also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

### Editorial process dates

(<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 15/07/2021
- Desk review and plagiarism check: 30/07/2022
- Review 1: 22/08/2022
- Review 2: 28/08/2022
- Preliminary editorial decision: 13/09/2022
- Correction round return: 21/09/2022
- Final editorial decision: 08/10/2022

### Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 1 (PP)
- Reviewers: 2

### HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

GŁĘBOCKA, Justyna. Status of a child witness involved in the offence of an adult in criminal procedure – European Union standards. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, n. 3, p. 1201-1228, set./dez. 2022. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i3.738>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.


# Presuntivismo e falsa contraposição entre mentira e verdade: duas possíveis causas para seguirmos ignorando o impacto de fatores como a passagem do tempo e as informações pós-evento no processo penal. Três propostas sobre o que fazer.


*Presuntivism and false dichotomy between lie and truth: two possible reasons why we continue to ignore the impact of factors such as retention interval and post-event information in criminal procedure. Three proposals about what to do*

**Vitor de Paula Ramos<sup>1</sup>**

Universitat de Girona, Girona, Espanha

vitordepaularamos@hotmail.com

 lattes.cnpq.br/1139010003942410

 <https://orcid.org/0000-0001-6811-2891>

---

**RESUMO:** O presente estudo aborda a passagem do tempo e a informação pós-evento como dois fatores com potencial impacto na prova testemunhal que, apesar de provados cientificamente há tempos, seguem sem tratamento adequado no processo penal. O artigo pretende responder

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito, Economia e Empresa pela Universidade de Girona (Espanha), *cum laude*. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), onde se graduou com *lâurea acadêmica*. Professor do Mestrado em Raciocínio Probatório da Universidade de Girona (Espanha) e nos cursos de pós-graduação *lato sensu* em Processo Civil da PUCRS e da Uniritter. Coordenador da Coleção Raciocínio Probatório, publicada pela Editora JusPodivm. Professor convidado em diversos cursos de Processo Civil e Direito Probatório, no Brasil e no Exterior. Membro efetivo da IAPL (Associação Internacional de Direito Processual) e do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual). Membro do Conselho Assessor da Revista Internacional de Direito Probatório *Quaestio Facti*. Autor de livros publicados pela RT e pela Marcial Pons (Espanha), artigos publicados no Brasil e no exterior, além de traduções jurídicas. Advogado atuante.

a dois questionamentos: (i) por que, diante de tantas evidências científicas, fatores como a passagem do tempo e as informações pós-evento seguem sendo ignorados pelo direito e, especificamente, pelo processo penal?; (ii) como é possível desenhar o processo penal para que esse passe a considerar e a lidar com a passagem do tempo e com as informações pós-evento? Para isso, na primeira parte, são apontadas duas razões que contribuem para manter tais problemas ocultos (presuntivismo e falsa dicotomia entre verdade e mentira); na segunda parte, são apresentados os problemas; e na terceira parte são formuladas três propostas para buscar lidar com esses (produção imediata, quando possível, e existência de protocolos quanto à forma de fazer perguntas e à necessidade de gravação. A metodologia utilizada é a revisão bibliográfica de escritos da psicologia do testemunho, da epistemologia do testemunho e da doutrina do processo penal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Prova testemunhal; Raciocínio Probatório; Psicologia do Testemunho.

**ABSTRACT:** *The present study explores retention interval and post-event information as two potential factors of impact in eyewitness testimony; those factors have been proven scientifically long time ago, but continue to be in the shadows of criminal procedure jurisprudence. The article aims to answer two questions: (i) considering all the scientific evidence available, why do factors as retention interval and post-event information continue to be ignored by the law, and, specifically by the criminal procedure jurisprudence?; (ii) how is it possible to rearrange criminal procedures in order to consider and deal with memory retention interval and post-event information? To do so, in the first part it presents two reasons that contribute to keep those problems in the shadows (presuntivism and false dichotomy between truth and lie); in the second part, it presents the problems; and in the third part it presents three proposals to try to deal with them (immediate production, when possible, and the existence of protocols about the ways of questioning and about the need that interviews are recorded. The methodology used is the analysis of bibliography on psychology and epistemology of testimony, as well as criminal procedure jurisprudence.*

**KEYWORDS:** *Eyewitness testimony; Evidential reasoning; Psychology of Testimony.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. Dois fatores que contribuem para seguirmos com dificuldades de ver os problemas da prova testemunhal;



1.1. A falsa contraposição entre mentira e verdade e a consequente desconsideração dos erros honestos; 1.2. O presuntivismo em relação ao testemunho; 2. Dois fatores centrais da perda de qualidade epistêmica da prova testemunhal; 2.1. A passagem do tempo; 2.2. As informações pós-evento e a forma das perguntas; 3. Três propostas de mitigação dos dois problemas apontados; 3.1. A obtenção mais célere das declarações das testemunhas (e potenciais vítimas); 3.2. A forma de fazer perguntas e os cuidados para não contaminação; 3.3. A gravação de todo e qualquer contato com a testemunha; Considerações Finais; Referências.

---

## INTRODUÇÃO

De acordo com os números do *Innocence Project* dos Estados Unidos, a identificação errônea feita por testemunhas é um dos maiores fatores que mais contribui para o erro judicial<sup>2</sup>. Ainda que o presente estudo não diga respeito especificamente aos reconhecimentos de pessoas<sup>3</sup>, e sim às declarações de testemunhas, tais números indicam o impacto que a memória humana pode ter no processo penal.

Até pouco tempo atrás, no Brasil, eram poucos os estudos a respeito do tema. Nos últimos anos, felizmente, a prova testemunhal vem recebendo mais atenção do que nas últimas décadas. Os estudos de

---

<sup>2</sup> WEST, Emily; MATERKO, Vanessa. Innocence Project: DNA Exonerations, 1989-2014: Review Of Data And Findings From The First 25 Years. *Albany Law Review*, v. 79, n. 3, p. 717-795, 2016. Mais recentemente, vide NORRIS, Robert; ACKER, James; BONVENTRE, Catherine; REDLICH, Allison. Thirty Years of Innocence: Wrongful Convictions and Exonerations in the United States, 1989-2018. *The Wrongful Conviction Law Review*, v. 1, n. 1, p. 2-58, 2020.

<sup>3</sup> Ainda que, habitualmente, tais reconhecimentos considerados no *Innocence Project* ocorram em procedimentos próprios de identificação, as autoras do artigo citado esclarecem que não são considerados identificação equivocada somente casos de reconhecimento de pessoas, mas também casos de identificação “por nome, ou casos em que ele/ela [o falso perpetrador] foi ‘reconhecido’ na rua ou em uma loja após o crime, reportando-o à polícia” (WEST, Emily; MATERKO, Vanessa. *Innocence Project*, cit., p. 735).

psicologia do testemunho – iniciados ainda na primeira metade do século passado<sup>4</sup> e desenvolvidos com força a partir da década de 70<sup>5</sup> – passaram a ser conhecidos e debatidos nos meios acadêmicos, começando, ainda, a ter interações importantes com o mundo jurídico, especificamente com o processo penal<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Vide, por exemplo, GORPHE, François. *La critique du témoignage*. 2. ed. Paris: Librairie Dalloz, 1927 e BINET, Alfred. *La Suggestibilité*. Paris: Schleicher Frères Éditeurs, 1900.

<sup>5</sup> Vide, por exemplo, o clássico LOFTUS, Elizabeth; PALMER, John. Reconstruction of automobile destruction: An example of the interaction between language and memory. *Journal of Verbal Learning & Verbal Behavior*, v. 13, n. 5, p. 585–589, 1974. Sobre a evolução da disciplina vide LOFTUS, Elizabeth. *Eyewitness Testimony*. Cambridge: Harvard University Press, 2019. No Brasil, merecem destaque os pioneiros trabalhos de Lilian Stein. Apenas a título de exemplo, vide STEIN, Lilian Milnitsky; NYGAARD, Maria Lúcia Campani. A memória em julgamento: uma análise cognitiva dos depoimentos testemunhais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 43, p. 151-164, 2003; mais recentemente, STEIN, Lilian Milnitsky (org.). *Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010.

<sup>6</sup> Além dos trabalhos monográficos de GESU, Cristina di. *Prova Penal e Falsas Memórias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas Memórias e Sistema Penal. A Prova Testemunhal em Xequê*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013; IRIGONHÊ, Márcia de Moura. *Reconhecimento pessoal e falsas memórias: repensando a prova penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, e, mais recentemente, PAULA RAMOS, Vitor de. *Prova Testemunhal. Do Subjetivismo ao Objetivismo. Do Isolamento Científico ao Diálogo com a Psicologia e a Epistemologia*. São Paulo, RT, 2018, formou-se, mormente nos últimos anos, ampla literatura em revistas científicas brasileiras a respeito do tema. Nesse sentido, vide MASSENA, Caio Badaró. A Prova Testemunhal no Processo Penal Brasileiro: uma Análise a Partir da Epistemologia e da Psicologia do Testemunho. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 156, São Paulo, RT, pp. 23-59, 2019. MELLO, Maria Cecília Pereira de; GERVITZ, Luíza Cobra. Se não me Falha a Memória – Breve Discussão Sobre a Suscetibilidade da Prova Testemunhal. *Revista Direito e Medicina*. São Paulo, v. 2, 2019; BALDASSO, Flaviane. A Prova Testemunhal e o Fenômeno das Falsas Memórias. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 166, p. 129-174, Abr/2020; LAZARI, Rafael de. Antecipação das Provas Testemunhais e o Dilema das Falsas Memórias: uma Análise sob o Julgamento do Recurso em Habeas Corpus 61.488 e a Relativização da Súmula 455 do STJ. *Revista dos Tribunais*, vol. 1014/2020, p. 337-360, Abr/2020; MATIDA, Janaína; CECCONELLO, William. Reconhecimento fotográfico e presunção de inocência. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 7, n. 1, p. 409, 2021.

Tais avanços seguem um movimento que, também de modo muito positivo, vem ocorrendo na América Latina<sup>7</sup>, como resultado de uma grande revolução mais ampla pela qual, nas últimas décadas, vem passando o Direito Probatório como um todo. Na medida em que se passa a revalorizar o papel da busca da verdade no processo penal<sup>8</sup>, passam a ganhar mais e mais importância também os debates sobre a qualidade das provas e a preocupação com uma maior riqueza, tanto da investigação

---

Vide também, recentemente, a obra de FERNANDES, Lara Teles. *Prova Testemunhal no Processo Penal*. [2019]. 2ª. Ed. Florianópolis: Emais, 2020.

<sup>7</sup> Vide, por exemplo, o Amparo Directo en Revisión 3797/2014, da Suprema Corte de la Nación mexicana.

<sup>8</sup> Não é escopo do presente trabalho abordar elementos da teoria geral da prova, mas vale referir ser premissa deste trabalho que um dos objetivos centrais de qualquer apuração dos fatos, como o processo penal, é saber o que ocorreu “lá fora”. Sobre o tema, defendendo a busca da verdade como um objetivo institucional do processo penal, veja-se, por exemplo, BADA-RÓ, Gustavo Henrique. *Epistemología Judicial e Prova Penal*. São Paulo: RT, 2019, p. 129-132, para quem “retirar a verdade do trono em que reinava absoluta no processo penal não significa desterrá-la. Se a verdade não é o centro do processo penal, não há como negar, por outro lado, que a verdade exerce um papel importante no processo, sendo o seu acerto um dos seus escopos institucionais”; ainda, NARDELLI, Marcella Mascarenhas. *A Prova no Tribunal do Júri*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 60 e, no âmbito da teoria geral da prova, FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prova e Verdade no Direito*. Tradução: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: RT, 2017. Buscar a verdade, na minha opinião, não implica de forma alguma buscar a verdade sem limites, e nem adotar vertentes autoritárias. Significa simplesmente afirmar que a investigação e o processo devem estar aparelhados o máximo possível para, dentro das regras do jogo, acertar o máximo possível: no caso do processo penal, repita-se, condenar, dentro das regras, culpados e absolver, também dentro das regras, inocentes. Em sentido contrário, LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8ª. Ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 70, que, falando de concepções que vigoram “[d]urante anos e anos”, afirma que a “crença de que a verdade podia ser alcançada pelo Estado tornou a sua perseguição o fim precípua do processo criminal. (...) No âmbito processual penal, hodiernamente, admite-se que é impossível que se atinja uma verdade absoluta”. Também nesse sentido, LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. [2007] 18ª. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 525, fazendo referência ao que chama de “mito da verdade real”, que estaria “intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório; com o ‘interesse público’ (cláusula geral que serviu de argumento para as maiores atrocidades); com sistemas políticos autoritários; com a busca de uma ‘verdade’ a qualquer custo”.

quanto das provas produzidas em juízo. Nesse sentido, no que interessa ao presente trabalho, as consequências são de que se passe a ter mais preocupação e atenção com as inúmeras fragilidades da prova testemunhal.

O presente trabalho, longe de pretender fazer uma abordagem exaustiva e final de todas essas, pretende contribuir no debate a respeito da prova testemunhal respondendo às seguintes perguntas: (i) por que, diante de tantas evidências científicas, fatores como a passagem do tempo e as informações pós-evento seguem não ganhando a devida atenção pelo direito e, especificamente, pelo processo penal?; (ii) como é possível desenhar o processo penal para que esse passe a considerar e a melhor lidar com a passagem do tempo e com as informações pós-evento?

Para isso, o trabalho argumenta sobre duas possíveis causas que contribuem para que os problemas da prova testemunhal sigam, muitas vezes, fora do radar no direito, em geral, e no processo penal, especificamente: a falsa contraposição entre a mentira e a verdade e o presuntivismo em relação à prova testemunhal. Depois de analisar tais fatores, o texto analisa dois problemas comprovados pela ciência do testemunho, com bastantes consequências práticas no direito, especificamente no processo penal, a saber, a passagem do tempo e as informações pós-evento. Por fim, apresenta três sugestões para mitigar ou para lidar com tais problemas, a antecipação sempre que possível da prova, o desenvolvimento de protocolos e a gravação das entrevistas, sempre levando em consideração a necessidade de contraditório.

## **1. DOIS FATORES QUE CONTRIBUEM PARA SEGUIRMOS COM DIFICULDADES DE VER OS PROBLEMAS DA PROVA TESTEMUNHAL**

Os estudos da psicologia do testemunho estão disponíveis pelo menos há 50 anos. Por quais razões, então, o Direito, e o processo penal especificamente, segue, por vezes, adotando práticas comprovadamente contrárias ao que nos ensina a ciência sobre a percepção e a memória?

As respostas que pretendo dar não são exaustivas, isto é, não pretendo apontar aqui todos os inúmeros fatores que podem contribuir para este efeito, mas apenas dois: a falsa contraposição entre mentira e verdade e o presuntivismo; ambos contribuindo para que, mesmo havendo

inúmeros dados disponíveis, sigamos em larga medida caminhando contra a ciência no que diz respeito à prova testemunhal.

### 1.1. A FALSA CONTRAPOSIÇÃO ENTRE MENTIRA E VERDADE E A CONSEQUENTE DESCONSIDERAÇÃO DOS ERROS HONESTOS

Um importante fator que, na minha opinião, faz com que subestimemos os problemas da prova testemunhal é a falsa dicotomia entre mentira e verdade.

O art. 203 do CPP brasileiro exige que, antes de declarar, a testemunha faça “sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade”. Conforme o art. 211, caso o juiz reconheça, no momento da sentença, que alguma testemunha “fez afirmação falsa” remeterá os autos para instauração de inquérito. O tipo previsto no art. 342 do CP vai no mesmo sentido: falso testemunho é “*fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha*”.

Assim, pela *literalidade* de ambos os códigos, se João (uma testemunha sem qualquer interesse na causa e que sequer conhecesse anteriormente os envolvidos) afirmasse ter visto Pedro ingressando no prédio X no dia do homicídio e tal afirmação se revelasse falsa no momento da sentença (por exemplo, pela existência de um vídeo que demonstrasse que, em verdade, ninguém ingressou no prédio naquele dia), João poderia, em tese, ser responsabilizado pela prática desse crime. Seria possível afirmar que João *mentiu* em seu testemunho pelo mero fato de que a afirmação feita se revelou *falsa*? E outro exemplo simples: Maria pede a Telmo um livro emprestado. Telmo diz que tem o livro em casa, mas, quando chega em casa, verifica que o livro não está lá. Seria isso uma mentira?

Ainda que a jurisprudência há tempos (e corretamente) exija a existência de *dolo* para a configuração de tal crime<sup>9</sup>, é comum que se afirme que “mentir em geral envolve dizer algo que é falso”<sup>10</sup>; e a literalidade dos códigos, que segue a mesma tendência em diversos outros

<sup>9</sup> REsp n. 76.634/MG, relator Ministro Anselmo Santiago, Sexta Turma, julgado em 1/12/1997, DJ de 25/2/1998, p. 126.

<sup>10</sup> O'BRIEN, Dan. Testimony and lies. *The Philosophical Quarterly*, v. 57, n. 227, p. 225--238, abr. 2007. No mesmo sentido, defendendo que a testemunha não

na América Latina<sup>11</sup>, contrapõe claramente a *mentira* à *verdade*. Ou seja, pressupõe que *ou* a testemunha estaria falando a verdade, *ou* estaria mentindo<sup>12</sup>. Apesar de tal distinção ser bastante comum, na minha opinião está equivocada.

A *falsidade* é a contraposição à *veracidade*: diz respeito à correspondência ao “mundo lá fora”. João deu uma afirmação falsa, pois, na verdade, ninguém entrou no prédio, assim como Telmo deu uma informação falsa, pois, na verdade, ele não possui o livro em sua casa.

A *mentira*, que se contrapõe à *sinceridade*, por sua vez diz respeito à correspondência ou não à memória, à crença do sujeito que narra. É *expressar* algo em que não se acredita<sup>13</sup>. Isso é mentir<sup>14</sup>. Assim, em ambos os casos, apesar de serem *falsos* os relatos de João e de Telmo, aparentemente ambos são *sinceros*: João e Telmo realmente *acreditavam* naquilo que afirmaram. O fato de que *acreditassem*, todavia, não faz com que os relatos passassem a ser verdadeiros; faz, por outro lado, com que os relatos não fossem *mentirosos*.

Tal dicotomia pode parecer, em um primeiro momento, irrelevante. Todavia, sua importância teórica e prática é imensa: considerando-a, percebe-se que o testemunho pode ser falso não só de uma maneira, mas

---

pode “negar a verdade ou declarar fato inverídico”, LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8ª. Ed. Salvador: JusPodivm, 2020, 769.

<sup>11</sup> Os códigos penais chileno e mexicano trazem tal tipo como “faltar com a verdade”; o argentino, de seu turno, fala em “afirmar uma falsidade ou negar ou calar a verdade”, e o peruano em “falsa declaração sobre os fatos da causa”.

<sup>12</sup> Como demonstrado em PAULA RAMOS, Vitor de. *Prova Testemunhal*. 3ª. edição. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 226, a busca jurisprudencial por “crime de falso testemunho” no STJ, em 18/01/2022, dava 127 retornos, números infinitamente inferiores aos de buscas por “crime de homicídio” e “crime de roubo”, por exemplo, que retornam, respectivamente, 1.812 e 4.882 resultados.

<sup>13</sup> FAULKNER, Paul. The social character of testimonial knowledge. *The Journal of Philosophy*, Hanover, v. 97, n. 11, p. 581-601, nov. 2000, p. 589.

<sup>14</sup> Sustentando a necessidade de que a mentira tenha intenção de enganar vide FAULKNER, Paul. What is wrong with lying? *Philosophy and Phenomenological Research*, v. 75, n. 3, p. 535-5, nov., 2007, p. 535-536). Tal condição, como sustentado em PAULA RAMOS, Vitor de. *Prova Testemunhal*, cit., p. 122, n. 291, não é necessária, já que alguém pode vir a mentir por muitas outras razões, como, por exemplo, por medo, vergonha etc., casos em que não há intenção de enganar.

de duas: mediante mentiras, ou mediante *erros honestos*<sup>15</sup>, aqueles que a *testemunha não sabe que está cometendo*<sup>16</sup>.

A falsa contraposição entre *verdade* e *mentira*, portanto, acaba tendo o condão de *ocultar* a categoria dos erros honestos. Afinal, se a informação que a testemunha fornece não se revela (ou não se prova) *mentirosa*, se costuma imaginar que “então” essa seja verdadeira, algo que é um falso silogismo<sup>17</sup>.

## 1.2. O PRESUNTIVISMO EM RELAÇÃO AO TESTEMUNHO

Outra ideia há muito presente no imaginário a respeito da prova testemunhal, e que também tem relação com o ponto explorado no item 1.1., supra, é a ideia de que *se não se possui qualquer informação sobre a falsidade daquilo que diz a testemunha, então seu testemunho é verdadeiro*<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> LIPTON, Peter. The epistemology of testimony. *Stud. Hist. Phil. Sci.*, Nova Iorque, v. 29, n. 1, p. 1-31, 1998, p. 9. Sobre o tema, vide, ainda, DUMMET, Michael. Testimony and memory. In: BIMAL, Krishna Matilal; CHAKRA-BARTI, Arindam (Ed.). *Knowing from words*. Dordrecht: Springer, p. 125-162, 1994, p. 252.

<sup>16</sup> A literatura da psicologia costuma falar sobre o fenômeno das falsas memórias, sendo o uso de tal expressão também difundido em escritos da área jurídica (citem-se, por exemplo, GESU, Cristina di. *Prova Penal e Falsas Memórias* [2010]. 3ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019 e IRIGONHÊ, Márcia de Moura. *Reconhecimento pessoal e falsas memórias: repensando a prova penal*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2015). Penso, todavia, que a falsa memória seja um fenômeno *interno*; isto é, ocorre dentro da mente de uma pessoa. O que é relevante, ao fim e ao cabo, para uma investigação ou para um processo é o *erro* propriamente dito, isto é, a sua *manifestação* (externa), daí minha preferência pela expressão *erros honestos*. Sobre o fenômeno das falsas memórias vide, inclusive para ulteriores citações, MANZANERO, Antonio. *Memoria de testigos. Obtención y valoración de la prueba testifical*. Madrid: Piramide, 2010, p. 65; MAZZONI, Giuliana. *Psicología del testimonio*. Trad. Amparo Moreno. Madrid: Trotta, 2019, p. 65.

<sup>17</sup> FALLIS, Don. What is lying? *The Journal of Philosophy*, Hanover, v. 106, n. 1, p. 29–56, jan. 2009, p. 33.

<sup>18</sup> Nesse sentido, por exemplo, afirmou-se que “o homem, em regra, percebe e narra a verdade” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. Prova Testemunhal. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1972. v. III., p. 62) ou que “até prova em contrário, presume-se que a testemunha relata a

Trata-se daquilo que na epistemologia do testemunho<sup>19</sup> se convencionou chamar de *presuntivismo* (ou não reducionismo), segundo o qual, em linhas gerais, não havendo provas contrárias ao que diz uma testemunha, seu relato deve ser presumido verdadeiro.

Não é o caso aqui de repisar todas as inúmeras discussões filosóficas em relação ao presuntivismo. Basta referir algumas críticas a esse. Em primeiro lugar, que a adoção da postura presuntivista, dependendo do contexto, acarreta *gullibility*<sup>20</sup> (algo como credulidade, ingenuidade,

---

verdade” (AQUINO, José Carlos G. Xavier de. *A prova testemunhal no processo penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 64).

<sup>19</sup> Não ingressarei aqui nos debates sobre a importância da epistemologia para o processo penal. Diante da já mencionada premissa deste trabalho de que é um dos objetivos centrais de qualquer apuração dos fatos saber o que ocorreu “lá fora”, o processo penal, na minha opinião, invariavelmente possui uma dimensão epistêmica. Em outras palavras, o processo em geral (e, especificamente, o processo penal) deve ser estruturado como um “instrumento epistemologicamente válido e racional, ou seja, (...) um instrumento ou um método eficaz para a descoberta e a determinação da verdade dos fatos sobre os quais se funda a decisão” (TARUFFO, Michele. *La Semplice Verità*. Bari: Laterza, 2009, p. 135). Daí que se diga que o processo penal seja também “um mecanismo epistêmico” (LAUDAN, Larry. *Truth, Error and Criminal Law*. New York: Cambridge University Press, 2006. Assim, quando utilizo a palavra *epistemologia* aplicada a um contexto processual refiro-me ao estudo da capacidade maior ou menor de um processo (macro e micro) para a busca da verdade, partindo da ideia de que o procedimento e o raciocínio probatório devem ser *truth-conducive* (HO, Hock Lai. *A Philosophy of Evidence Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 105). A epistemologia do testemunho (ou as epistemologias do testemunho), grosso modo, estuda(m) a “significância epistêmica do testemunho” (LACKEY, Jennifer. Introduction In: LACKEY, Jennifer; SOSA, Ernst (Ed.). *The Epistemology of Testimony*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 1). Trata-se, todavia, de ramo com divergências não só de resultados, mas também das próprias premissas, definições e nomenclaturas sobre os temas básicos da área entre os diferentes autores e autoras. Para um panorama geral, com a participação de alguns dos maiores especialistas da área, vide LACKEY, Jennifer; SOSA, Ernst (Ed.). *The Epistemology of Testimony*. Oxford: Oxford University Press, 2006. Para o primeiro tratamento monográfico sobre o testemunho na epistemologia vide COADY, Cecil. *Testimony. A philosophical study*. Oxford: Oxford University Press, 1992. Para uma obra recente e de grande influência nos rumos da área vide LACKEY, Jennifer. *Learning from words. Testimony as a source of knowledge*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

<sup>20</sup> FRICKER, Elizabeth. Against gullibility. In: BIMAL, Krishna Matilal; CHAKRABARTI, Arindam (Ed.). *Knowing from Words*, Dordrecht, p. 125-162,



em tradução livre), isto é, uma pressuposição de confirmação epistêmica sem a devida corroboração, o que abre as portas a uma facilidade de ser enganado. Obviamente, mesmo em contextos sociais não científicos, tal postura será, em muitos contextos, considerada de extremo risco, ingênua: ninguém aceitaria injetar uma substância em um filho com base no testemunho de um estranho na rua que dissesse que a substância faz bem.

Em segundo lugar, o presuntivismo somente parece aceitável em contextos em que a verdade importa muito pouco (ou em que o custo do erro é muito baixo). Por exemplo: se se solicitam informações a um estranho para chegar a um restaurante<sup>21</sup>, ou se um leigo (não profissional em cartografia) consulta um mapa<sup>22</sup> para saber como ir até o estádio de futebol. Trata-se de contextos em que eventuais erros trarão consequências pouco sérias ou custosas, de modo que se aceita simplesmente presumir a veracidade. Se essas mesmas pessoas precisassem, por exemplo, chegar a um hospital, ou se o mapa em questão servisse para planejar uma expedição, os cuidados seriam muito maiores. Dificilmente, nesses últimos casos, simplesmente se presumiria que o que é dito é verdadeiro.

Se não aceitamos correr esse tipo de riscos de presunção de veracidade em contextos importantes de nossas vidas, como aceitar que no processo penal seja possível simplesmente presumir que o que diz uma testemunha é verdadeiro?

A ideia de presuntivismo presente em relação aos diversos tipos de testemunho (como a palavra do policial<sup>23</sup>, a palavra da possível víti-

---

1994, p. 22; FRICKER, Elizabeth. Testimony: knowing through being told. In: NIINILOUTO, I.; SINTONEN, M.; WOLENSKI, J. (Ed.). *Handbook of Epistemology*. Kluwer, p. 109-130, 2004, pp. 116-117.

<sup>21</sup> GRAHAM, Peter. The reliability of testimony. *Philosophy and Phenomenological Research*, v. 61, n. 3, p. 695-709, nov. 2000, p. 695, falando sobre chegar à catedral.

<sup>22</sup> WEBB, Mark Owen. Why I know about as much as you: a reply to Hardwig. *The Journal of Philosophy*, v. 90, n. 5, p. 260-270, mai. 1993, p. 263. Parto aqui da ideia sobre o documento em questão pode ser dotado de conteúdo testemunhal. Sobre o tema, vide PAULA RAMOS, Vitor de. *Prova Documental. Do Documento Aos Documentos - Do Suporte À Informação*. 2ª. ed. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 236.

<sup>23</sup> Sobre o tema vide, por exemplo, recente julgado: “[n]ão se pode imaginar que sendo o policial uma pessoa séria e idônea e sem qualquer animosidade específica contra o agente vá a juízo mentir, acusando um inocente (...). Por

ma<sup>24</sup>, a palavra da testemunha que não tem “desvios de personalidade” e nem interesse na causa<sup>25</sup>), portanto, acaba muitas vezes por dispensar indevidamente ulteriores investigações e apurações sobre os fatos, deixando na sombra do radar dos diferentes atores do sistema de justiça os diversos problemas que assolam o testemunho.

Assim, ignorando a existência dos erros honestos, como visto no item 1.1., e imaginando que se deva presumir verdadeiro o que diz uma testemunha se inexistirem provas em contrário, acabam-se ignorando problemas evidentes relacionados à prova testemunhal, como é o caso dos dois que serão apresentados no item que segue.

---

oportuno, é de se anotar que as palavras dos policiais assumem especial relevo no contexto probatório, sobretudo por não haver animosidade entre eles e os réus, bem como por se tratarem [sic] de servidores públicos dotados de fé-pública, ainda que relativa, o qual não se espera, tampouco se presume que venham a juízo acusar pessoas inocentes de crime. Nesse ínterim, colaciono jurisprudência em caso análogo”. (TJRS, Apelação Criminal, Nº 50010524020218210004, Primeira Câmara Criminal, Relator: Sylvio Baptista Neto, Julgado em: 25-11-2021). Sobre o tema, criticando a possibilidade de condenação com base exclusiva na palavra de policiais, vide BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. [2007]. 8ª. Ed. São Paulo: RT, 2020, p. 566.

<sup>24</sup> Sobre o tema vide, por exemplo, recente julgado: “[...] a prova testemunhal é uníssona, coerente e suficiente para demonstrar que eles foram autores dos fatos descritos como 2º, 3º e 4º na denúncia. No ponto, registro que não há uma única prova nos autos que coloque em xeque a palavra das vítimas e das demais testemunhas, a evidenciar que elas tinham algum interesse em imputar falso delito aos réus, nem mesmo qualquer alegação por parte destes contra elas, daí o emprego apropriado da prova testemunhal para embasar o juízo condenatório” (TJRS, Apelação Crime 70017031899, Sétima Câmara Criminal, relator: Sylvio Baptista Neto, julgado em 29.11.2006).

<sup>25</sup> “É assente na jurisprudência que, em se tratando de crimes sexuais, a palavra da vítima se reveste de vital importância, sendo, muitas vezes, a única prova a determinar a condenação do réu. Isso porque considerava-se que, pela sua natureza, tais delitos normalmente são cometidos de forma clandestina, longe dos olhos de qualquer testemunha” (Tribunal de Justiça do RS, Apelação Crime 70043080704, Sétima Câmara Criminal, relator: Naele Ochoa Piazzeta, julgado em 11.08.2011). No STJ, faz-se a ressalva sobre a necessidade de cotejo com outros elementos dos autos: “As instâncias ordinárias consideraram, de forma motivada, a desnecessidade das diligências requeridas, haja vista a existência de outros elementos suficientes de prova, além da palavra da vítima, para embasar eventual condenação”. (STJ, 6ª. Turma, HC 583.369/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, julgado em 21/09/2021, DJe 29/09/2021).

## 2. DOIS FATORES CENTRAIS DA PERDA DE QUALIDADE EPISTÊMICA DA PROVA TESTEMUNHAL

No espaço do presente artigo não é possível explicar em detalhe a complexa metodologia dos estudos empíricos<sup>26</sup>, que fornecem dados para que se conheça melhor, por exemplo, o funcionamento da memória e os fatores que sob ela podem influir<sup>27</sup>. Basta para o escopo do presente estudo referir que tais dados não apresentam questões de opinião de A ou de B, mas sim dados amparados por estudos publicados em revistas de alto impacto, que, em sua maioria, possuem alto grau de corroboração das suas conclusões.

As informações hoje disponíveis sobre memória, seu funcionamento e os diversos *erros honestos* que uma testemunha pode cometer são amplas; no presente artigo abordarei dois que possuem relevância central para o direito e mais especificamente para o processo penal: a passagem do tempo e as possíveis contaminações.

### 2.1. A PASSAGEM DO TEMPO

Apesar de ser um fator instintivo para qualquer pessoa que a passagem do tempo é um fator corrosivo da memória, em geral não se tem a dimensão de quão agudo e rápido é tal fenômeno<sup>28</sup>. Desde um clássico

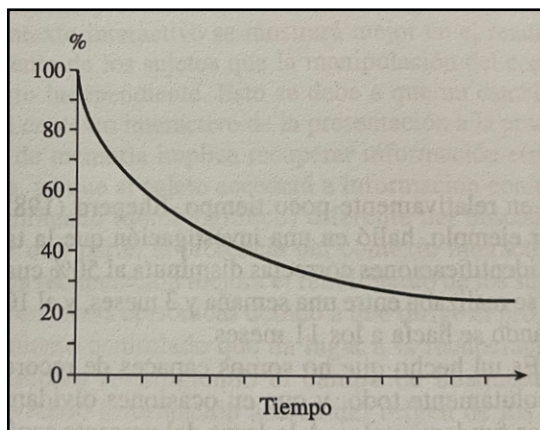
---

<sup>26</sup> Sobre o tema vide LOFTUS, Elizabeth; DOYLE, James M.; DYSART, Jennifer E.; *Eyewitness testimony. civil and criminal*. 5. ed. San Francisco: Lexis Nexis, 2013, p. 5; PAULA RAMOS, Vitor de. *Prova Testemunhal*. Do Subjetivismo ao Objetivismo, do Isolamento Científico ao Diálogo com a Psicologia e a Epistemologia. 3ª. ed. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 149.

<sup>27</sup> Para aprofundamento sobre o tema vide PAULA RAMOS, Vitor de. *Prova Testemunhal*, cit. p. 149.

<sup>28</sup> A literatura sobre o tema é vasta. A respeito do tempo como um fator de esquecimento vide LOFTUS, Elizabeth; WOLCHOVER, David; PAGE, Douglas. General Review of the Psychology of Testimony. In: HEATON-ARMS-TRONG, Anthony; SHEPHERD, Eric; GUDJONSON, Gisli; WOLCHOVER, David. *Witness Testimony*. New York: Oxford University Press, 2006, p.52. MANZANERO, Antonio. *Psicología del Testimonio. Una Aplicación de los estudios sobre la memoria*. Madrid: Pirámide, 2008, p. 83; MANZANERO, Antonio. *Memoria de testigos. Obtención y valoración de la prueba testifical*. Madrid: Pirámide, 2010, p. 45; LOFTUS, Elizabeth; DOYLE, James; DYSART, Jennifer.

trabalho de 1885<sup>29</sup>, uma clássica curva desenvolvida por Ebbinghaus segue sendo utilizada para dar uma ideia geral a respeito do funcionamento da memória no tempo<sup>30</sup>:



Os estudos empíricos atuais respeito do tema são inúmeros. Um desses, por exemplo, sobre a memória de diálogos, sugere que somente quatro dias são suficientes para que haja uma piora de 3,5 vezes na média acertos: quando os sujeitos são questionados a respeito de palavras exatas utilizadas nos diálogos imediatamente após, tal média é de 35%, ao passo que, após somente quatro dias, essa média cai para 10%. Em relação à lembrança geral do sentido da conversa, a média de acertos

---

*Eyewitness testimony. Civil and Criminal*. 5ª. ed. New Providence: Lexis Nexis, 2013, p. 54; MANZANERO, Antonio; GONZÁLEZ, José Luis. *Obtención y valoración del testimonio. Protocolo holístico de evaluación de la prueba testifical (HELPT)*. Madrid: Pirámide, 2018, p.78. No campo jurídico, vide PAULA RAMOS, Vitor de. *Prova Testemunhal*, cit., p. 187.

<sup>29</sup> EBBINGHAUS, Hermann. *Memory: a contribution to experimental Psychology*. Cit. pela reimpressão: New York: Teachers College Columbia University, 1913, p. 62.

<sup>30</sup> A curva foi desenvolvida por Ebbinghaus, como mencionado. A versão aqui utilizada foi retirada de MANZANERO, Antonio. *Psicología del Testimonio*, cit., p. 84.

reduziu 16,44%, comparando-se as perguntas após o evento com aquelas feitas após 4 dias<sup>31</sup>.

Há estudos, inclusive, com testes em períodos mais curtos de tempo. Em um estudo relativo à memória de linhas, por exemplo, somente mudando o tempo transcorrido de 0,44 para 3,3 segundos, o percentual de erros subiu 7,5 pontos percentuais, de 13,8 para 21,3%<sup>32</sup>.

Tal efeito, naturalmente, pode ser mais agudo ou menos agudo, dependendo de uma série de fatores<sup>33</sup>, mas o que a ciência aponta de maneira bastante clara e segura é que a melhor aposta em relação à recuperação de memória é que essa seja recuperada o quanto antes.

## 2.2. AS INFORMAÇÕES PÓS-EVENTO E A FORMA DAS PERGUNTAS

É comum imaginar-se que a memória funcione como um arquivo de vídeo salvo em um computador: bastaria abrir o arquivo e ter-se-ia imediato acesso a esse várias e várias vezes<sup>34</sup>. No corpo humano, entretanto, não há uma zona cerebral completamente dedicada à memória: trata-se de uma série de “caixotes intercomunicados nos quais se guardam fragmentos abstratos derivados da experiência”<sup>35</sup>. Isso quer dizer que todo processo de recuperação de uma memória é uma reconstrução<sup>36</sup>.

Além da passagem do tempo, está bastante claro pelos inúmeros estudos a respeito que informações recebidas após o evento a ser lembrado

---

<sup>31</sup> CAMPOS, Laura; ALONSO-QUECUTY, María. Remembering a criminal conversation: beyond eyewitness testimony. *Memory*, 14:1, 27-36, 2006, p. 31.

<sup>32</sup> KING, Donald L.; JONES, Farrasha L.; PEARLMAN, Ronald C.; TISHMAN, Abraham; FELIX, Cassandra. The length of the retention interval, forgetting, and subjective similarity. *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory, and Cognition*, v. 28, n. 4, p. 660-671, 2002, p. 663.

<sup>33</sup> LOFTUS, Elizabeth; DOYLE, James; DYSART, Jennifer. *Eyewitness testimony*, cit. p. 52.

<sup>34</sup> Rechaçando que a memória funcione como uma gravação de vídeo, veja-se MAZZONI, Giuliana. *Psicología del Testimonio*. Trad. Amparo Moreno. Roma: Trotta, 2019, p. 71.

<sup>35</sup> MAZZONI, Giuliana. *Psicología del Testimonio*, cit. p. 72.

<sup>36</sup> Idem, p. 73.

possuem o condão de alterar memórias<sup>37</sup>. Duas notas específicas são importantes. Em primeiro lugar, que as (des)informações obtidas são convertidas em memórias sem que a testemunha se dê conta. Isto é, não se trata de algo que a testemunha possa reportar ou ter ciência. Em segundo lugar, note-se bem, os erros daí derivados não serão *mentiras*, mas sim *erros honestos*: a testemunha crerá, jurará, terá certeza absoluta, em muitos casos, de possuir uma memória a respeito de um fato, mas tal “fato”, em realidade, não corresponderá àquilo que realmente aconteceu.

Tal efeito inicia-se logo após o fato, quando, por exemplo, as testemunhas conversam entre si: o resultado é uma tendência de que essas desenvolvam versões mais “compartilhadas do evento”<sup>38</sup>, isto é, umas influenciadas pelas outras, e não necessariamente de maneira positiva<sup>39</sup>.

Os estudos apontam, ainda, para a possibilidade de sugestionamento, por exemplo, da presença de objetos típicos e atípicos<sup>40</sup>; no caso de objetos típicos<sup>41</sup>, por exemplo, um estudo registrou uma diferença de 8

<sup>37</sup> LOFTUS, Elizabeth; WOLCHOVER, David; PAGE, Douglas. General Review of the Psychology of Testimony. In: HEATON-ARMSTRONG, Anthony; SHEPHERD, Eric; GUDJONSON, Gisli; WOLCHOVER, David. *Witness Testimony*. New York: Oxford University Press, 2006, p. 12. MANZANERO, Antonio. *Memoria de testigos. Obtención y valoración de la prueba testifical*. Madrid: Pirámide, 2010, p. 70; LOFTUS, Elizabeth; DOYLE, James; DYSART, Jennifer. *Eyewitness testimony. Civil and Criminal*. 5ª. ed. New Providence: Lexis Nexis, 2013, p. 55. No campo jurídico, vide PAULA RAMOS, Vitor de. *Prova Testemunhal*, cit., p. 190.

<sup>38</sup> SARWAR, Farhan; ALLWOOD, Carl Martin; INNES-KER, Åse. Effects of different types of forensic information on eyewitness' memory and confidence accuracy. *The European Journal of Psychology Applied to Legal Context*. 6, p. 17-27, 2014, p. 18.

<sup>39</sup> No mesmo sentido, referindo a possibilidade de contaminação a partir da própria cena do evento, vide EAKIN, Deborah K.; SCHREIBER, Thomas A.; SERGENT-MARSHALL, Susan. Misinformation effects in eyewitness memory: the presence and absence of memory impairment as a function of warning and misinformation accessibility. *Journal of Experimental Psychology*, v. 29, n. 5, p. 813-825, 2003.

<sup>40</sup> São objetos típicos de um banco, por exemplo, a presença de máquinas de saque, de guichês de pagamentos, de canetas, envelopes, grampeadores etc., mas atípicos a presença de bolas de futebol, de guitarras ou de pneus de carros.

<sup>41</sup> HEKKANEN, Steve T.; MCEVOY, Cathy. Source monitoring in eyewitness memory: implicit associations, suggestions, and episodic traces. *Memory & Cognition*. 33 (5), p. 759-769, 2005, p. 769.

pontos percentuais entre as respostas erradas de pessoas que receberam informações sugestionadas em relação àquelas que não receberam (28% para 20%); no caso dos atípicos, a diferença foi ainda maior: 9 pontos percentuais de diferença (de 13% para os que receberam informação e 4% para os que não receberam). Para que tais efeitos apareçam, naturalmente, não é necessário que a pessoa que pergunta tenha alguma intenção de promover distorções.

Imaginando-se um caso real, do momento em que a testemunha vê os fatos, essa passa a ter contato com outras testemunhas, com transeuntes, com jornalistas; posteriormente, tem contato com parentes, com amigos, com conhecidos, com colegas de trabalho, todos sobremaneira curiosos para saber o que aconteceu e sem qualquer conhecimento, em geral, sobre os potenciais fatores de distorção de memórias.

A delicadeza do tema, com efeito, mostra-se, inclusive, no fato de que as informações potencialmente passíveis de distorcer a memória podem ser fornecidas na própria forma de fazer perguntas. Quando quem entrevista pergunta se a testemunha “se recorda do homem com a barba ruiva que estava na frente da casa”, com efeito, estará fornecendo a informação de (i) que se tratava de um homem; (ii) com barba; (iii) que a cor da barba era ruiva; (iv) que havia uma casa; (v) que o homem estava posicionado na frente da casa<sup>42</sup>.

Os estudos demonstram, nesse sentido, que diversas outras características da entrevista podem gerar influências, como a utilização de questões confusas<sup>43</sup> e até mesmos gestos feitos por um entrevistador: em um estudo<sup>44</sup>, 30% das pessoas que receberam o sinal de um relógio no momento da formulação da pergunta (por parte do entrevistador)

---

<sup>42</sup> Em geral, sobre como não devem ser feitas perguntas, vide MAZZONI, Giuliana. *¿Se Puede Creer a un Testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*. Trad. José Manuel Revuelta López. Madrid: Trotta, 2010, p. 81.

<sup>43</sup> KEBBELL, Mark R.; JOHNSON, Shane D. Lawyers' Questioning: the effect of confusing questions on witness confidence and accuracy. *Law and Human Behavior*, v. 24, n. 6, 2000, p. 604.

<sup>44</sup> GURNEY, Daniel J.; PINE, Karen J.; WISEMAN, Richard. The gestural misinformation effect: skewing eyewitness testimony through gesture. *American Journal of Psychology*. 126(3), p. 301-14, 2013, p. 309.

relataram que a vítima usava um relógio (número 11 pontos percentuais maior do que para o grupo de pessoas que não recebeu qualquer gesto)<sup>45</sup>.

Por fim, vale salientar outro ponto que é muitas vezes ignorado: o fato de que a própria recuperação de uma recordação tem potencial de distorções. Assim, quanto mais vezes uma pessoa é questionada a respeito dos mesmos fatos, maior potencial há de distorção<sup>46</sup>.

Diante de tal cenário, hoje resta claro que a melhor técnica de recuperação de memórias é iniciar por uma narrativa livre<sup>47</sup>, para somente depois fazer perguntas; e, para a preservação da memória, a melhor forma de fazer perguntas é mediante a utilização de formatos abertos<sup>48</sup> (“qual era a cor desse veículo que você descreveu?”), em detrimento de formatos fechados (“o carro era vermelho, não?”).

Seja como for, o que hoje é uma obviedade para a ciência é que se devem evitar “técnicas de entrevistas ‘viesadas’, com alta pressão ou sugestivas”<sup>49</sup>.

### 3. TRÊS PROPOSTAS DE MITIGAÇÃO DOS DOIS PROBLEMAS APONTADOS

Uma vez desenhados os dois fatores acima, constata-se que esses são fontes bastante contundentes de influências na memória das

<sup>45</sup> Em sentido análogo, vide outro estudo em que foram estudados gestos relacionados às características do sujeito. GURNEY, Daniel J.; PINE, Karen J.; WISEMAN, Richard. The gestural misinformation effect: skewing eyewitness testimony through gesture. *Am J Psychol.* 126(3), p. 301-14, 2013, p. 309.

<sup>46</sup> Nesse sentido, vide MANZANERO, Antonio. *Memoria de Testigos*, cit., p. 49.

<sup>47</sup> Nesse sentido, vide MAZZONI, Giuliana. ¿Se Puede Creer a Un Testigo?, cit., p. 165. DIGES, Margarita. *Testigos, Sospechosos y recuerdos falsos*. Estudios de psicología forense. Madrid: Trotta, 2016, p. 39. Sobre as vantagens e limitações da recuperação narrativa, MANZANERO, Antonio. *Memoria de los testigos*, cit., p. 48.

<sup>48</sup> LEINFELT, Fredrik H. Descriptive eyewitness testimony: the influence of emotionality, racial identification, question style, and selective perception. *Criminal Justice Review*, v. 29, n. 2, 2004, p. 332.

<sup>49</sup> KAASA, Suzanne O.; CAUFFMAN, Elizabeth; CLARKE-STEWART, K. Alison; LOFTUS, Elizabeth F. False accusations in an investigative context: differences between suggestible and non-suggestible witnesses. *Behavioral Sciences and the Law Behav. Sci. Law.* 31, p. 574-592, 2013, p. 590.



testemunhas e, portanto, na qualidade dos testemunhos. O objetivo do presente artigo, naturalmente, não é fornecer respostas que acabem com todos os problemas da prova testemunhal, mas sim sugerir formas para mitigar os efeitos da passagem do tempo e das potenciais formas de distorção de memórias.

### 3.1. A OBTENÇÃO MAIS CÉLERE DAS DECLARAÇÕES DAS TESTEMUNHAS (E DE POTENCIAIS VÍTIMAS)

Em relação à passagem do tempo, em 2010, o STJ editou a Súmula 455, segundo a qual a “decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo”. Nos últimos anos, a corte vem apresentando alguns ventos de mudança sobre o tema, tendo permitido, por exemplo, a produção antecipada relacionada a “policiais envolvidos na prisão em flagrante do agravante”<sup>50</sup>, ou a “Auditor Fiscal da Receita Federal, dada a vivência de situações semelhantes no dia a dia”<sup>51</sup>.

A razão comum foi o reconhecimento de dificuldade para tais profissionais, com alto volume de trabalho, recordarem, posteriormente, o que ocorrera especificamente naquele caso concreto. Todavia, em tais casos, ainda assim, o tempo transcorrido entre o fato e o momento em que houve o julgamento do recurso foi de 7 e de 11 anos, respectivamente<sup>52</sup> – tempo esse que, na prática e de acordo com os estudos empíricos, torna a qualidade de qualquer memória recuperada bastante baixa.

---

<sup>50</sup> STJ, Quinta Turma, AgRg no AREsp 1454029/GO, Relator: Ministro Jorge Mussi, Data do Julgamento 28/05/2019, Data da Publicação/Fonte DJe 06/06/2019. No mesmo sentido, mais recentemente, RHC n. 128.325/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 8/9/2020, DJe de 22/9/2020.

<sup>51</sup> STJ, 5ª. Turma. AgRg no RHC 128023/CE. Rel. Min. Ribeiro Dantas. J. em 18/08/2020, dj 25/08/2020.

<sup>52</sup> PAULA RAMOS, Vitor de. *Prova Testemunhal*, cit., p. 190. Comentando o tema e a jurisprudência recente do STJ na matéria, vide LAZARI, Rafael de. Antecipação das Provas Testemunhais e o Dilema das Falsas Memórias: uma Análise sob o Julgamento do Recurso em Habeas Corpus 61.488 e a Relativização da Súmula 455 do STJ. *Revista dos Tribunais*, vol. 1014/2020, p. 337-360, Abr / 2020, p. 7.

Se a memória, como demonstrado nos itens anteriores, inicia seus processos de deterioração em períodos tão curtos, o elemento tempo, seja na fase de investigação, seja na fase processual, não pode ser considerado um elemento neutro. Não obstante, nem o art. 6º. do CPP, nem os arts. 202 e seguintes mencionam, seja para a fase policial, seja para a fase processual, qualquer urgência para a oitiva das pessoas que podem ter presenciado os delitos. De fato, “ainda é bastante tímida a preocupação com a preservação da confiabilidade do testemunho pelo decurso do tempo”<sup>53</sup>.

Além de fornecer treinamento para toda e qualquer pessoa que potencialmente venha a ter contato com possíveis testemunhas sobre os efeitos danosos da passagem do tempo, seria necessário que qualquer contato com testemunhas ou potenciais vítimas e suas respectivas declarações obtidas na fase policial (art. 6º.) fossem feitas o quanto antes (e, como será abordado no item específico, sempre com gravação)<sup>54</sup>, garantida a

---

<sup>53</sup> ALTOÉ, Rafael; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Aspectos Cognitivos da Memória e a Antecipação da Prova Testemunhal no Processo Penal. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 15, n. 20, 2017, p.264.

<sup>54</sup> Vale salientar que normalmente se considera que a prova testemunhal, salvo em casos de risco de perecimento, morte etc., seria *repetível* – nesse sentido, por exemplo, LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. [2007]. 18ª. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021, p. 298. Todavia, como argumentam CECCONELLO, William Weber; ÁVILA, Gustavo Noronha de; STEIN, Lilian Milnitsky. A (ir) repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, 2018, p. 1065, “o conceito jurídico de prova irrepitível difere do conhecimento científico atual sobre como a memória humana funciona”. Afinal, pelos conhecimentos demonstrados nos itens anteriores, a obtenção de uma declaração jamais será repetível. Dessa forma, caso não seja possível durante a investigação, o contraditório seria diferido, caso em que, havendo gravação (que será defendida nos itens que seguem), seria possível posteriormente demonstrar, por exemplo, inadequações das técnicas utilizadas, viés na condução da entrevista, ausência de exploração de determinadas hipóteses etc. Em diversos casos, a entrevista inicial da testemunha, a melhor do ponto de vista da memória, poderia, de resto, ser utilizada em benefício da própria defesa. Por exemplo, caso a testemunha referisse inicialmente um detalhe, como a presença de outra pessoa na cena do crime (hipótese que, imagine-se, não tivesse sido explorada e nem afastada pela investigação). Caso esse depoimento fosse tomado muito tempo depois e sem gravação, talvez o detalhe se perdesse, ou a defesa jamais viesse a saber sobre tal informação. Se o sistema processual entender oportuno, mesmo diante dos riscos de contaminação

ampla defesa do investigado<sup>55</sup>. Isso possibilitaria que informações potencialmente valiosas e perecíveis fossem colhidas antes de a testemunha ter contatos com amigos, com familiares, com notícias de jornais e televisão etc., ou mesmo de demais sujeitos do sistema (autoridades, peritos etc.).

Da mesma forma, em relação à fase judicial, o legislador previu a possibilidade de antecipação da prova testemunhal, nos arts. 225 e 366, somente para casos de possível perecimento ou impossibilidade futura<sup>56</sup>. Tais provas deveriam, todavia, ser, sempre que possível, colhidas o quanto antes<sup>57</sup>, pelo menos assim que instalado o contraditório.

Afinal, como mencionado, depois de 7 ou 11 anos transcorridos desde o fato, a qualidade da prova é potencialmente muito baixa. Seguindo-se os estudos científicos sobre o tema, em outras palavras, e com

---

pela repetição das recordações, quando possível (se a testemunha não tivesse morrido, por exemplo), seria possível a reinquirição em juízo. Na minha opinião, portanto, têm razão PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e Sua Jurisprudência*. 13ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 906, ao defenderem a impossibilidade de “invalidade prévia” de qualquer depoimento prestado na fase de investigação, seja pelo acusado, seja pela testemunha. Em sentido análogo, defendendo a antecipação da prova e que essa possa ocorrer inclusive em benefício do réu, ALTOË, Rafael; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Aspectos Cognitivos da Memória e a Antecipação da Prova Testemunhal no Processo Penal. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 15, n. 20, 2017, p. 265.

<sup>55</sup> Nesse sentido, um excelente exemplo de cuidado com a “cadeia de custódia” da memória é o procedimento previsto na lei 13.431, de 2017, no caso de crianças ou adolescentes potenciais vítimas ou testemunhas de violência; o texto normativo prevê a colheita do depoimento com os cuidados e protocolos recomendados pela psicologia do testemunho, sem descumar, conforme art. 11, da ampla defesa do investigado.

<sup>56</sup> Sobre os debates em relação à possibilidade ou não de antecipação de provas para além das hipóteses do art. 225, vide GOMES FILHO, Antonio; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo: RT, Página RL-1.49 (ProView). Defendendo não ser necessária a antecipação sempre e em qualquer caso, VÁZQUEZ, Carmen; FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *La Valoración Individual de la Prueba*. In: FERRER BELTRÁN, Jordi. *Manual de Razonomiento Probatorio*. Cidade do México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022, p. 279.

<sup>57</sup> Uma vez retomada a vigência do art. 3º.-B do CPP, poderia ocorrer diante do juiz de garantias, com todos os cuidados lá previstos, inclusive quanto ao contraditório e à ampla defesa, nos termos da parte final do inciso VII.

todos os cuidados inerentes à ampla defesa e ao contraditório, a colheita imediata da prova deverá “sair do campo da excepcionalidade”<sup>58</sup>.

### 3.2. A FORMA DE FAZER PERGUNTAS E OS CUIDADOS PARA NÃO CONTAMINAÇÃO

A doutrina faz a comparação entre a memória humana e a cena de um crime<sup>59</sup>. Assim sendo, é natural que não se espere que seja permitido às partes o ingresso sem qualquer cuidado na cena do crime, o que, naturalmente, a contaminaria. Ademais, qualquer material biológico, por exemplo, apreendido na cena do crime deveria ser preservado, com atenção à cadeia de custódia. A “cadeia de custódia da memória”, entretanto, é, em geral, pouco explorada, ou até mesmo ignorada.

Ainda que a doutrina majoritária entenda que o depoimento prestado na fase policial “[q]uando muito, poderá servir de confronto, com outro prestado em contraditório de partes perante o juiz”<sup>60</sup>, sendo um fato que toda e qualquer interação com a testemunha pode gerar contaminações, o CPP não apresenta aparentemente cuidados ou preocupações concretos nesse sentido<sup>61</sup>. Nem para que haja algum tipo de cuidado para se evitar a contaminação, nem para que se tenha alguma forma adequada de fazer perguntas.

Quando uma testemunha é inquirida, posteriormente, em juízo, é de se esperar, portanto, que essa tenha sido submetida a diversas

<sup>58</sup> ALTOÉ, Rafael; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Aspectos Cognitivos da Memória e a Antecipação da Prova Testemunhal no Processo Penal. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 15, n. 20, 2017, p. 268.

<sup>59</sup> Tal analogia é de Antonio Manzanero, como referi em PAULA RAMOS, Vitor de. *Prova Testemunhal*, cit., p. 217.

<sup>60</sup> BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*, cit., p. 468.

<sup>61</sup> Na doutrina, são mais habituais as descrições dos procedimentos e as classificações, sem, todavia, referências específicas a perguntas e técnicas potencialmente destrutivas. Nesse sentido, LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8ª. Ed. Salvador: JusPodivm, 2020, 175; BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*, cit., p. 468; LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. [2007]. 18ª. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021, p. 712; DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*. 8ª. ed. São Paulo: RT, 2022, p. RB-11.88 (Proview); NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Processual Penal*. 17ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 630.

influências, não só pelo contato com amigos, familiares etc., mas também pelos próprios procedimentos investigatórios, quando não dotados de cuidados.

A legislação deveria, assim, passar a adotar cuidados, estimulando a preservação da memória logo após os fatos e proibindo formas de fazer perguntas que comprovadamente deterioram a memória. Na fase policial (diligências investigativas, perícias etc.), em primeiro lugar, deveriam ser criados protocolos claros, que estimulassem que a testemunha fosse instruída a não falar com qualquer pessoa até a obtenção de sua declaração; posteriormente, que se obtivesse primeiro uma narrativa livre e, posteriormente, fosse permitida a realização de perguntas, somente abertas e com informações previamente dadas pela testemunha.

Sem o respeito a tais cuidados, a prova produzida posteriormente na fase judicial estará invariavelmente, e de saída, contaminada.

Na fase judicial, a previsão do art. 212 do CPP no sentido de se impedirem perguntas que possam “induzir a resposta” parece insuficiente, devendo-se desenvolver maiores cuidados ou preocupações concretos não só para permitir uma inicial narrativa livre, mas para evitar a contaminação da memória com perguntas inadequadas; nesse sentido, também aí deveria o legislador preocupar-se em regular as formas de fazer perguntas e, ainda, que perguntas eventualmente indeferidas não pudessem ser ouvidas pela testemunha (o que seria possível, por exemplo, mediante algum sistema de videoconferência)<sup>62</sup>.

Tais cuidados são fundamentais para melhorar a qualidade da prova testemunhal.

### 3.3. A GRAVAÇÃO DE TODO E QUALQUER CONTATO COM A TESTEMUNHA

Para poder ampliar as possibilidades de contraditório verdadeiro em relação às declarações tomadas<sup>63</sup>, é imprescindível que todo e qualquer

---

<sup>62</sup> Vide nesse sentido PAULA RAMOS, Vitor de. *Prova Testemunhal*, cit., p. 228.

<sup>63</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: RT, 1997, p. 135. Na doutrina, fala-se no contraditório *sobre a prova* e *para a prova*: “na hipótese de uma prova que fora formada sem a participação da defesa, sua atuação posterior gera o reconhecimento do contraditório sobre a prova.

contato com testemunhas seja obrigatoriamente gravado<sup>64</sup> <sup>65</sup>. Afinal, se é verdade que diversos fatores – inclusive a forma de fazer perguntas ou os gestos utilizados na entrevista – podem influenciar a memória das testemunhas, não basta saber as *respostas* dadas, sendo imprescindível conhecer também as *perguntas*<sup>66</sup>.

Tal prática permite que as partes, ou mesmo terceiros (assistentes, peritos etc.) possam avaliar eventuais fatores das próprias interações com a testemunha que possam ter contaminado o depoimento; sem gravações, caso a testemunha tenha sido submetida a perguntas fechadas, pressões, gestos etc. isso não só terá efeitos irreversíveis, como jamais será conhecido por qualquer pessoa que tenha contato futuro com a declaração.

Ademais, considerando que a maior parte dos profissionais que participam das investigações e do processo penal são *repeat players*, as gravações permitem que sejam localizadas dificuldades e desconhecimentos, permitindo melhorias nos treinamentos e implantação de protocolos cada vez melhores.

---

Já o contraditório para a prova exige que as partes atuem na própria formação do elemento de prova (com atuação de todos os sujeitos processuais)” (DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*. 8ª. ed. São Paulo: RT, 2022, p. RB-11.3). Em relação a declarações tomadas antes da participação da defesa, por exemplo, somente será possível averiguar o uso de técnicas inadequadas ou perguntas com potencial de influência na memória em caso de gravação.

<sup>64</sup> Isso, naturalmente, não quer dizer que todo e qualquer ato do processo deva ser gravado, ou qualquer interação com a testemunha de qualquer tipo. Por exemplo, se antes de iniciar a colheita da declaração na delegacia o delegado conversa informalmente com a testemunha sobre futebol, ou sobre se lhe foi oferecido água ou café, não há necessidade de gravação. Todavia, toda e qualquer interação sobre os fatos presenciados pela testemunha de interesse para o processo devem ser gravados, vedando-se, também, sobre esses, conversas informais.

<sup>65</sup> Novamente aqui, serve de exemplo a lei 13.431 de 2017, que, atenta às boas práticas recomendadas pela psicologia do testemunho, prevê em seu art. 12, VI que “o depoimento especial será gravado em áudio e vídeo”.

<sup>66</sup> Nesse sentido, defendendo ser “preciso manter um registro não apenas a respeito do que é dito pela testemunha, mas também do que foi perguntado”, destacando “ser de extrema importância que tais procedimentos sejam gravados, em áudio e vídeo, de forma que preservem a prova original”, vide CECCONELLO, William Weber; ÁVILA, Gustavo Noronha de; STEIN, Lilian Milnitsky. A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, 2018, p. 1068.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após tais considerações é chegado o momento de responder às duas perguntas formuladas no início do presente artigo. (i) Por que, diante de tantas evidências científicas, fatores como a passagem do tempo e as informações pós-evento seguem não ganhando a devida atenção pelo direito e, especificamente, pelo processo penal?

Conforme visto ao longo do presente, dois fatores que contribuem significativamente para isso são o fato de se imaginar que a verdade seja o contrário da mentira, ignorando-se os erros honestos; ainda, o de se presumir que o que as testemunhas dizem deva ser presumido verdadeiro, salvo que se prove o contrário. Esses fatores contribuem para que se apague a categoria dos *erros honestos*, colocando muitos dos problemas da prova testemunhal para fora do radar dos diversos sistema de justiça, notadamente no âmbito penal.

Quanto à segunda pergunta, como é possível desenhar o processo penal para que esse passe a considerar e a melhor lidar com a passagem do tempo e com as informações pós-evento?

Assim, sugeriram-se cuidados que poderiam ser colocados em prática desde logo, como treinamento, maior agilidade na tomada de declarações (tanto na fase de investigação como no processo) e maiores cuidados na forma de fazer perguntas, sempre com gravações dos contatos com as testemunhas e com os cuidados com a ampla defesa e o contraditório.

Outras boas práticas e cuidados, como a imposição de proibições concretas às formas de fazer perguntas (principalmente na fase de investigação), dependeriam de legislação específica, mas poderiam contribuir em muito para os cuidados com a “cadeia de custódia” da memória.

Como prometido ao início, todas essas medidas, que não pretendem ser exaustivas, são cada vez mais urgentes para que o processo penal possa efetivamente preocupar-se com a qualidade da prova testemunhal e com a “cadeia de custódia” da memória; ou, em outras palavras, para que paremos de caminhar contra a ciência.

## REFERÊNCIAS

ALTOÉ, Rafael; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Aspectos Cognitivos da Memória e a Antecipação da Prova Testemunhal no Processo Penal. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 15, n. 20, p. 255-270, 2017. <https://doi.org/10.12662/2447-6641oj.v15i20.p255-270.2017>

AQUINO, José Carlos G. Xavier de. *A prova testemunhal no processo penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas Memórias e Sistema Penal. A Prova Testemunhal em Xeque*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. São Paulo: RT, 2019.

BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. [2007]. 8ª. Ed. São Paulo: RT, 2020.

BALDASSO, Flaviane. A Prova Testemunhal e o Fenômeno das Falsas Memórias. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 166, p. 129-174, Abr/2020.

BINET, Alfred. *La Suggestibilité*. Paris: Schleicher Frères Éditeurs, 1900.

CAMPOS, Laura; ALONSO-QUECUTY, María. Remembering a criminal conversation: beyond eyewitness testimony. *Memory*, v. 14, n. 1, p. 27-36, 2006. DOI: 10.1080/09658210444000476

CECCONELLO, William Weber; ÁVILA, Gustavo Noronha de; STEIN, Lilian Milnitsky. A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, 2018, p. 1058-1073. <https://doi.org/10.5102/rbpp.v8i2.5312>

COADY, Cecil. *Testimony. A philosophical study*. Oxford: Oxford University Press, 1992.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*. 8ª. ed. São Paulo: RT, 2022.

DIGES, Margarita. *Testigos, Sospechosos y recuerdos falsos*. Estudios de psicología forense. Madrid: Trotta, 2016.

DUMMET, Michael. Testimony and memory. In: BIMAL, Krishna Matilal; CHAKRA-BARTI, Arindam (Ed.). *Knowing from words*. Dordrecht: Springer, p. 125-162, 1994.

EAKIN, Deborah K.; SCHREIBER, Thomas A.; SERGENT-MARSHALL, Susan. Misinformation effects in eyewitness memory: the presence and absence of memory impairment as a function of warning and misinformation accessibility. *Journal of Experimental Psychology*, v. 29, n. 5, p. 813-825, 2003. <https://doi.org/10.1037/0278-7393.29.5.813>



EBBINGHAUS, Hermann. *Memory: a contribution to experimental Psychology*. Cit. pela reimpressão: New York: Teachers College Columbia University, 1913.

FALLIS, Don. What is lying? *The Journal of Philosophy*, Hanover, v. 106, n. 1, p. 29--56, jan. 2009. <https://doi.org/10.5840/jphil200910612>

FAULKNER, Paul. The social character of testimonial knowledge. *The Journal of Philosophy*, Hanover, v. 97, n. 11, p. 581-601, nov. 2000. <https://doi.org/10.2307/2678453>

FAULKNER, Paul. What is wrong with lying? *Philosophy and Phenomenological Research*, v. 75, n. 3, p. 535-5, nov. 2007. <https://doi.org/10.1111/j.1933-1592.2007.00092.x>

FERNANDES, Lara Teles. *Prova Testemunhal no Processo Penal*. [2019]. 2ª. Ed. Florianópolis: Emais, 2020.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prova e Verdade no Direito*. Tradução: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: RT, 2017.

FRICKER, Elizabeth. Against gullibility. In: BIMAL, Krishna Matilal; CHAKRABARTI, Arindam (Ed.). *Knowing from Words*, Dordrecht, p. 125-162, 1994.

FRICKER, Elizabeth. Testimony: knowing through being told. In: NIINILOUTO, I.; SINTONEN, M.; WOLENSKI, J. (Ed.). *Handbook of Epistemology*. Kluwer, p. 109-130, 2004.

GESU, Cristina di. *Prova Penal e Falsas Memórias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

GORPHE, François. *La critique du témoignage*. 2. ed. Paris: Librairie Dalloz, 1927.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: RT, 1997, p. 135.

GOMES FILHO, Antonio; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo: RT, Página RL-1.49 (ProView).

GRAHAM, Peter. The reliability of testimony. *Philosophy and Phenomenological Research*, v. 61, n. 3, p. 695-709, nov. 2000. DOI: <https://doi.org/10.2307/2653619>

GURNEY, Daniel J.; PINE, Karen J.; WISEMAN, Richard. The gestural misinformation effect: skewing eyewitness testimony through gesture. *American Journal of Psychology*. 126, n. 3, p. 301-14, 2013. <https://doi.org/10.5406/amerjpsyc.126.3.0301>

HEKKANEN, Steve T.; MCEVOY, Cathy. Source monitoring in eyewitness memory: implicit associations, suggestions, and episodic traces. *Memory & Cognition*, 33, n. 5, p. 759-769, 2005. <https://doi.org/10.3758/BF03193072>

HO, Hock Lai. *A Philosophy of Evidence Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

IRIGONHÊ, Márcia de Moura. *Reconhecimento pessoal e falsas memórias: repensando a prova penal*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2015.

KAASA, Suzanne O.; CAUFFMAN, Elizabeth; CLARKE-STEWART, K. Alison; LOFTUS, Elizabeth F. False accusations in an investigative context: differences between suggestible and non-suggestible witnesses. *Behavioral Sciences and the Law/Behav. Sci. Law*, 31, p. 574-592, 2013. <https://doi.org/10.1002/bsl.2075>

KEBBELL, Mark R.; JOHNSON, Shane D. Lawyers' Questioning: the effect of confusing questions on witness confidence and accuracy. *Law and Human Behavior*, v. 24, n. 6, 2000. <https://doi.org/10.1023/A:1005548102819>

KING, Donald L.; JONES, Farrasha L.; PEARLMAN, Ronald C.; TISHMAN, Abraham; FELIX, Cassandra. The length of the retention interval, forgetting, and subjective similarity. *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory, and Cognition*, v. 28, n. 4, p. 660-671, 2002. <https://doi.org/10.1037//0278-7393.28.4.660>

LACKEY, Jennifer. Introduction In: LACKEY, Jennifer; SOSA, Ernst (Ed.). *The Epistemology of Testimony*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

LACKEY, Jennifer. *Learning from words. Testimony as a source of knowledge*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

LAUDAN, Larry. *Truth, Error and Criminal Law*. New York: Cambridge University Press, 2006.

LAZARI, Rafael de. Antecipação das Provas Testemunhais e o Dilema das Falsas Memórias: uma Análise sob o Julgamento do Recurso em Habeas Corpus 61.488 e a Relativização da Súmula 455 do STJ. *Revista dos Tribunais*, vol. 1014, p. 337-360, Abr/2020.

LEINFELT, Fredrik H. Descriptive eyewitness testimony: the influence of emotionality, racial identification, question style, and selective perception. *Criminal Justice Review*, v. 29, n. 2, 2004. <https://doi.org/10.1177/073401680402900204>

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8ª. Ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

LIPTON, Peter. The epistemology of testimony. *Stud. Hist. Phil. Sci.*, Nova Iorque, v. 29, n. 1, p. 1-31, 1998. [https://doi.org/10.1016/S0039-3681\(97\)00022-8](https://doi.org/10.1016/S0039-3681(97)00022-8).

LOFTUS, Elizabeth; DOYLE, James M.; DYSART, Jennifer E.; *Eyewitness testimony. civil and criminal*. 5. ed. San Francisco: Lexis Nexis, 2013.

LOFTUS, Elizabeth; WOLCHOVER, David; PAGE, Douglas. General Review of the Psychology of Testimony. In: HEATON-ARMSTRONG, Anthony; SHEPHERD, Eric; GUDJONSON, Gisli; WOLCHOVER, David. *Witness Testimony*. New York: Oxford University Press, 2006.

LOFTUS, Elizabeth. *Eyewitness Testimony*. Cambridge: Harvard University Press, 2019.

LOFTUS, Elizabeth; PALMER, John. Reconstruction of automobile destruction: An example of the interaction between language and memory. *Journal of Verbal Learning & Verbal Behavior*, v. 13, n. 5, p. 585–589, 1974. DOI: [https://doi.org/10.1016/S0022-5371\(74\)80011-3](https://doi.org/10.1016/S0022-5371(74)80011-3)

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. [2007]. 18<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021.

MANZANERO, Antonio; GONZÁLEZ, José Luis. *Obtención y valoración del testimonio. Protocolo holístico de evaluación de la prueba testifical (HELPT)*. Madrid: Pirámide, 2018.

MANZANERO, Antonio. *Memoria de testigos. Obtención y valoración de la prueba testifical*. Madrid: Pirámide, 2010.

MANZANERO, Antonio. *Psicología del Testimonio. Una Aplicación de los estudios sobre la memoria*. Madrid: Pirámide, 2008.

MASSENA, Caio Badaró. A Prova Testemunhal no Processo Penal Brasileiro: uma Análise a Partir da Epistemologia e da Psicologia do Testemunho. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 156, jun. 2019. São Paulo: RT.

MATIDA, Janaína; CECCONELLO, William. Reconhecimento fotográfico e presunção de inocência. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 7, n. 1, p. 409-440, 2021. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i1.506>

MAZZONI, Giuliana. *¿Se Puede Creer a un Testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*. Trad. José Manuel Revuelta López. Madrid: Trotta, 2010.

MAZZONI, Giuliana. *Psicología del Testimonio*. Trad. Amparo Moreno. Roma: Trotta, 2019.

MELLO, Maria Cecília Pereira de; GERVITZ, Luíza Cobra. Se não me Falha a Memória – Breve Discussão Sobre a Suscetibilidade da Prova Testemunhal. *Revista Direito e Medicina*. São Paulo, v. 2, 2019.

NARDELLI, Marcella Mascarenhas. *A Prova no Tribunal do Júri*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

NORRIS, Robert; ACKER, James; BONVENTRE, Catherine; REDLICH, Allison. Thirty Years of Innocence: Wrongful Convictions and Exonerations in the United States, 1989-2018. *The Wrongful Conviction Law Review*, v. 1, n. 1, p. 2–58, 2020. <https://doi.org/10.29173/wclawr11>

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Processual Penal*. 17<sup>a</sup>. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

O'BRIEN, Dan. Testimony and lies. *The Philosophical Quarterly*, v. 57, n. 227, p. 225--238, abr. 2007.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e Sua Jurisprudência*. 13ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2021.

PAULA RAMOS, Vitor de. *Prova Documental*. Do Documento Aos Documentos - Do Suporte À Informação. 2ª. ed. Salvador: JusPodivm, 2022.

PAULA RAMOS, Vitor de. *Prova Testemunhal*. Do Subjetivismo ao Objetivismo. Do Isolamento Científico ao Diálogo com a Psicologia e a Epistemologia. São Paulo, RT, 2018.

PAULA RAMOS, Vitor de. *Prova Testemunhal*. 3ª. edição. Salvador: JusPodivm, 2022.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. Prova Testemunhal. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1972. v. III.

SARWAR, Farhan; ALLWOODB, Carl Martin; INNES-KER, Åse. Effects of different types of forensic information on eyewitness' memory and confidence accuracy. *The European Journal of Psychology Applied to Legal Context*. 6, p. 17-27, 2014. DOI: 10.5093/ejpalc2014a3.

STEIN, Lilian Milnitsky (org.). *Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010.

STEIN, Lilian Milnitsky; NYGAARD, Maria Lúcia Campani. A memória em julgamento: uma análise cognitiva dos depoimentos testemunhais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 43, p. 151-164, 2003.

TARUFFO, Michele. *La Semplice Verità*. Bari: Laterza, 2009.

VÁZQUEZ, Carmen; FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *La Valoración Individual de la Prueba*. In: FERRER BELTRÁN, Jordi. *Manual de Razonamiento Probatorio*. Cidade do México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022.

WEBB, Mark Owen. Why I know about as much as you: a reply to Hardwig. *The Journal of Philosophy*, v. 90, n. 5, p. 260-270, mai. 1993. <https://doi.org/10.2307/2940913>

WEST, Emily; MATERKO, Vanessa. Innocence Project: DNA Exonerations, 1989-2014: Review Of Data And Findings From The First 25 Years. *Albany Law Review*, v. 79, n. 3, p. 717-795, 2016.

## Authorship information

Vitor de Paula Ramos. Doutor em Direito, Economia e Empresa pela Universidade de Girona (Espanha), cum laude. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), onde se graduou com láurea acadêmica. Professor do Mestrado em Raciocínio Probatório da Universidade de Girona (Espanha) e nos cursos de pós-graduação lato sensu em Processo Civil da PUCRS e da Uniritter. Coordenador da Coleção Raciocínio Probatório, publicada pela Editora JusPodivm. Professor convidado em diversos cursos de Processo Civil e Direito Probatório, no Brasil e no Exterior. Membro efetivo da IAPL (Associação Internacional de Direito Processual) e do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual). Membro do Conselho Assessor da Revista Internacional de Direito Probatório Quaestio Facti. Autor de livros publicados pela RT e pela Marcial Pons (Espanha), artigos publicados no Brasil e no exterior, além de traduções jurídicas. Advogado atuante. vitordepaularamos@hotmail.com

### Additional information and author's declarations (scientific integrity)

*Conflict of interest declaration:* the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

*Declaration of authorship:* all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

*Declaration of originality:* the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; he also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

### Editorial process dates

(<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 16/07/2022
- Desk review and plagiarism check: 30/07/2022
- Review 1: 11/08/2022
- Review 2: 15/08/2022
- Review 3: 16/08/2022
- Preliminary editorial decision: 07/09/2022
- Correction round return: 22/09/2022
- Final editorial decision: 08/10/2022

### Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 1 (PP)
- Reviewers: 3

### HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

DE PAULA RAMOS, Vitor. Presuntivismo e falsa contraposição entre mentira e verdade: duas possíveis causas para seguirmos ignorando o impacto de fatores como a passagem do tempo e as informações pós-evento no processo penal. Três propostas sobre o que fazer. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, n. 3, p. 1229-1260, set./dez. 2022. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i3.740>



*License Creative Commons Attribution 4.0 International.*

**Fundamentos de  
Direito Processual Penal**

---

*Fundamentals of Criminal Procedure*

---





# Vigencia de la dogmática penal en los sistemas de enjuiciamiento criminal que coexisten en Colombia.


*In memoriam de Bernardo Gaitán Mahecha*<sup>1</sup>

*Criminal dogmatics' validity in criminal prosecution systems in Colombia*  
*In memoriam of Bernardo Gaitán Mahecha*

**Norberto Hernández-Jiménez**<sup>2</sup>

Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia


[norbertohernandezj@javeriana.edu.co](mailto:norbertohernandezj@javeriana.edu.co)

 <http://orcid.org/0000-0002-5074-5049>

**José Fernando Mestre-Ordoñez**<sup>3</sup>

Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia

[j.mestre@javeriana.edu.co](mailto:j.mestre@javeriana.edu.co)

 <https://orcid.org/0000-0002-2004-3660>

- 
- <sup>1</sup> Documento derivado del proyecto de investigación “*La dinámica inseparable del derecho penal sustancial y procesal*” (00009197). Una versión preliminar de este artículo fue discutida en el seminario workshop “Bernardo Gaitán Mahecha y la dogmática del derecho penal en Colombia”, realizado el día 8 de Julio del 2022 en el Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano - CEDPAL de la Georg-August Universität de Göttingen). Agradecemos a los participantes del seminario sus aportes para mejorar este documento.
  - <sup>2</sup> Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, miembro del grupo de investigación en Justicia Social, Teoría Jurídica General y Teoría Política y Tutor del Semillero en Derecho Penitenciario. Abogado, especialista y magister en derecho penal de la Universidad Libre (Bogotá). Especialista en derecho constitucional y en derecho administrativo de la Universidad del Rosario (Bogotá). Máster en criminología y ejecución penal de la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona). Doctor en Derecho por la Universidad de los Andes (Bogotá). Conjuuez de la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia.
  - <sup>3</sup> Director del Departamento de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá). Abogado y doctor *cum laude* en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Especialista en instituciones jurídico procesales de la Universidad Nacional de Colombia (Bogotá). Miembro de los Institutos Colombiano e Iberoamericano de Derecho Procesal, de la Academia Colombiana de Jurisprudencia y del Colegio de Abogados Penalistas. Director del Centro de Estudios en Criminología y Victimología de la Pontificia Universidad Javeriana. Abogado litigante y asesor, en asuntos de derecho penal y disciplinario. Socio de Mestre & Mendieta Penalistas.

*“No puede negarse el valor preponderante que tiene el estudio del proceso penal, como elemento de protección social; todo hombre puede en un momento dado ser sometido al juicio público, con o sin justicia. Pero teniendo la seguridad de ser juzgado conforme a las leyes previas, estará tranquilo por su suerte; y la sociedad discurrirá sin preocupaciones ni sobresaltos”<sup>4</sup>*

---

**RESUMEN:** En este artículo se analizan algunas situaciones evidenciadas en la tramitación del rito procesal colombiano, como (i) las implicaciones del juzgamiento en ausencia del procesado, (ii) la afectación de la congruencia entre acusación y sentencia, (iii) la contabilización de los términos de prescripción, (iv) la diferenciación del archivo y la preclusión y (v) la adecuada relación de hechos jurídicamente relevantes. Con base en lo anterior, se cuestiona si ¿la solución procesal de los diferentes asuntos criminales puede concretarse sin necesidad de abordar las cuestiones sustanciales y la aplicación de la dogmática penal? Recurriendo a una dinámica inductiva y tras agotar una revisión bibliográfica, que incluye el análisis de jurisprudencia colombiana, se concluye que aunque las normas sustanciales y las procesales tienen su propio ámbito de regulación y aplicación, entre ambas debe existir una fusión inevitable, como lo pregonaba Bernardo Gaitán Mahecha.

**PALABRAS CLAVE:** Independencia normativa; fusión sustancial y procesal; solución adecuada de casos penales.

**ABSTRACT:** *In this article we analyze some situations evidenced in the Colombian criminal process, such as (i) the implications of the trial in the absence of the accused, (ii) the affectation of the congruence between accusation and sentence, (iii) the accounting of the prescription terms, (iv) the differentiation of the archive and the estoppel and (v) the adequate relation of legally relevant facts. Based on them, we questioned if the procedural solution about the different criminal cases, could be avoid the substantial issues and the criminal dogmatic. Using an inductive dynamic and after a bibliographic review, which includes the analysis of the Colombian*

---

<sup>4</sup> GAITÁN, Bernardo. *Esquema de derecho procesal penal colombiano*. Bogotá: Temis, 1958, p. 8.

*jurisprudence, we concluded that although the substantive and procedural rules have their own scope of regulation and application, between them should be exist an inevitable fusion, as Bernardo Gaitán Mahecha proclaimed.*

**KEYWORDS:** *Regulatory independence; substantial and procedural merger; adequate solution of criminal cases.*

**SUMARIO:** Introducción; Ausencia del procesado y atipicidad del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en casos de adicción; Principio de congruencia, variación de la calificación y adecuación del comportamiento como peculado por apropiación o estafa agravada; Preclusión de la investigación por prescripción y clasificación del tipo según la naturaleza de la acción; La tipicidad objetiva como elemento diferenciador de la preclusión y el archivo de las diligencias; Coautoría y hechos jurídicamente relevantes; Consideraciones finales; Referencias.

---

## INTRODUCCIÓN

El maestro Bernardo Gaitán Mahecha (Q.E.P.D.) es considerado como el *padre de la dogmática penal* en Colombia<sup>5</sup>. Este rótulo no debe dejar de lado sus reflexiones sobre el derecho procesal penal, que él consideraba como un todo indivisible con el derecho penal sustantivo<sup>6</sup>, comoquiera

---

<sup>5</sup> Restrepo lo denomina como el “precursor de la dogmática jurídico penal en Colombia”. RESTREPO, Jorge. *Bernardo Gaitán Mahecha*. Precursor de la dogmática jurídico penal en Colombia. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2019. En el mismo sentido, el profesor Andrés Ramírez lo reconoce como el “padre de la dogmática jurídico penal”, en virtud de la publicación de su manual en el año 1963 “que introdujo en Colombia los cimientos que permitieron construir un sistema de responsabilidad penal por el acto, único compatible con un Estado democrático”. RAMÍREZ, Andres. Prólogo. In: *Así pensaba Bernardo Gaitán Mahecha*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, p. 19-29, 2019, 19.

<sup>6</sup> GAITÁN, Bernardo. Notas previas para el estudio del derecho procesal penal. *Vniversitas*, V.7, p. 45 – 51, 1954, p. 46; GAITÁN, Bernardo. *Esquema de derecho procesal penal colombiano*, p. 2 y GAITÁN, Bernardo. *Curso de derecho penal general*. Bogotá: Ediciones Lerner, 1963, p. 11.

que el uno se vacía de contenido sin el otro<sup>7</sup>. No es cierto entonces que un sistema de enjuiciamiento penal pueda subsistir sin los criterios de la dogmática penal<sup>8</sup>, aun cuando aquél tenga una dinámica acusatoria<sup>9</sup>, ni tampoco basta con demostrar suficiencia en materia sustancial, sin poder concretar procedimentalmente esos conceptos, ya que estos últimos quedan reducidos a la abstracción del aula de clase u otros ambientes netamente académicos<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> “En efecto, de nada sirve un código penal, sin un código de procedimiento penal y viceversa” GAITÁN, Bernardo. Notas previas para el estudio del derecho procesal penal, p. 46 y GAITÁN, Bernardo. *Curso de derecho penal general*, p. 11. Al respecto, advierte Ferrajoli: “tanto las garantías penales como las procesales valen no sólo por sí mismas, sino también unas y otras como garantía recíproca de su efectividad.” FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Teoría del garantismo penal. IBÁÑEZ, Perfecto, RUIZ, Alfonso y BAYÓN, Juan (Trad.). Madrid: Trotta, 1995, p. 537.

<sup>8</sup> “(...) la dogmática es una ciencia, y como tal tiene un método de estudio del Derecho Penal” GAITÁN, Bernardo. *Curso de derecho penal general*, p.5. “La Dogmática jurídicopenal es la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización y elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del Derecho penal” ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. LUZON, Diego, DIAZ Y GARCIA, Miguel y DE VICENTE, Javier [Trad. y notas]. Madrid: Thomson Civitas, 1997, p. 192.

<sup>9</sup> “2.2. ¿Desaparece la dogmática gracias a la adopción de un sistema acusatorio? Algunas voces se han alzado para señalar el fin de los días de la dogmática penal (¡), garantía fruto de siglos de pensamiento, gracias al advenimiento del sistema penal acusatorio. Quienes sostienen esta tesis entienden que, en el nuevo proceso penal, lo que importa es la prueba y las capacidades histriónicas de los intervinientes” BERNATE, Francisco. El principio de oralidad. In: BERNATE, Francisco [et al.]. *Sistema Penal Acusatorio*. Bogotá: Universidad del Rosario y Dike, p. 61- 83, 2005, p. 69. En este contexto, importante la reflexión del maestro Gaitán, en cuanto a las críticas erigidas en contra de la dogmática, por las exageraciones conceptuales en las que ha incurrido el sistema, encontrando un desarrollo extenso de algunos temas, que degeneran oscuros y confusos y, por ende, el pretendido abandono de la dogmática penal por parte de los operadores de justicia. GAITÁN, Bernardo. El derecho penal conforme a las concepciones modernas. In: GAITÁN, Bernardo [et al.]. *Estudios penales*. Homenaje al Maestro Bernardo Gaitán Mahecha. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Legis, p. 1-13, 2005, p. 11.

<sup>10</sup> “No es infrecuente encontrarse con la opinión de que éstos son problemas de carácter puramente académico, que el práctico del Derecho puede tranquilamente dejar de lado” ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General*, p. 206.

Indiscutiblemente, los sujetos procesales<sup>11</sup> deben conocer la regulación adjetiva; las partes<sup>12</sup> deben contar con un acervo probatorio sólido que permita acreditar su pretensión (condena o absolución) y conocer las oportunidades y técnicas propias del proceso penal, que actualmente tiene una tendencia acusatoria<sup>13</sup>. No obstante, el

---

<sup>11</sup> “Los sujetos procesales se clasifican entonces en: *titulares del poder jurisdiccional y partes*” GAITÁN, Bernardo. *Esquema de derecho procesal penal colombiano*, p. 75. Empero, Gaitán diferenciaba sujetos procesales [personas que deben sufrir las consecuencias del proceso (procesado), personas que tienen derechos vinculados a las resultas del proceso, desde el punto de vista del daño causado (víctimas) y personas que están obligadas a tutelar esos derechos (Juez)] de sujetos de los actos procesales [intervienen transitoriamente dentro del proceso en el desarrollo de determinados actos procesales (peritos y testigos)]. GAITÁN, Bernardo. “Sujetos procesales, procedibilidad, condiciones de la acción, presupuestos procesales y acción penal.”, en: *Vniversitas*, V.10, 167 – 182, 1956, p. 170-171

Actualmente se habla de partes e intervinientes. “(...) en lo que concierne a los actores que integran la relación jurídico-procesal, el nuevo esquema procesal prevé expresamente las intervenciones (i) de las víctimas; (ii) del imputado; (iii) del fiscal; (iv) del juez de conocimiento; (v) del Ministerio Público; (vi) del juez de control de garantías y (vii) de los jurados, encargados de administrar justicia en forma transitoria, en los términos que señale la ley” Sentencia C-425 de 2006 de la Corte Constitucional Colombiana.

<sup>12</sup> GAITÁN, Bernardo. Las partes en el proceso penal. *Vniversitas*, V.13, p. 243 – 250, 1957 y GAITÁN, Bernardo. *Esquema de derecho procesal penal colombiano*, p. 235-243.

<sup>13</sup> “El sistema acusatorio en Colombia apareció por primera vez en el Decreto 0050 de 1987 y esa fue la fuente que sirvió para hacer las consagraciones que hoy figuran en la Constitución, relacionadas con el ejercicio de funciones por parte de la Fiscalía General. En realidad, no se trata sino de un remedo del proceso acusatorio, porque este no admite en su naturaleza, que quien ejerza la función acusatoria pueda ser al mismo tiempo juzgador. En Colombia tenemos el singular fenómeno consistente en que la misma persona puede ser juez y parte” GAITÁN, Bernardo. El sistema acusatorio en Colombia. In: CANCINO, Antonio (Comp.), *Derecho penal y sistema acusatorio en Iberoamérica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 263-277, 2003, p. 266; GAITÁN, Bernardo. La dualidad de sistemas procesales en Colombia y las modernas tendencias. In: RAMÍREZ, Andres y COTE, Gustavo (Eds.), *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, Derecho Penal, Tomo II, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana y Temis, p. 539 – 549, 2010, p. 540. Sobre los antecedentes y el tránsito de un sistema mixto inquisitivo hacia uno con tendencia acusatoria en el contexto nacional, ver GRANADOS, Jaime. Antecedentes y estructura del proyecto de Código de Procedimiento Penal. *Vniversitas*, V.54, No. 109, p. 11 – 71, 2005 y Sintura, Francisco. Evolución

desconocimiento de las normas sustanciales y de la dogmática penal imposibilita una construcción acertada de la demanda de justicia penal, conllevando a situaciones irregulares e injustas<sup>14</sup>.

Piénsese por ejemplo en un Juez que condena a un sujeto por el delito de receptación (artículo 447 del Código Penal Colombiano), tras considerar que su actuar fue imprudente, en la medida que las pruebas allegadas al proceso demuestran que no tuvo el cuidado necesario que demanda la compra de un rodante usado<sup>15</sup>. Dentro de un sistema de *numerus apertus*, esta solución dogmática no presenta inconvenientes, ya que todos los delitos contenidos en la parte especial del Código Penal son susceptibles de ser catalogados como dolosos o culposos. Ahora bien, si este juez tiene jurisdicción<sup>16</sup> en Colombia, que en materia del tipo comisivo imprudente se rige por un sistema italo-suizo de *numerus clausus*<sup>17</sup>, atribuir una tipicidad subjetiva culposa frente al delito de receptación es un exabrupto jurídico.

Similar situación ocurre cuando (i) se adecua típicamente<sup>18</sup> un comportamiento con explícito contenido sexual (cibersexo), que se

---

del sistema acusatorio en Colombia. In: BERNATE, Francisco [et al.]. *Sistema Penal Acusatorio*. Bogotá: Universidad del Rosario y Dike, 19- 34, 2005.

<sup>14</sup> “Puede decirse entonces que el contenido del derecho procesal penal es la justicia” GAITÁN, Bernardo. *Esquema de derecho procesal colombiano*, p. 10.

<sup>15</sup> Ver HERNÁNDEZ, Norberto. Receptación y dogmática penal. Estudio de caso en el contexto del sistema penal acusatorio colombiano. *Revista Advocatus* No. 24, p. 189-214, 2015.

<sup>16</sup> “La jurisdicción es la potestad de juzgar en nombre del Estado y de conformidad con la Constitución y las leyes, definiendo la manera como debe aplicarse una determinada norma de derecho o imponiendo las sanciones por violación de un precepto legal” GAITÁN, Bernardo. *Esquema de derecho procesal penal colombiano*, p. 90.

<sup>17</sup> VELÁSQUEZ, Fernando. *Manual de Derecho penal, parte general*. Medellín: Comlibros, 2009, p. 678. En este sistema que es mixto y cerrado, se define en la parte general la culpa/imprudencia y en la parte especial se señala taxativamente los casos en los que procede.

<sup>18</sup> Este juicio de tipicidad tiene implicaciones desde la fase de indagación, las cuales se extienden hasta la sentencia. Ahora bien, aunque la asignación del *nomen iuris* es una atribución de la Fiscalía, que según la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, no tiene control judicial, ni oficioso ni rogado [providencia del 21 de septiembre de 2021, Rad. 116004

realiza con violencia, acusando al sujeto activo como responsable del delito de extorsión (artículo 244 del Código Penal Colombiano) o de constreñimiento ilegal (artículo 182 Ib.)<sup>19</sup>, o (ii) se desconoce el traslado, derivado del fenómeno migratorio proveniente de Venezuela, bajo una promesa engañosa, que en realidad persigue la explotación sexual del sujeto pasivo y se considera por la Fiscalía General de la Nación que el delito correspondiente es inducción a la prostitución (artículo 213 Ib.)<sup>20</sup> o (iii) cuando se acredita configurada la flagrancia (artículo 301 del Código de Procedimiento Penal Colombiano)<sup>21</sup> en un delito de mera conducta como la concusión (artículo 404 del Código Penal Colombiano), para evitar el descuento punitivo pleno por aceptación de cargos (parágrafo, artículo 301 del Código de Procedimiento Penal Colombiano), cuando la captura se realiza en la fase de agotamiento<sup>22</sup>. Así, categorías procedimentales como la imputación, acusación o la flagrancia, requieren examinar todas las categorías sustanciales para adecuar típicamente los comportamientos judicializados, incluyendo la identificación del bien jurídico tutelado (libertad, integridad y formación sexuales vs. patrimonio económico

---

(STP12631-2021)], si podría habilitarse un estudio de aspectos sustanciales, materiales, de la acusación, que incluyen la tipificación del comportamiento, cuando se trata de violaciones a derechos fundamentales [providencia del 5 de octubre de 2016, Rad. 45594 (SP14191-2016)].

- <sup>19</sup> HERNÁNDEZ, Norberto. Comentario a la sentencia del 24 de octubre de 2019 [SP4573-2019 (Radicación 47234)] de la Corte Suprema de Justicia. Cibersexo, delito y teoría de las actividades cotidianas”. *Nuevo Foro Penal*, Vol. 15, No. 93, p. 255-262, 2019; POSADA, Ricardo. ¿Delincuencia sexual virtual? Una aproximación desde la revolución tecnológica. In: POSADA, Ricardo, VELÁSQUEZ, Fernando y MOLINA, Ricardo (Coords.). *Estudios críticos 8: jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*. Bogotá: Uniandes y Grupo Editorial Ibañez, p. 431-478, 2021
- <sup>20</sup> MORENO, Carolina y HERNÁNDEZ, Norberto. Comentario a la sentencia T-236 de 2021. Trata de personas versus inducción a la prostitución. *Nuevo Foro Penal*, Vol. 18, No. 98, p. 171-180, 2022.
- <sup>21</sup> Advertía Gaitán, que las situaciones de flagrancia fueron determinantes para implementar el sistema inquisitivo en el contexto nacional, GAITÁN, Bernardo. Fuentes del derecho procesal penal. *Vniversitas*, V.31, p. 110 – 126, 1966, p. 119.
- <sup>22</sup> HERNÁNDEZ, Norberto. Comentario a la sentencia del 23 de septiembre de 2019 (11001-60-00-000-2018-00024-02) del Tribunal Superior de Cundinamarca. Flagrancia en el delito de concusión. *Nuevo Foro Penal*, Vol. 15, No. 93, p. 247-254, 2019.

/ autonomía personal) y, frente a la captura, será indispensable la clasificación del tipo penal según su desvalor<sup>23</sup> (mera conducta versus resultado), para legalizar el procedimiento, por la actualidad que exige la excepción a la captura mediante orden judicial y, para aplicar las consecuencias que devienen de dicha situación, como la rebaja de pena diferenciada cuando existe esta clase de captura, en virtud de la reforma introducida por el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011.

Así, este texto pretende reivindicar la fusión del derecho penal sustancial y procesal - como lo pregona el maestro Gaitán Mahecha y luego de transcurrido casi un lustro desde su partida -, analizando casos en los cuales la ausencia de una construcción dogmática penal adecuada, conlleva a soluciones erradas, más allá del respeto al ritualismo procesal, que contraría el mandato del artículo 228 de nuestra Constitución Política, en caso de que las formas prevalezcan sobre el derecho sustancial y que por ende podrían constituir una nulidad<sup>24</sup> o subsidiariamente un defecto procedimental, como causal específica de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales<sup>25</sup>.

De conformidad con lo anterior y recurriendo a una dinámica inductiva, los casos seleccionados para este trabajo son: (i) ausencia del procesado y atipicidad del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en casos de adicción, (ii) principio de congruencia y adecuación del comportamiento como peculado por apropiación o estafa agravada, (iii) preclusión de la investigación por prescripción y clasificación del tipo según la naturaleza de la acción, (iv) la tipicidad objetiva como elemento diferenciador de la preclusión y el archivo de las diligencias y (v) la relación de los hechos jurídicamente relevantes en

<sup>23</sup> POSADA, Ricardo. *Delitos contra la vida y la integridad personal*, Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2015, p. 41.

<sup>24</sup> GAITÁN, Bernardo. “Fuentes del derecho procesal penal”, p. 117; BERNAL, Jaime & MONTEALEGRE, Eduardo. *El proceso penal*. Estructura y garantías procesales. 6° Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 978

<sup>25</sup> *Cfr.* Sentencias T-264 de 2009, T-429 de 2011, T-950 de 2011, T-158 de 2012, T-213 de 2012, T-398 de 2017, SU-573 de 2017, T-025 de 2018, T-448 de 2018 y SU-215 de 2022 de la Corte Constitucional Colombiana, entre otras.



imputaciones y acusaciones por casos en coautoría<sup>26</sup>. Con estos supuestos se busca responder a la siguiente pregunta: ¿la solución procesal de los diferentes asuntos criminales puede concretarse sin necesidad de abordar las cuestiones sustanciales y la aplicación de la dogmática penal? Nuestra hipótesis negativa y la consecuente estrategia metodológica, busca ilustrar con los diferentes casos seleccionados, la imperiosa necesidad de conjugar estos saberes, comoquiera que la adecuada comprensión y utilización de los mecanismos procesales está mediada por elementos de derecho sustancial que se vinculan entre sí, de manera inescindible<sup>27</sup>.

## **1. AUSENCIA DEL PROCESADO Y ATIPICIDAD DEL DELITO DE TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES EN CASOS DE ADICCIÓN.**

La declaratoria de persona ausente es un mecanismo extraordinario para vincular a la persona judicializada<sup>28</sup>, cuando no ha podido ser localizada y se requiera para realizar la imputación jurídica provisional (artículo 344 de la Ley 600 de 2000), formularle imputación (artículo 127 de la Ley 906 de 2004), hacerle el traslado del escrito de acusación [procedimiento abreviado (numeral 3º, artículo 540 de la Ley 1826 de 2017)] y/o solicitar una medida de aseguramiento en su contra (artículo 307 de la Ley 906 de 2004).

---

<sup>26</sup> Dentro del análisis de otras situaciones, que desbordan la delimitación de nuestra investigación, en el ámbito brasilero encontramos importantes reflexiones sobre la fusión de las normas sustanciales y procesales en tratándose de la justicia premial. Ver DE-LORENZI, Felipe. Pode o estado exigir resultados na colaboraçãõ premiada? intersecções entre justiça penal negociada, princípio da culpabilidade e teoria do delito. *Revista de Estudos Criminais*. n. 82, p. 93-115, 2021; DE-LORENZI, Felipe. A determinaçãõ da pena na colaboraçãõ premiada: análise da fixaçãõ dos benefícios conforme a Lei 12.850/2013 e o STF. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 155. ano 27. p. 293-337, 2019.

<sup>27</sup> “Y esta conexión es histórica, además de teórica, puesto que los avatares del derecho penal material y de la teoría del delito han estado siempre modelados sobre las instituciones judiciales, y a la inversa” FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 538.

<sup>28</sup> De antaño se ha utilizado este sistema atípico, como lo expone GAITÁN, Bernardo. *Esquema de derecho procesal penal colombiano*, p. 261-262.

En el actual sistema de enjuiciamiento penal colombiano, para obtener esta declaratoria es necesario agotar unos requisitos (artículo 127 de la Ley 906 de 2004): (i) demostrar la imposibilidad de ubicación, (ii) emplazamiento mediante edicto fijado en la secretaría por 5 días y (iii) publicación en medio radial y de prensa de cobertura local. Al cabo de esto, el Juez formalizará la declaratoria de persona ausente, nombrándole al procesado<sup>29</sup> un defensor público para que lo asista.

Ahora bien, también puede haber ausencia del procesado en etapas posteriores. Si el procesado (vinculado por la vía ordinaria) es consciente de este devenir procesal y decide no asistir, se entiende que delega en su abogado la estrategia de defensa y asume las consecuencias de su ausencia, pero ¿Qué pasa si la ausencia es consecuencia de la falta de comunicación por parte de la Judicatura de las diligencias judiciales programadas en su caso?

Esta situación fue tratada en la Sentencia T-612 de 2016 de la Corte Constitucional Colombiana, que tuteló el derecho al debido proceso de un soldado profesional que se encontraba prestando su servicio militar y que fue hallado en posesión de una cantidad de marihuana superior a la establecida como dosis personal, razón por la cual fue capturado e imputado por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (artículo 376 del Código Penal Colombiano). En su contra no se impuso medida de aseguramiento.

Para surtir la audiencia de formulación de acusación, el Juzgado hizo varios intentos de comunicarse telefónicamente con el procesado e igualmente envió telegramas al batallón en el que aquel se encontraba adscrito para la diligencia de formulación de imputación, sin lograr la comunicación. Por lo anterior, las audiencias de formulación de acusación, preparatoria y de juicio oral se realizaron con ausencia de aquel.

En el fallo de tutela referenciado, nuestro Tribunal Constitucional censuró el hecho de que el batallón obstaculizara las comunicaciones al

---

<sup>29</sup> “La denominación de procesado es sin duda la más correcta en el lenguaje jurídico moderno, sin que tenga que variarse por razón de las etapas del proceso, ni por circunstancias especiales, como la ausencia”. GAITÁN, Bernardo. *Esquema de derecho procesal penal colombiano*, p. 260.

soldado y la no colaboración con la administración de justicia, tras no contestar los múltiples requerimientos que se realizaron.

Y es que en este caso en particular era imprescindible la presencia del procesado por la posible condición de drogadicto, lo que en virtud del precedente sentado en la sentencia del 9 de marzo de 2016 [Radicado 41760 (SP2940-2016)], proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia Colombiana, podría degenerar el comportamiento judicializado en atípico, situación que no pudo ser demostrada en la decisión atacada por la ausencia del procesado.

Empero, en tratándose del delito en cuestión, la superación del monto establecido como dosis personal<sup>30</sup> no implica *per se* la comisión del delito. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia<sup>31</sup> ha manifestado que no solamente la dosis personal regulada en el literal j del artículo 2° de la Ley 30 de 1986 genera atipicidad de la conducta, ya que esta es una presunción legal, que admite prueba en contrario. Así, puede aceptarse como dosis personal una cantidad mayor a la allí estipulada, cuando sea necesaria para el consumo del sujeto. Concluye nuestro Tribunal de Casación que en tratándose de consumidores y/o adictos<sup>32</sup>, la atipicidad

---

<sup>30</sup> Sobre la regulación de la dosis personal y sus fluctuaciones, ver HERNÁNDEZ, Norberto. La conducta de “llevar consigo” en el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes. Reflexiones a propósito de la sentencia del 11 de julio de 2017 (SP9916-2017, Radicado 44997), proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y la sentencia del 11 de agosto de 2017 (Radicado 05-001-60-00206-2014-06599) del Tribunal Superior de Medellín. *Nuevo Foro Penal*, Vol. 13, No. 89, p. 239-248, 2017, p. 242-243.

<sup>31</sup> Sentencia del 9 de marzo de 2016 [Radicado 41960 (SP2940-2016)]. El hecho de que esta situación, se analice en sede de tipicidad, revive la importancia de esta categoría defendida por Gaitán, en su debate con Pérez (PÉREZ, Luis. *Derecho penal colombiano*. Tomo IV. Bogotá: Temis, 1959, p. 242), quien señalaba la inutilidad de la teoría de la tipicidad. Así, el primero concluye que: “Una conducta puede ser antijurídica y culpable; faltándole la condición de ser típica, deja de ser delito. Por eso es que la tipicidad es elemento del delito, e importantísimo; no es inútil entonces su sistematización y su conocimiento” GAITÁN, Bernardo. *Curso de derecho penal general*, p. 126.

<sup>32</sup> Se excluye de este debate la situación de inimputabilidad que le impiden al agente comprender la ilicitud de su actuar y/o determinarse de acuerdo con esa comprensión, de conformidad con lo normado en el artículo 33 de la Ley 599 de 2000.

de la conducta dependerá de la finalidad de consumo personal, que debe encontrarse acreditada.

En consecuencia, una diligencia debida por parte de la administración de justicia para lograr el conocimiento y consecuente comparecencia del sujeto judicializado por este comportamiento, permite la eventual acreditación de la condición de drogadicto y el rompimiento de la conclusión axiomática entre superación de la cantidad de dosis personal con la adecuación típica de la conducta.

## **2. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA, VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN Y ADECUACIÓN DEL COMPORTAMIENTO COMO PECULADO POR APROPIACIÓN O ESTAFA AGRAVADA**

En materia penal, las regulaciones procesales han consagrado el principio de congruencia, también denominado de coherencia o de correlación entre acusación o sentencia<sup>33</sup>, como una garantía a favor del procesado, en armonía con su derecho de defensa<sup>34</sup>, que blindará la posibilidad de ser sorprendido en la sentencia frente a hechos y delitos que no fueron endilgados en su contra por parte del ente acusador y por los cuales no se tuvo oportunidad efectiva de controversia.

Ahora bien, en los procesos regidos por la Ley 600 de 2000 (artículo 404) es factible variar la calificación jurídica una vez concluida la práctica de pruebas e incluso se reconoce la posibilidad de que el juzgador degrade la adecuación típica en sede de sentencia, siempre y cuando se respete el núcleo central de la imputación fáctica<sup>35</sup>. Similar razonamiento ha admitido la Corte Suprema de Justicia Colombiana<sup>36</sup> para procesos

---

<sup>33</sup> Sentencia T-655 de 2015 de la Corte Constitucional Colombiana.

<sup>34</sup> Sentencia C-025 de 2010 de la Corte Constitucional Colombiana.

<sup>35</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 14 de febrero de 2002 [Radicado 18457] y sentencias del 9 de julio de 2002 [Radicado 19590] y 18 de agosto de 2010 [Radicado 33509].

<sup>36</sup> Sentencia del 24 de agosto de 2018 [Radicado 46227 (SP3580-2018)].

regidos por la Ley 906 de 2004<sup>37</sup>, permitiendo así la flexibilización del principio de congruencia<sup>38</sup>.

Sobre el principio de congruencia, en la sentencia del 23 de febrero de 2010 [Radicado 32805], la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia advirtió:

“(...) En la sistemática de la Ley 600 de 2000, en cuyo imperio se adelantó el proceso, la Sala ha reiterado que la congruencia como garantía y postulado estructural del proceso, implica que la sentencia debe guardar armonía con la resolución de acusación o el acta de formulación de cargos, en los aspectos personal, fáctico y jurídico. En el primero, debe haber identidad entre los sujetos acusados y los indicados en el fallo; en el segundo, identidad entre los hechos y circunstancias plasmadas en la acusación y los fundamentos de la sentencia; y, en el tercero, correspondencia entre la calificación jurídica dada a los hechos en la acusación y la consignada en el fallo... La congruencia personal y fáctica es absoluta y la jurídica es relativa porque el juez puede condenar por una conducta punible diferente a la imputada en el pliego de cargos, siempre y cuando no agrave la situación del procesado con una pena mayor”

Ahora bien, en la sentencia T-1038 de 2012 de la Corte Constitucional Colombiana, se analizó la posible vulneración al principio de congruencia, atendiendo la variación de la calificación jurídica surtida durante el proceso (de peculado por apropiación a estafa agravada) y la condena del Juez de primera instancia con base en la misma; no obstante, el Tribunal en segunda instancia modificó la sentencia objeto del recurso de alzada, acogiendo la calificación jurídica expresada en la resolución de acusación (peculado por apropiación).

---

<sup>37</sup> Se establece en el artículo 448 que el acusado no podrá ser condenado por hechos que no consten en la acusación ni por delitos por los cuales no se haya solicitado condena.

<sup>38</sup> Una mención al tránsito legislativo colombiano sobre este tema en FERNÁNDEZ, Whanda. Reflexiones sobre la variación de la calificación provisional. In: GAITÁN, Bernardo [et al.]. *Estudios penales*. Homenaje al Maestro Bernardo Gaitán Mahecha. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Legis, p. 717-729, 2005, p. 721-722.

En materia sustancial, resulta necesario exponer algunas precisiones sobre los delitos en cuestión. Por ejemplo, en lo que atañe al bien jurídico<sup>39</sup>, mientras que el delito de peculado por apropiación atenta contra la administración pública, la estafa agravada propugna por la protección del patrimonio económico. A continuación, otras particularidades de estos delitos:

**Tabla No 1.** Peculado por apropiación vs. estafa agravada

<b>PECULADO POR APROPIACIÓN (artículo 397 del Código Penal Colombiano)</b>	<b>ESTAFA AGRAVADA (artículo 246 del Código Penal Colombiano)</b>
<i>Exige un sujeto activo cualificado: Servidor público (artículos 123 Constitucional y 20 del Código Penal) *Un particular podría actuar como interviniente o extraneus<sup>40</sup> (artículo 30 del Código Penal)</i>	<i>El sujeto activo es indeterminado.</i>
<i>El servidor público debe tener disponibilidad jurídica administrativa (administración, tenencia o custodia) de los bienes del Estado.</i>	<i>Se agrava cuando el objeto material son bienes del Estado (artículo 267-2 del Código Penal).</i>
<i>El desplazamiento del patrimonio del Estado a favor del sujeto activo o de un tercero se da como consecuencia de la disponibilidad jurídica administrativa sobre el bien.</i>	<i>El desplazamiento del patrimonio del Estado a favor del sujeto activo o de un tercero se da como consecuencia del error inducido por aquel mediante el empleo de artificios o engaños.</i>

**Fuente:** Elaboración propia de los autores.

<sup>39</sup> “La variación de la calificación provisional entraña el quebrantamiento de derechos fundamentales, cuando comporta diversidad del bien jurídico protegido, y los delitos son de carácter heterogéneo” FERNÁNDEZ, Whanda. Reflexiones sobre la variación de la calificación provisional, p. 728.

<sup>40</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 21 de julio de 2022 [Radicado 61110 (SP2536-2022)].

Así, la estrategia de defensa frente a la imputación de alguno de estos delitos fluctúa entre las características del sujeto activo, la disponibilidad jurídica de los bienes estatales y la existencia o no de un error inducido. Entre tanto, la congruencia flexible obliga a generar una estrategia de defensa que abarque las particularidades de ambos delitos y en definitiva de todo el código penal.

Empero, conforme la jurisprudencia constitucional y de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia Colombiana, los jueces pueden fallar con base en la adecuación fáctica y jurídica realizada en la resolución de acusación, la variación de la calificación jurídica, la hipótesis que el Juez haya formulado en la audiencia o una conducta atenuada, sin que exista límite en la ubicación del comportamiento dentro de la parte especial del Código Penal.

Para ejemplificar lo anterior, la Corte Constitucional (sentencia T-1038 de 2012) brinda los siguientes supuestos de fluctuación: (i) de peculado culposo a peculado por apropiación, (ii) de estafa o abuso de confianza calificado a peculado por apropiación (*supra*), (iii) de cómplice a autor, etc. Las preguntas que surgen al respecto son: ¿Será lo mismo defenderse de un tipo comisivo imprudente que de un tipo doloso? ¿Será lo mismo atacar las particularidades de un delito contra el patrimonio económico que las de un delito contra la administración pública? ¿Será lo mismo plantear una estrategia de defensa relacionada con la accesoriedad de la participación frente a la actuación principal del autor? Las respuestas negativas a estos interrogantes son fundamentadas en las siguientes premisas:

- En materia de imprudencia, la estrategia defensiva girará en torno a demostrar la inexistencia de la violación al deber objetivo de cuidado. La congruencia flexible demandará acreditar la inexistencia del dolo, la culpa y la preterintención, abarcando integralmente el examen de la tipicidad subjetiva.
- En materia de autoría y participación, la estrategia defensiva girará en torno a la accesoriedad si la persona es imputada como cómplice. La congruencia flexible demandará desacreditar la inexistencia del dominio del hecho y cualquier contribución al ilícito.

Al respecto resulta importante la aclaración de voto del Magistrado Mauricio González Cuervo a la sentencia T-1038 de 2012 de la Corte Constitucional:

“2. Desde el punto de vista de la regla de decisión de la sentencia T-1038 de 2012 es factible conocer los posibles encuadramientos de la conducta, pues la condena se dio dentro del espectro de conductas discutidas en el proceso. Sin embargo, en otros casos en donde las circunstancias no sean tan claras, adoptar el principio sin miramientos puede generar un desbalance en el equilibrio de armas en el proceso penal, pues *otorgar la facultad a los jueces de escoger uno u otro núcleo jurídico, sin necesariamente abrir un espacio de debate para el procesado antes de que el juez tome la opción, debilita esa garantía que constituye el conocer previamente a la sentencia los motivos por los que es acusado por el Estado*. Esto es así, entendiendo tal conocimiento como el que se da cuando hay un único núcleo jurídico de la acusación. Se conjeturan algunos escenarios que podrían llegar, en un determinado caso y con unas circunstancias bien particulares, a disminuir marcadamente el alcance de esa garantía, como aquel en el que el procesado deba defenderse frente a varios delitos mientras la Fiscalía encamina su caso frente a uno –claro desequilibrio entre las partes-, y especialmente el escenario en el que la defensa frente a una conducta pueda implicar una autoincriminación frente a otra desechada por, hipotéticamente, coincidir la defensa con el reconocimiento de la ejecución de la acción rectora de otra conducta.” (Resaltado fuera del texto).

En el caso objeto central del análisis (sentencia T-1038 de 2012), los procesados no fueron sorprendidos, comoquiera que durante toda la fase de juzgamiento conocieron la imputación jurídica por la cual resultaron condenados en definitiva y de esa manera pudieron ejercer a cabalidad con su derecho de defensa<sup>41</sup>. Esto es diferente al supuesto en el cual la

---

<sup>41</sup> Para Fernández, el acusado debería contar con la posibilidad de rendir una diligencia de indagatoria, frente a la variación de la calificación que hace más gravosa su situación, ya que las finalidades de ese medio de defensa no se satisfacen con el interrogatorio consagrado en el artículo 403 de la Ley 600 de 2000. FERNÁNDEZ, Whanda. Reflexiones sobre la variación de la calificación provisional, p. 727. “En la indagatoria que se hace sin juramento y bajo la idea de que es una oportunidad que se brinda para que el sindicado confiese,



persona resulta condenada por un delito que no fue objeto del debate procesal, que en todo caso podría ser adoptado en la sentencia con base en las reglas sentadas por la Corte Suprema de Justicia y avaladas por la Corte Constitucional, que a nuestro parecer atentan contra el derecho de defensa.

### **3. PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN POR PRESCRIPCIÓN Y CLASIFICACIÓN DEL TIPO SEGÚN LA NATURALEZA DE LA ACCIÓN.**

Señala el artículo 28 de la Constitución Política de Colombia que no existen penas ni medidas de seguridad imprescriptibles.

En materia penal la prescripción puede ser respecto de la acción o de la sanción. Mientras que la prescripción de la acción penal es un reproche en contra del Estado, por la inactividad para concluir la tramitación del rito procesal, la prescripción de la sanción penal recrimina la imposibilidad de captura, a pesar de la existencia de una pena privativa de la libertad, contenida en una sentencia condenatoria.

Al respecto, Gaitán<sup>42</sup> señalaba:

“El fenómeno de la prescripción tiene fundamento en que no es posible mantener latente la prosecución de un juicio, cuando ha transcurrido cierto tiempo, sin que por negligencia o dificultades de diverso orden haya podido la sociedad hacer efectiva esa acción, contra el delincuente; de la misma manera en el caso de la pena, cuando ésta no ha podido hacerse efectiva”

“Los términos de la prescripción son arbitrarios por parte del legislador, y ellos se basan en una aproximación del tiempo en que las distintas circunstancias que rodean el hecho y su naturaleza, hacen presumible que el motivo social para la acción ha desaparecido; lo propio ocurre tratándose del cumplimiento de la pena”<sup>43</sup>

---

con rebaja de pena incluida, se parte de ciertos hechos que han permitido al instructor suponer fundadamente que el sindicado es autor o partícipe del hecho que se investiga. Por eso se le llama a rendir indagatoria”. GAITÁN, Bernardo. La presunción de inocencia. Comentarios a la ponencia del Doctor Jaime Bernal Cuellar. *Revista ICDP*, Vol. 20, No. 20, p. 213-220, 1996, p. 215.

<sup>42</sup> GAITÁN, Bernardo. *Esquema de derecho procesal penal colombiano*, p. 185.

<sup>43</sup> En sentido similar lo expresa en GAITÁN, Bernardo. *Curso de derecho penal general*, p. 270 y 305.

En este sentido, establece el artículo 83 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal Colombiano) que “la acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley”, sin que pueda ser inferior a 5 ni superior a 20 años, salvo algunas excepciones que no serán desarrolladas por no hacer parte del objetivo de este trabajo”<sup>44</sup>. A su vez, el artículo 86 del mismo compendio punitivo establece que la prescripción de la acción penal se interrumpe, en los procesos regidos por la Ley 600 de 2000, con la resolución acusatoria debidamente ejecutoriada o, con la formulación de imputación, en los procesos regulados por la Ley 906 de 2004), comenzando a correr nuevamente por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83 (*supra*), sin que sea inferior a 5 años ni superior a 10. Por su parte, de conformidad con el artículo 89 del mismo Código Penal, la pena privativa de la libertad prescribe en el término fijado en la sentencia (con algunas excepciones establecidas en los tratados internacionales ratificados por Colombia), sin que este pueda ser inferior a 5 años y se interrumpe con la aprehensión del sentenciado.

Ahora bien, para analizar el término de prescripción y la eventual configuración de la causal consagrada en el numeral 1° del artículo 332 de la Ley 906 de 2004 (preclusión de la investigación por imposibilidad de iniciar o continuar con el ejercicio de la acción penal) es necesario tener en cuenta la clasificación de los tipos penales según la naturaleza de la acción<sup>45</sup>, algunos de ejecución permanente o de tracto sucesivo (la acción

---

<sup>44</sup> Sobre esas particularidades ver SEMILLERO EN DERECHO PENITENCIARIO DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA y SEMILLERO EN PSICOLOGÍA FORENSE DE LA UNIVERSIDAD EL BOSQUE. Inconstitucionalidad de la Ley 2081 de 2021. *Universitas Estudiantes*, No. 23, p. 95-114, 2021, p.101-103. Estas disposiciones legales son aplicables a todos los delitos en particular, dentro de una función de paréntesis de la parte general, en relación con la parte especial. Al respecto ver DE LA VEGA, Orlando. La relación entre la parte especial y la general del derecho penal. *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXIV, No. 2, p. 313-332, 2021, p. 324-326.

<sup>45</sup> POSADA, Ricardo. *Delitos contra la vida y la integridad personal*, Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2015, p. 42. “5. Instantáneos y permanentes. Son delitos instantáneos aquellos en que la acción se extingue en un solo momento, como en el hurto; el delito es permanente cuando la acción no se agota en un solo momento: esta permanencia puede ser necesaria o eventual; es necesaria cuando se exige como condición para la existencia del delito, como en la asociación para delinquir (artículo 208 del Código penal), y es eventual cuando su permanencia depende de la voluntad del agente, como en el secuestro, en

se prolonga en el tiempo) y otros de ejecución instantánea (se agota en un solo momento). A su vez se debe tener en cuenta la unidad y pluralidad de acciones, en especial frente a la figura del delito continuado (varios actos parciales conectados entre sí por una relación de dependencia<sup>46</sup>)<sup>47</sup>.

Así, mientras que el abuso de confianza y el peculado por apropiación son de ejecución instantánea<sup>48</sup>, delitos como el secuestro extorsivo y la desaparición forzada son de ejecución permanente<sup>49</sup>. En estos últimos, el lapso prescriptivo comienza con el último acto de su ejecución.

Ahora bien, el hecho que la conducta se materialice a través de varios actos, con unidad de designio criminal<sup>50</sup>, no muta la calidad del delito de ejecución instantánea a ejecución permanente. Así, en la sentencia del 9 de marzo de 2016 [Radicado 39464 (SP2933-2016)] - se advirtió que el delito de daño a los recursos naturales es de ejecución instantánea y los diferentes actos desplegados por el agente con un único objetivo, que afectaron el ecosistema, los recursos asociados a ella o

---

la usurpación de funciones públicas, etc". GAITÁN, Bernardo. *Curso de derecho penal general*, 111.

<sup>46</sup> VELÁSQUEZ, Fernando. *Manual de Derecho penal*, p. 991. Sobre el tema ver POSADA, Ricardo. *Delito continuado y concurso de delitos*. Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2012.

<sup>47</sup> Como elementos del delito continuado, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia Colombiana ha señalado los siguientes: "(i) Un componente subjetivo constituido por el plan preconcebido por el autor, identificable por la finalidad", "(ii) El despliegue de pluralidad de comportamientos de acción u omisión" y "(iii) La identidad del tipo penal afectado con los tales comportamientos." Sentencia del 14 de febrero de 2018 [Radicado 51233 (SP194-2018)].

<sup>48</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 21 de octubre de 2013 [Radicado 38433] - sobre abuso de confianza- y auto del 2 de diciembre de 2015 [Radicado 46176 (AP7147-2015)] - sobre peculado por apropiación-.

<sup>49</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 15 de julio de 2015 [Radicado 45795 (SP9145-2015)] - sobre secuestro- y sentencia del 16 de febrero de 2015 [Radicado 45143 (SP17548-2015)] - sobre desaparición forzada-.

<sup>50</sup> "Hay delito continuado cuando con varias acciones se viola la misma disposición penal, siempre y cuando que ellas se realicen con unidad de propósito o designio criminoso". GAITÁN, Bernardo. *Curso de derecho penal general*, p. 232.

áreas especialmente protegidas se enmarcan dentro de la figura de delito continuado<sup>51</sup>. El término de prescripción en estos eventos se empieza a contabilizar desde la consumación del delito, que coincide con el último acto realizado - como ocurre con los delitos de ejecución permanente -.

Si en el transcurso del proceso se identifica el cumplimiento del término de prescripción, se deberá solicitar la preclusión de la investigación ante el Juez de Conocimiento, salvo que las diligencias se encuentren en fase de indagación, evento en el cual la Fiscalía puede archivar las mismas<sup>52</sup>. En todo caso, de no hacerse dicha solicitud, el Juez de conocimiento deberá declararla de oficio en su sentencia, o incluso en sede de casación.

#### **4. LA TIPICIDAD OBJETIVA COMO ELEMENTO DIFERENCIADOR DE LA PRECLUSIÓN Y EL ARCHIVO DE LAS DILIGENCIAS<sup>53</sup>.**

Establece el artículo 79 de la Ley 906 de 2004 que “Cuando la Fiscalía tenga conocimiento de un hecho respecto del cual constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, o indiquen su posible existencia como tal, dispondrá el archivo de la actuación”. Por su parte, el artículo 332 de la misma codificación procesal dispone la procedencia de la preclusión en siete eventos, siendo importante resaltar, para efectos de la controversia atinente al presente apartado (tipicidad objetiva), la exclusión de responsabilidad penal y la atipicidad del hecho investigado. En estos casos, entre otras situaciones dispuestas en el artículo 32 del Código Penal Colombiano, puede decirse

<sup>51</sup> En el mismo sentido la sentencia de la misma Corporación datada 1º de junio de 2016 [Radicado 47504 (SP7436-2016)] - sobre la contaminación ambiental como delito continuado.

<sup>52</sup> Lo mismo ocurre en los supuestos de caducidad de la querrela. Ver auto de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, fechado 5 de julio de 2007 [Radicado 11001-02-30-015-2007-0019] - sobre diferencias entre archivo de las diligencias y preclusión de la investigación. A continuación, se abordará este tema.

<sup>53</sup> Este tema había sido trabajado preliminarmente en MESTRE, José Fernando. La dinámica inseparable del derecho penal sustancial y el procesal. In: PARRA, Jairo (Pdte.). *Derecho Procesal #Nuevas Tendencias*. XLI Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2020, p. 787-803.

que estamos, coincidentemente, ante circunstancias que impiden la caracterización de la conducta como delito.

La diferenciación de la procedencia material de la preclusión y del archivo no ofrece de entrada claras conclusiones<sup>54</sup>. Como se dijo, originalmente, la diferencia era básicamente de orden temporal, lo que se mantuvo hasta la sentencia C-591 de 2005 de la Corte Constitucional Colombiana. Desde ese momento en adelante, como la preclusión comenzó a proceder también antes de la formulación de la imputación, se hizo necesaria la generación de una diferenciación material.

Empero, con base en la sentencia del año 2005, nuestro Tribunal Constitucional declaró la inexecutable parcial del artículo 331 de la Ley 906 de 2004. Dicha norma disponía que la preclusión, como mecanismo de terminación anticipada de la actuación penal (sin condena), procedía únicamente después de la formulación de la imputación. De esa forma, quedaba clara y completamente diferenciada la preclusión de la investigación del archivo de las diligencias (el cual solamente procede antes de la imputación). Ante la incompatibilidad temporal, poco importaba que la procedencia sustancial de ambos mecanismos pudiera interpretarse como coincidente.

Por otra parte, en la sentencia C-1154 de 2005, la misma Corte Constitucional Colombiana declaró que el artículo 79 de la Ley 906 de 2004 era condicionalmente executable (constitucionalidad condicionada), “en el entendido de que la expresión “motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito” corresponde a la tipicidad objetiva y que la decisión será motivada y comunicada al denunciante y al Ministerio Público para el ejercicio de sus derechos y funciones”. En consecuencia, el archivo procede únicamente por atipicidad objetiva, mientras que cualquier otra circunstancia que implique desde la perspectiva sustancial que los hechos investigados no constituyen delito debe ser tramitada por la vía de la preclusión. Se procuró así aludir a un concepto del derecho penal material para dirimir una cuestión procesal.

---

<sup>54</sup> Frente a los efectos de estas figuras, importante destacar que en virtud del artículo 334 de la Ley 906 de 2004, la sentencia que decreta la preclusión hace tránsito a cosa juzgada, a diferencia del archivo de las diligencias.

Lo anterior, lejos de clarificar y simplificar el asunto, reveló la ausencia de univocidad en la comprensión de lo que es la “tipicidad objetiva” en la dogmática penal contemporánea. La Corte Suprema de Justicia, en su momento, consideró imperioso participar en el debate y dar luces sobre el particular, produciendo finalmente el auto del 5 de julio de 2007, dentro del radicado 11001023001520070019. En este pronunciamiento se criticó la cita de Roxin, que hizo la Corte Constitucional en la sentencia C-1154 de 2005<sup>55</sup> y se concluyó:

“Se desprende de lo expuesto que lo dicho por la Corte Constitucional sobre los elementos objetivos del tipo penal apenas si corresponde a una perspectiva, entre las muchas opciones interpretativas que nos presenta la dogmática jurídica contemporánea y la misma jurisprudencia especializada, por lo que, en consecuencia, le resulta perentorio a esta Sala proceder a introducir los correctivos que la realidad nacional y el plexo normativo demandan”.

Con ese preludeo, se esperaba un correcto abordaje teórico de la situación, reconociendo la equívocidad por la pluralidad de teorías y aproximaciones, pero precisando los criterios para resolver el asunto. Sin embargo; según la Corte Suprema de Justicia, el archivo procede en algunos supuestos bastante controversiales, varios de los cuales claramente no se relacionan con la atipicidad objetiva<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> Para tratar de explicar la tipicidad objetiva, la Corte Constitucional dijo: “Sin entrar en detalles doctrinarios sobre el tipo objetivo, se puede admitir que ‘al tipo objetivo pertenece siempre la mención de un sujeto activo del delito, de una acción típica y por regla general también la descripción del resultado penado’ (ROXIN, Claus. 1999. Derecho Penal. Parte General, Tomo I. Fundamentos la Estructura de la Teoría del Delito, p. 304. Madrid: Civitas)”. Complementando esa alusión doctrinal (extranjera) a la tipicidad objetiva, también dijo la Corte que “No le compete al fiscal, al decidir sobre el archivo, hacer consideraciones sobre elementos subjetivos de la conducta ni mucho menos sobre la existencia de causales de exclusión de la responsabilidad”.

<sup>56</sup> En esta misma línea la crítica que hace Peláez frente a la interpretación dogmáticamente errada y contraria al precedente de la Corte Constitucional, que hace la Corte Suprema de Justicia, para hacer precedente el archivo de las diligencias en casos de ausencia de lesividad y la negación, en consecuencia, de la atribución subjetiva del comportamiento como elemento de la tipicidad objetiva. PELÁEZ, José. Ubicación sistemática de la “ausencia de lesividad de

Por ejemplo, dice nuestro Tribunal de Casación, que la Fiscalía General de la Nación puede archivar (por ausencia de tipicidad objetiva) “cuando luego de adelantadas las averiguaciones, resulta imposible encontrar o establecer quién es el sujeto activo o pasivo de la acción”. Así, para la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia Colombiana, las deficiencias de índole investigativas en que puede incurrir el ente investigador, afectan la tipicidad de la conducta desplegada por el agente, con independencia de su afectación al bien jurídico tutelado y la imperiosa necesidad de proteger a las víctimas, siendo esta una obligación constitucionalmente asignada al mismo ente fiscal (numeral 7º, artículo 250 de la Constitución Política de Colombia).

Por el contrario, en el mencionado auto se afirma que:

“cualquier discusión que desborde los anteriores parámetros, como por ejemplo las que se refieran a la calidad del sujeto activo del punible, impide que las diligencias puedan ser archivadas directamente por parte de la Fiscalía”.

Con base en lo anterior, en tratándose de un delito que exige un sujeto activo calificado<sup>57</sup>, no se encuentran satisfechas las características o condiciones dispuestas en el tipo objetivo para cualificar al sujeto investigado, se debe acudir a la preclusión y no el archivo. En los delitos especiales<sup>58</sup>, la cualificación del sujeto activo corresponde a una cuestión de tipicidad objetiva<sup>59</sup>, *contrario sensu* a lo interpretado por nuestra Corte Suprema de Justicia.

---

la conducta” en la teoría del delito. *Nuevo Foro Penal*, Vol. 17 No. 97, 2021, p. 13–67, 59.

<sup>57</sup> “5. Suele tenerse en cuenta la condición jurídica de la persona cuando es indispensable cierta relación calificada”. GAITÁN, Bernardo. *Curso de derecho penal general*, p. 117.

<sup>58</sup> “Todas las normas penales se refieren siempre a alguien, porque la conducta como fenómeno jurídico supone un quehacer humano. Pero esa referencia se hace de modo diferencial, según el alcance de la incriminación: así, puede ser en sentido singular, o en sentido plural, o teniendo en cuenta las condiciones generales, naturales, jurídicas, o sociales de la persona” GAITÁN, Bernardo. *Curso de derecho penal general*, p. 115.

<sup>59</sup> “Al tipo objetivo pertenece siempre la mención de un sujeto activo del delito, de una acción típica y por regla general también la descripción del resultado

Por otra parte, dentro de los “otros elementos” que dan lugar al archivo, la providencia en comento hace referencia a varios temas de manera contradictoria, como por ejemplo, respecto de la (i) posición de garante<sup>60</sup> y la (ii) imputación objetiva<sup>61</sup>. Así, la atipicidad de la conducta dependería de lo evidente que se muestre la posición de garante o su eventual controversia en cada caso y de la discusión en torno a la relación de causalidad, respectivamente.

También señala nuestro Tribunal de Casación que no es procedente el archivo de las diligencias “Cuando el hecho se considere ejecutado bajo causal excluyente de la responsabilidad ... (por ejemplo, fuerza mayor o caso fortuito)”, es decir, en eventos que son considerados como de ausencia de acción<sup>62</sup>. Esto contraría la doctrina que ubica la acción dentro del aspecto objetivo del tipo comisivo doloso<sup>63</sup>. En esta misma línea es discutible el supuesto en el que la Fiscalía no puede archivar las diligencias, en cuanto al resultado: “Cuando en los delitos culposos se discute la infracción al deber objetivo de cuidado, el principio de confianza o el

---

penado” ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General*, p. 304. En la misma línea, el profesor Velásquez analiza dentro del aspecto objetivo del tipo comisivo doloso, el sujeto y sus calidades especiales. VELÁSQUEZ, Fernando. *Manual de Derecho penal*, p. 571-572.

<sup>60</sup> Se señala en el Fundamento jurídico V, 4 (d) [auto del 5 de julio de 2007 (Rad. 11001023001520070019)] “Cuando en un delito de omisión impropia o comisión por omisión es evidente que el sujeto no tiene la calidad de garante”. Ahora bien, en el Fundamento jurídico VI, 4 (e) se indica que no procede el archivo “Cuando la controversia gira alrededor de la existencia o no de una posición de garante en los delitos de omisión impropia o comisión por omisión”

<sup>61</sup> Se señala que procede el archivo “En cuanto a la relación de causalidad en aquellos supuestos en los que de acuerdo al estado de la ciencia resulta imposible señalar que una acción concreta sea la generadora de un resultado” Fundamento jurídico V, 4 (a) [auto del 5 de julio de 2007 (Rad. 11001023001520070019)]. Más adelante, en el Fundamento jurídico VI, 4 (b) se indica que no procede el archivo “En cuanto a la relación de causalidad en aquellos supuestos en los que de acuerdo al estado de la ciencia resulta discutible señalar que una acción concreta sea la generadora de un resultado”.

<sup>62</sup> “Hay acción cuando existe una conducta humana voluntaria, constituida por un hacer o no hacer y que produce una mutación externa” Gaitán, Bernardo. *Curso de derecho penal general*, p. 99.

<sup>63</sup> Cfr. VELÁSQUEZ, Fernando. *Manual de Derecho penal*, p. 574.



criterio del hombre medio”, que hace parte del aspecto objetivo del tipo comisivo imprudente<sup>64</sup>.

Finalmente y limitando su explicación a la enunciación de un ejemplo, se señala que no es viable archivar las diligencias “en los delitos de mera conducta o actividad”, lo que invita a pensar que respecto de esos delitos no existen cuestiones relacionadas con la tipicidad objetiva, lo que resulta inconcebible.

Así, de conformidad con el precedente constitucional, aparejado a la interpretación de la Sala de Casación Penal de nuestra Corte Suprema de Justicia, resulta fundamental establecer los alcances del concepto material de tipicidad objetiva, con miras a optar entre los mecanismos procesales del archivo de las diligencias y la preclusión de la investigación.

## 5. COAUTORÍA Y HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES<sup>65</sup>.

Desde el año 2017, la Sala de Casación Penal de nuestra Corte Suprema de Justicia ha venido construyendo una línea jurisprudencial que tiende a desarrollar el concepto de “hechos jurídicamente relevantes”<sup>66</sup>, el cual es mencionado en los artículos 288 y 337 de la Ley 906 de 2004, para regular el contenido de la formulación de la imputación y del escrito de acusación. Esencialmente, la Sala de Casación Penal ha concluido que “los hechos jurídicamente relevantes son los que corresponden al presupuesto fáctico previsto por el legislador en las respectivas normas penales”<sup>67</sup>. En consecuencia, la formulación de la imputación y el escrito de acusación, como actos procesales de iniciación del proceso penal, deben contener una relación completa de los datos fácticos pertinentes

---

<sup>64</sup> Cfr. VELÁSQUEZ, Fernando. *Manual de Derecho penal*, p. 683-687.

<sup>65</sup> Este tema había sido trabajado preliminarmente en MESTRE, José Fernando. “Los hechos jurídicamente relevantes en la formulación de la pretensión penal”, en: *Memorias XI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Medellín, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2019, 17-40.

<sup>66</sup> Sobre el tema ver SARAY, Nelson & PELÁEZ, Jose. *Los hechos jurídicamente relevantes en el proceso penal*. Construcción y aplicación práctica, Bogotá: Leyer, 2022.

<sup>67</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, providencia del 8 de marzo de 2017, Rad. 44599 (SP3168-2017)]

para construir una serie de silogismos en los que los tipos penales, sus normas derivadas o modificatorias y las normas de la parte general del Código Penal que resulten aplicables, constituyen las premisas mayores y estos datos las premisas menores.

Si el apartado de hechos jurídicamente relevantes en estos actos no contiene todos los datos que conforman el supuesto de hecho de las normas jurídicas que se pretenden hacer valer en el juicio por el ente fiscal, se generan una serie de efectos procesales de gran trascendencia. Por una parte, el derecho de defensa del procesado puede resultar trasgredido si no conoce los cargos que le son endilgados, lo cuales debieron ser explicados en un lenguaje comprensible para aquel, debiendo indicarse expresamente las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que aconteció el comportamiento<sup>68</sup>. Por otra parte, se trastorna la estructura básica del juicio, pues en virtud de la congruencia (*supra* 2.), no sería posible para el Juez aplicar en la sentencia la norma pretendida, ya que “El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación”<sup>69</sup>.

Dadas estas situaciones, consistentes en defectos esencialmente procesales provenientes de cuestiones sustanciales, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia Colombiana ha tenido que decretar nulidades (*supra* introducción) o proferir absoluciones, sin perjuicio de instar a los jueces a ejercer sus funciones de dirección de audiencia y a la Fiscalía a perfeccionar su técnica acusatoria, para evitar estas soluciones.

Uno de los temas en los que más frecuentemente se han visto yerros dogmáticos con incidencia procesal en las imputaciones y acusaciones de la Fiscalía es en la coautoría<sup>70</sup>.

De antaño, Gaitán<sup>71</sup>, señalaba que:

“Se denominan coautores a aquellos copartícipes que colaboran, con acuerdo de voluntad, en el desarrollo de la acción criminosa interviniendo en cualquiera de las etapas de la fase objetiva del *iter criminis*”.

<sup>68</sup> Literal h, artículo 8 de la Ley 906 de 2004

<sup>69</sup> Artículo 448 de la Ley 906 de 2004

<sup>70</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, providencia del 11 de diciembre de 2018, Rad. 52311 (SP5660-2018)].

<sup>71</sup> GAITÁN, Bernardo. *Curso de derecho penal general*, p. 205.

Ahora bien, con base en lo normado en el artículo 29 del Código Penal Colombiano, los elementos de la coautoría son tres: i) el acuerdo común entre los coautores, ii) la división del trabajo criminal fruto de ese acuerdo y iii) la importancia del aporte de cada coautor, de manera que pueda diferenciarse su intervención principal de la accesoria de un simple cómplice.

Más allá de estos elementos que se desprenden directamente de la norma aplicable, la doctrina y la jurisprudencia han enriquecido el análisis con una serie de cuestiones que permiten diferenciar la coautoría de otras instituciones<sup>72</sup>.

Así por ejemplo, se ha comprendido que el último aparte de la norma citada implica la adopción de la teoría del dominio del hecho, pues la llamada importancia del aporte da cuenta de un codominio funcional, alejándose de teorías extensivas o subjetivas para la diferenciación de los cómplices y los coautores<sup>73</sup>.

Igualmente, se han presentado interesantes discusiones sobre el particular al plantear la posible aplicación de la doctrina de los delitos de infracción de deber, propuesta por el maestro Roxin para la definición de la autoría en cierta clase de delitos<sup>74</sup>.

Adicionalmente, se ha desarrollado un concepto diferenciado de la coautoría, denominado autoría accesoria o paralela<sup>75</sup>, para casos en los que no hay un acuerdo entre quienes intervienen en los hechos y producen los resultados típicos sin vínculo subjetivo alguno. En este caso, no aplicaría la imputación recíproca de conductas, que es la principal consecuencia práctica de la coautoría para efectos penales.

En desarrollo de lo anterior, para los casos de coautoría, con independencia de las dificultades concretas de los casos puntuales, la

---

<sup>72</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, providencia del 2 de septiembre de 2019, Rad. 29221.

<sup>73</sup> HERNÁNDEZ, Alberto. Autoría y Participación. In: URBANO, Jose Joaquín [et al.]. *Lecciones de Derecho Penal*. Parte General, 2º Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 267-305, 2011.

<sup>74</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

<sup>75</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, providencia del 4 de mayo de 2011, Rad. 33551.

Corte Suprema de Justicia ha planteado que para ser dogmáticamente correcta, la acusación debe contener los siguientes elementos dentro de la relación de hechos jurídicamente relevantes: “i) cuál fue el delito o delitos cometidos, con especificación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar; ii) la participación de cada imputado o acusado en el acuerdo orientado a realizar esos punibles; iii) la forma cómo fueron divididas las funciones; iv) la conducta realizada por cada persona en particular y v) la trascendencia del aporte realizado por cada imputado o acusado, lo que, más que enunciados genéricos, implica establecer la incidencia concreta de ese aporte en la materialización del delito, etc”<sup>76</sup>. Esta termina convirtiéndose en la herramienta idónea para afrontar situaciones particulares, como por ejemplo aquellas relacionadas con el delito de concierto para delinquir o las figuras de autoría y participación que se concretan en la imputación a título de coautores o cómplices.

Aquí, importante nuevamente las enseñanzas del maestro Gaitán sobre el tema, que con el paso del tiempo se mantienen vigentes, especificando que los cómplices cooperan en la ejecución del delito pero no intervienen directamente en la realización de los actos propios de la causalidad física<sup>77</sup> y ofreciendo criterios diferenciadores entre coautoría y la entonces asociación para delinquir (hoy concierto para delinquir), demandando esta última un propósito de permanencia para cometer delitos<sup>78</sup>. Esto es complementado en el capítulo undécimo (sección V) al analizar las formas especiales de coparticipación penadas como delitos autónomos en el Código Penal Colombiano<sup>79</sup>, reiterando que la asociación para delinquir supone un pacto para cometer delitos, mediando el acuerdo común y la ayuda recíproca.

En fin, más allá de las múltiples construcciones dogmáticas alrededor de la coautoría, lo cierto es que, si el acusador pretende la

<sup>76</sup> Cfr., entre otras, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencias del 11 de diciembre de 2018, Rad. 52311 (SP5660-2018), 20 de enero de 2021, Rad. 48154 (SP021-2021), 10 de marzo de 2021 Rad. 54658 (SP741-2021) y 2 de enero de 2022, Rad. 59100 (SP566-2022).

<sup>77</sup> GAITÁN, Bernardo. *Curso de derecho penal general*, p. 205

<sup>78</sup> GAITÁN, Bernardo. *Curso de derecho penal general*, p. 209

<sup>79</sup> GAITÁN, Bernardo. *Curso de derecho penal general*, p. 211-212.

condena del acusado en calidad de coautor, requiere incorporar como hechos jurídicamente relevantes todos los sustratos fácticos que den cuenta de los elementos que la ley y la doctrina requieren para la configuración de la coautoría. La Sala de Casación Penal de nuestra Corte Suprema de Justicia ha hecho alusión al tema en múltiples oportunidades, revelando una vez más la estrecha vinculación entre el derecho penal sustancial y la aplicación correcta de los instrumentos procesales.

## **CONSIDERACIONES FINALES**

Como advertía el maestro Gaitán Mahecha, la separación nominativa entre derecho penal sustantivo (función normativa) y adjetivo (efectividad de los derechos), solo es admisible teóricamente, pero no en la práctica. Así, su conjunción es imprescindible para pregonar justicia en cada caso concreto.

Aunque las normas sustanciales y las procesales tienen su propio ámbito de regulación y aplicación, los vínculos, puntos de contacto e imbricaciones recíprocas son cada vez más evidentes en diferentes aspectos. La solución procesal de diferentes asuntos como las implicaciones probatorias de la ausencia del procesado, la afectación de la congruencia, la contabilización de los términos de prescripción, la diferenciación del archivo y la preclusión o la adecuada relación de hechos jurídicamente relevantes, entre muchas otras situaciones, no puede concretarse sin un correcto abordaje de las cuestiones sustanciales y dogmáticas propias de la parte general del derecho penal.

Razones pedagógicas y metodológicas han propiciado que en las Universidades existan asignaturas diferentes para la enseñanza del derecho penal sustancial y del derecho procesal penal. Incluso los legisladores han optado habitualmente por expedir separadamente el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal. Sin embargo, el estudio de las ciencias penales revela la inescindibilidad de estos dos saberes que realmente conforman una unidad práctica, pues los operadores jurídicos en general, que carezcan de la formación adecuada en uno de ellos, tendrán dificultades para su ejercicio.

Igualmente, hacen parte de una unidad político criminal con fines comunes (como la denominaba Maier), lo que hace que los promotores, gestores, evaluadores y decisores de políticas públicas realicen su actividad teniendo en cuenta todos los escenarios que interactúan en lo procesal y lo sustancial para una mayor efectividad.

Por último, los respectivos profesores, aunque en algunos casos han logrado ocultar o matizar sus eventuales deficiencias en alguna de las áreas, deben reconocer la inescindibilidad de las dinámicas procesales y sustanciales y complementar sus escritos y reflexiones con estos aspectos. Así lo hizo Bernardo Gaitán Mahecha y lo reveló con sus textos y sus clases, al igual que en su actividad como actor político y como profesional del Derecho.

Hoy, transcurrido casi un lustro de su partida, le rendimos un sentido homenaje a este tratadista, evidenciando la actualidad de sus enseñanzas a través del análisis de casos contemporáneos, con la pretensión de tener una mejor aplicación del derecho penal, en la tramitación del rito procesal.

## REFERENCIAS

BERNAL, Jaime, MONTEALEGRE, Eduardo. *El proceso penal*. Estructura y garantías procesales. 6° Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

BERNATE, Francisco. El principio de oralidad. In: BERNATE, Francisco [et al.]. *Sistema Penal Acusatorio*. Bogotá: Universidad del Rosario y Dike, 2005. p. 61- 83, 2005. DE LA VEGA, Orlando. La relación entre la parte especial y la general del derecho penal. *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXIV, No. 2, 313-332, 2021. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502021000200313>

DE-LORENZI, Felipe. Pode o estado exigir resultados na colaboração premiada? intersecções entre justiça penal negociada, princípio da culpabilidade e teoria do delito. *Revista de Estudos Criminais*. n. 82, p. 93-115, 2021.

DE-LORENZI, Felipe. A determinação da pena na colaboração premiada: análise da fixação dos benefícios conforme a Lei 12.850/2013 e o STF. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 155. ano 27. p. 293-337, 2019.

FERNÁNDEZ, Whanda. Reflexiones sobre la variación de la calificación provisional. In: GAITÁN, Bernardo [et al.]. *Estudios penales*. Homenaje al Maestro Bernardo

Gaitán Mahecha. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Legis, p. 717-729, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Teoría del garantismo penal. IBÁÑEZ, Perfecto, RUIZ, Alfonso y BAYÓN, Juan (Trad.), Madrid: Trotta, 1995.

GAITÁN, Bernardo. Notas previas para el estudio del derecho procesal penal. *Vniversitas*, V.7, p. 45 – 51, 1954.

GAITÁN, Bernardo. Sujetos procesales, procedibilidad, condiciones de la acción, presupuestos procesales y acción penal. *Vniversitas*, V.10, p. 167 – 182, 1956.

GAITÁN, Bernardo. Las partes en el proceso penal. *Vniversitas*, V.13, p. 243 – 250, 1957.

GAITÁN, Bernardo. *Esquema de derecho procesal penal colombiano*. Bogotá: Temis, 1958.

GAITÁN, Bernardo. *Curso de derecho penal general*, Bogotá: Ediciones Lerner, 1963.

GAITÁN, Bernardo. Fuentes del derecho procesal penal. *Vniversitas*, V.31, p. 110 – 126, 1966.

GAITÁN, Bernardo. La presunción de inocencia. Comentarios a la ponencia del Doctor Jaime Bernal Cuellar. *Revista ICDP*, Vol. 20, No. 20, 1996, p. 213-220. <http://dx.doi.org/10.32853/01232479.v20.n20.1996.231>

GAITÁN, Bernardo. El sistema acusatorio en Colombia. In: CANCINO, Antonio (comp.). *Derecho penal y sistema acusatorio en Iberoamérica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 263-277, 2003.

GAITÁN, Bernardo. El derecho penal conforme a las concepciones modernas. In: GAITÁN, Bernardo [et al.]. *Estudios penales*. Homenaje al Maestro Bernardo Gaitán Mahecha. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Legis, p. 1-13, 2005.

GAITÁN, Bernardo. La dualidad de sistemas procesales en Colombia y las modernas tendencias. In: RAMÍREZ, Andres y COTE, Gustavo (Eds.). *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*. Derecho Penal, Tomo II. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana y Temis, p. 539 – 549, 2010.

GRANADOS, Jaime. Antecedentes y estructura del proyecto de Código de Procedimiento Penal. *Vniversitas*, V.54, No. 109, p. 11 – 71, 2005. <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14698>

HERNÁNDEZ, Alberto. Autoría y Participación. In: URBANO, Jose Joaquín [et al.]. *Lecciones de Derecho Penal*. Parte General, 2º Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 267-305, 2011.

HERNÁNDEZ, Norberto. Receptación y dogmática penal. Estudio de caso en el contexto del sistema penal acusatorio colombiano. *Revista Advocatus* No. 24, p. 189-214, 2015. <https://doi.org/10.18041/0124-0102/advocatus.24.988>

HERNÁNDEZ, Norberto. La conducta de “llevar consigo” en el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes. Reflexiones a propósito de la sentencia del 11 de julio de 2017 (SP9916-2017, Radicado 44997), proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y la sentencia del 11 de agosto de 2017 (Radicado 05-001-60-00206-2014-06599) del Tribunal Superior de Medellín. *Nuevo Foro Penal*, Vol. 13, No. 89, p. 239-248, 2017. <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/4976>

HERNÁNDEZ, Norberto. Comentario a la sentencia del 24 de octubre de 2019 [SP4573-2019 (Radicación 47234)] de la Corte Suprema de Justicia. Cibersexo, delito y teoría de las actividades cotidianas. *Nuevo Foro Penal*, Vol. 15, No. 93, p. 255-262, 2019. <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/6169>

HERNÁNDEZ, Norberto. Comentario a la sentencia del 23 de septiembre de 2019 (11001-60-00-000-2018-00024-02) del Tribunal Superior de Cundinamarca. Flagrancia en el delito de concusión. *Nuevo Foro Penal*, Vol. 15, No. 93, p. 247-254, 2019. <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/6168>

MESTRE, José Fernando. Los hechos jurídicamente relevantes en la formulación de la pretensión penal. In: Memorias XI Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Medellín: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2019, p. 17-40.

MESTRE, José Fernando La dinámica inseparable del derecho penal sustancial y el procesal. In: PARRA, Jairo (Pdte.). *Derecho Procesal #Nuevas Tendencias*. XLI Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2020, p. 787-803.

MORENO, Carolina y HERNÁNDEZ, Norberto. Comentario a la sentencia T-236 de 2021. Trata de personas versus inducción a la prostitución. *Nuevo Foro Penal*, Vol. 18, No. 98, p. 171-180, 2022. <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/7348>



PELÁEZ, José. Ubicación sistemática de la “ausencia de lesividad de la conducta” en la teoría del delito. *Nuevo Foro Penal*, Vol. 17 No. 97, 2021, 13–67. <https://doi.org/10.17230/nfp17.97.1>

PÉREZ, Luis. *Derecho penal colombiano*. Tomo IV. Bogotá: Temis, 1959.

POSADA, Ricardo. *Delito continuado y concurso de delitos*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2012.

POSADA, Ricardo. *Delitos contra la vida y la integridad personal*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2015.

POSADA, Ricardo. ¿Delincuencia sexual virtual? Una aproximación desde la revolución tecnológica. In: POSADA, Ricardo, VELÁSQUEZ, Fernando y MOLINA, Ricardo (Coords.). *Estudios críticos 8: jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*. Bogotá: Uniandes y Grupo Editorial Ibañez, p. 431-478, 2021.

RAMÍREZ, Andres. Prólogo. In: *Así pensaba Bernardo Gaitán Mahecha*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, p. 19-29, 2019, 19.

RESTREPO, Jorge. *Bernardo Gaitán Mahecha*. Precursor de la dogmática jurídico penal en Colombia. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2019.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. LUZON, Diego, DIAZ Y GARCIA, Miguel y DE VICENTE, Javier, (Trad. y notas). Madrid: Thomson Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

SEMILLERO EN DERECHO PENITENCIARIO DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA y SEMILLERO EN PSICOLOGÍA FORENSE DE LA UNIVERSIDAD EL BOSQUE. Inconstitucionalidad de la Ley 2081 de 2021. *Universitas Estudiantes*, No. 23, p. 95-114, 2021.

SARAY, Nelson y PELÁEZ, Jose. *Los hechos jurídicamente relevantes en el proceso penal*. Construcción y aplicación práctica. Bogotá: Leyer, 2022.

SINTURA, Francisco. Evolución del sistema acusatorio en Colombia. In: BERNATE, Francisco [et al.]. *Sistema Penal Acusatorio*. Bogotá: Universidad del Rosario y Dike, p 19- 34, 2005.

VELÁSQUEZ, Fernando. *Manual de Derecho penal, parte general*. Medellín: Comlibros, 2009.

## Authorship information

*Norberto Hernández Jiménez.* Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, miembro del grupo de investigación en Justicia Social, Teoría Jurídica General y Teoría Política y Tutor del Semillero en Derecho Penitenciario. Abogado, especialista y magister en derecho penal de la Universidad Libre (Bogotá). Especialista en derecho constitucional y en derecho administrativo de la Universidad del Rosario (Bogotá). Máster en criminología y ejecución penal de la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona). Doctor en Derecho por la Universidad de los Andes (Bogotá). Conjuez de la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia. [norberthernandezj@javeriana.edu.co](mailto:norberthernandezj@javeriana.edu.co)

*José Fernando Mestre Ordoñez.* Director del Departamento de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá). Abogado y doctor *cum laude* en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Especialista en instituciones jurídico procesales de la Universidad Nacional de Colombia (Bogotá). Miembro de los Institutos Colombiano e Iberoamericano de Derecho Procesal, de la Academia Colombiana de Jurisprudencia y del Colegio de Abogados Penalistas. Director del Centro de Estudios en Criminología y Victimología de la Pontificia Universidad Javeriana. Abogado litigante y asesor, en asuntos de derecho penal y disciplinario. Socio de Mestre & Mendieta Penalistas. [j.mestre@javeriana.edu.co](mailto:j.mestre@javeriana.edu.co)

## Additional information and author's declarations (scientific integrity)

*Conflict of interest declaration:* the authors confirm that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

*Declaration of authorship:* all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

- *Norberto Hernández Jiménez*: conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Jose Fernando Mestre Ordoñez*: conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.

*Declaration of originality*: the authors assure that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; they also attest that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

#### **Editorial process dates**

(<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 14/07/2022
- Desk review and plagiarism check: 30/07/2022
- Review 1: 27/08/2022
- Review 2: 30/08/2022
- Preliminary editorial decision: 07/09/2022
- Correction round return: 21/09/2022
- Final editorial decision: 08/10/2022

#### **Editorial team**

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Assistant-editor: 1 (FDL)
- Reviewers: 2

**HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):**

HERNÁNDEZ-JIMÉNEZ, Norberto; MESTRE-ORDOÑEZ, Jose Fernando. Vigencia de la dogmática penal en los sistemas de enjuiciamiento criminal que coexisten en Colombia. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, n. 3, p. 1263-1298, set./dez. 2022. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i3.734>



*License Creative Commons Attribution 4.0 International.*

**Persecução penal:  
investigação, júízo oral e etapa recursal**

---

*Criminal prosecution:  
investigation, public oral trial and appeal*

---




# No siempre el procedimiento monitorio es garantía de eficiencia en el proceso penal: el caso de Portugal y España

*The admonition procedure is not always a guarantee of efficiency in the criminal process: the case Portugal and Spain*

**Guillermo Oliver<sup>1</sup>**

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile

guillermo.oliver@pucv.cl

 <https://orcid.org/0000-0003-4485-1870>

---

**RESUMEN:** En este trabajo se examinan los procedimientos penales monitorios de Portugal y España y se analiza el porqué de su escasa aplicación práctica. Para cada uno de aquellos procedimientos, tras una descripción y una breve valoración crítica de los mismos, basadas principalmente en doctrina de ambos países, se intenta establecer algunas razones que puedan explicar el porqué de su poca aplicación. El trabajo termina con unas breves consideraciones finales, en las que se sintetizan aquellas razones y se afirma que la situación de dichos procedimientos demuestra que la "importación" de instituciones exitosas de sistemas procesales penales foráneos no asegura que su aplicación en el propio sistema también sea exitosa.

**PALABRAS CLAVE:** procedimiento penal monitorio; proceso penal portugués; proceso penal español; procedimientos penales abreviados.

**ABSTRACT:** *In this paper, the criminal admonition procedures of Portugal and Spain are examined and the reason why of their scarce practical application is analyzed. For each of those procedures, after a description and a brief critical*

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho, Universidad de Barcelona, España. Magister en Derecho Penal y Ciencias Penales, Universidades de Barcelona y Pompeu Fabra, España. Profesor titular de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Abogado. Dirección electrónica: guillermo.oliver@pucv.cl. Dirección postal: Avenida Brasil 2950, Valparaíso, Chile.

*assessment of them, based on the doctrine of both countries, an attempt is made to establish some reasons that may explain why they are not widely used. The work ends with some brief final considerations, in which those reasons are synthesized and it is affirmed that the situation of said procedures demonstrates that the "importation" of successful institutions of foreign criminal procedural systems does not ensure that their application in the own system is also successful.*

**KEYWORDS:** *criminal admonition procedure; Portuguese criminal procedure; Spanish criminal procedure; abbreviated criminal procedures.*

**SUMARIO:** Introducción; 1. Portugal: *processo sumaríssimo*; 1.1. Descripción; 1.2. Valoración; 2. España: proceso por aceptación de decreto; 2.1. Descripción; 2.2. Valoración; 3. Razones para la deficitaria aplicación; Consideraciones finales; Bibliografía.

---

## INTRODUCCIÓN

En la península itálica, alrededor del siglo XIII, dentro del ámbito del proceso civil, se desarrolló la denominada "técnica monitoria"<sup>2</sup>, la cual permite dictar una sentencia rápida sólo con el requerimiento del actor, sin un juicio contradictorio previo; la contradictoriedad aparece después de la sentencia, únicamente si se deduce oposición contra ella<sup>3</sup>. Dicha técnica se expandió posteriormente al ámbito del proceso penal, en el cual comenzaron a aparecer los llamados procedimientos penales monitorios o por orden penal, caracterizados, entre otras cosas, por la escrituración y por la rápida dictación de un título penal ejecutivo sin escuchar previamente al imputado, a quien se le confiere la posibilidad de renunciar al juicio si no se opone al título dictado en su contra, o de exigir un juicio si formula oposición<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> CORREA, Juan Pablo. El proceso monitorio, p. 13.

<sup>3</sup> CAROCCA, Alex. Manual el nuevo sistema procesal penal chileno, p. 180.

<sup>4</sup> Véanse estas y otras características de los procedimientos penales monitorios en GIMENO, Vicente. Los procedimientos penales simplificados (Principio de "oportunidad" y proceso penal monitorio), pp. 37-40.



En el ámbito europeo continental, los procedimientos penales monitorios han sido recogidos en varios países y han recibido una aplicación masiva<sup>5</sup>. En Alemania, por ejemplo, es el caso del *Strafbefehlsverfahren*, cuyo antecedente histórico suele ser visto en una ley prusiana del año 1846<sup>6</sup>. Es un procedimiento muy utilizado en la práctica<sup>7</sup> y su aplicación ha ido en aumento, comprendiendo no sólo delincuencia de bagatela, sino también criminalidad media<sup>8</sup>. Según algunos estudios empíricos, dos terceras partes de todas las condenas en dicho país se dictan conforme a este procedimiento<sup>9</sup>.

Otro tanto sucede en Italia. El *procedimento per decreto penale*, el más antiguo de los procedimientos penales especiales del sistema italiano<sup>10</sup> –proviene de procedimientos semejantes que se regulaban en los antiguos Códigos de 1913 y de 1930<sup>11</sup>–, es el que en dicho país contribuye con mayor claridad al ahorro de tiempo y recursos de las partes y del sistema<sup>12</sup>.

Un notorio incremento en el número de procesos penales en Europa en el siglo pasado, debido a un crecimiento exponencial de la delincuencia de baja gravedad<sup>13</sup>, llevó al Comité de Ministros del Consejo de Europa, en septiembre de 1987, a formular una recomendación a los Estados miembros (Recomendación N° 18, sobre simplificación de la justicia penal), en la que junto con proponer la despenalización de los delitos de menor gravedad y la aplicación del principio de oportunidad,

---

<sup>5</sup> Puede verse una tabla con información acerca de la incidencia de los procedimientos monitorios o por orden penal en el total de condenas de distintos países en LANGER, Máximo. *Plea bargaining, conviction without trial, and the global administratization of criminal convictions*, p. 21.

<sup>6</sup> ELOBIED, Tarig. *Die Entwicklung des Strafbefehlsverfahrens von 1846 bis in die Gegenwart*, pp. 5-6.

<sup>7</sup> SCHMITT, Bertram. §§407-412, p. 1721.

<sup>8</sup> MOMSEN, Carsten. §407-412, pp. 2075-2076.

<sup>9</sup> ROXIN, Claus y SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*, p. 543.

<sup>10</sup> PIZIALI, Giorgio. *Il procedimento per decreto*, p. 425.

<sup>11</sup> Véanse CORDERO, Franco. *Procedura penale*, p. 1074; BARONA, Silvia. *La conformidad en el proceso penal*, p. 103.

<sup>12</sup> CHIAVARIO, Mario. *Diritto Processuale Penale*, pp. 718-719.

<sup>13</sup> ARMENTA, Teresa. *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, p. 23.

sugirió simplificar los procedimientos, promover soluciones consensuadas e implementar procedimientos monitorios<sup>14</sup>.

Dicha recomendación ha sido seguida por varios países europeos, los que, entre otras medidas, han incorporado en sus regulaciones procesales penales procedimientos asimilables a los procedimientos monitorios, buscando su aplicación masiva para conseguir mayor eficiencia en sus sistemas de persecución penal. Sin embargo, no siempre la implementación de estos procedimientos ha permitido alcanzar la eficiencia buscada<sup>15</sup>. Dos ejemplos de ello lo constituyen Portugal y España. En este trabajo, a partir de doctrina elaborada en ambos países, se investigan algunas causas de este fenómeno. En primer lugar, se efectúa una descripción del *proceso sumarísimo* portugués y una breve valoración crítica de este (sección 1). Luego de ello se hace lo mismo respecto del *proceso por aceptación de decreto* español (sección 2). Enseguida se intenta establecer algunas razones que pueden explicar la poca aplicación que estos procedimientos han tenido (sección 3). El trabajo se cierra con unas breves consideraciones finales.

## 1. PORTUGAL: PROCESSO SUMARÍSSIMO

### 1.1. DESCRIPCIÓN

En la década anterior a la actual, en la práctica del sistema procesal penal portugués, hubo varios intentos –algunos de ellos exitosos–,

<sup>14</sup> DELGADO, Jordi. Problemas y tensiones entre el diseño y funcionamiento del procedimiento monitorio penal, p. 6; CAMPANER en LÓPEZ, Francisco y CAMPANER, Jaime. El proceso por aceptación de decreto o monitorio penal, p. 31. En todo caso, en una recomendación posterior (Recomendación N° 12, de septiembre de 1995, sobre administración de los sistemas de justicia), el mencionado Comité de Ministros sostuvo que si bien la eficiencia es importante para un funcionamiento adecuado de la administración de justicia, no es el aspecto central, pues este sigue siendo el respeto de las garantías del proceso. Véase BACHMAIER, Lorena. Justicia negociada y coerción. Reflexiones a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, p. 2.

<sup>15</sup> No es finalidad de este trabajo demostrar ni cuestionar la incidencia de los procedimientos penales monitorios en la eficiencia de los sistemas procesales penales en general, ni en los de Portugal y de España en particular, sino únicamente, como a continuación se indica, constatar la baja aplicación de dichos procedimientos en ambos países y explorar algunas razones de su poca aplicación.

motivados por algunos planteamientos doctrinales<sup>16</sup> y por algunas recomendaciones de la Procuraduría General Distrital de Lisboa y de la de Coimbra<sup>17</sup>, de celebrar acuerdos sobre sentencias condenatorias, pese a la inexistencia de una regulación legal que expresamente permitiera tales convenios. No obstante, tales intentos duraron poco tiempo. Un acuerdo del Tribunal Supremo de Justicia de dicho país, de fecha 10 de abril de 2013, que declaró inadmisibles una interpretación que proclame la validez de estos acuerdos, junto con la Directiva de la Procuraduría General de la República de Portugal N° 2/2014, de fecha 21 de febrero de 2014, que ordenó a los fiscales abstenerse de promover o aceptar la celebración de acuerdos sobre sentencias penales, pusieron término a dicha práctica<sup>18</sup>. En todo caso, la posibilidad de incorporar en la legislación portuguesa una regulación que permita esta clase de acuerdos ha seguido recibiendo la atención de la doctrina en los últimos años, manifestándose tanto a favor como en contra de dicha posibilidad<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> ALBERGARIA, Pedro Soares de; LIMA, Rui Pedro y NEVES, José Francisco Moreira das. Uma proposta de justiça negociada, *passim*; y, paradigmáticamente, DIAS, Jorge de Figueiredo. Acordos sobre a sentença em processo penal. O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”?, *passim*.

<sup>17</sup> Una síntesis de ellas puede verse en FERREIRA DE OLIVEIRA, André. Soluções negociadas de justiça penal no direito português: uma realidade atual numa galáxia distante?, pp. 89-90.

<sup>18</sup> BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Justiça penal negociada. Negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes, pp. 120-125; SANTOS, Cláudia Cruz. O Direito processual penal português em mudança. Rupturas e continuidades, pp. 226-228. Para un examen crítico del mencionado acuerdo del Tribunal Supremo portugués, véanse SANTOS, Hugo Luz dos. Direito e Processo Penal Contemporâneo. Reflexões sobre a justiça penal em tempos de transição, pp. 115-141; NEVES, Moreira das. Acordos sobre a Sentença Penal: o futuro aqui já!, pp. 51-60.

<sup>19</sup> A favor de dicha posibilidad, BRANDÃO, Nuno. Acordos sobre a sentença penal: problemas e vias de solução, pp. 161-178; SANTOS, Cláudia Cruz. Decisão penal negociada, pp. 145-160; BASTOS, José Gabriel Travanca. Sobre a admissibilidade de acordos negociados de sentença no processo penal português, pp. 64-93. En contra, COSTA, Eduardo Maia. Justiça negociada: do logro da eficiência à degradação do processo equitativo, pp. 87-97; FERREIRA, Renata Rodrigues de Abreu. Acordos sobre a sentença em processo penal. Uma análise sob a perspectiva jurídico-constitucional e processual penal, pp. 397-435.

Dado que hasta este momento no existe semejante regulación, el único procedimiento penal que actualmente da cabida a una suerte de consenso<sup>20</sup> previo a una condena en Portugal, es el *processo sumaríssimo*, encasillable en la categoría de los denominados procedimientos monitorios. Se trata de un procedimiento que fue introducido para el juzgamiento de la criminalidad de bagatela, por primera vez en el ordenamiento de dicho país, al dictarse el *Código de Processo Penal* de 1987 (en adelante, CPPp), y a contar de entonces ha ido ampliando sucesivamente su ámbito de aplicación<sup>21</sup>. Fue una innovación inspirada en el *procedimento per decreto penale* italiano<sup>22</sup> y una de las manifestaciones del “consenso” que caracteriza a algunas instituciones reguladas en el CPPp<sup>23</sup>. Aparece en el tercer título del Libro VIII (*Dos Processos Especiais*) de dicho código, en sus artículos 392 a 398.

La aplicación del *processo sumaríssimo* se encuentra reservada para delitos que la ley castiga con una pena de prisión de duración no superior a cinco años o sólo con una pena de multa. Adicionalmente, es necesario que el Ministerio Público considere que, en concreto, debe ser aplicada una pena o medida de seguridad no privativa de libertad (art. 392 n° 1 CPPp). Se trata de una solución “consensual” motivada por razones de eficacia y economía procesal<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> Hablo de una “suerte de consenso”, porque como se verá al examinar las características de este procedimiento, difícilmente puede hablarse de un verdadero acuerdo entre el fiscal y el imputado; a lo sumo, de una aquiescencia de este último. En este sentido, véase FERREIRA DE OLIVEIRA, André. *Soluções negociadas de justiça penal no direito português: uma realidade atual numa galáxia distante?*, p. 86; BRANDÃO, Nuno. *Acordos sobre a sentença penal: problemas e vias de solução*, p. 163; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal. O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”?*, p. 21.

<sup>21</sup> Puede verse una síntesis de algunas de estas modificaciones en OLIVEIRA, António Jorge de. *Arts. 392-398*, p. 1233.

<sup>22</sup> GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código de Processo Penal anotado. Legislação complementar*, p. 827.

<sup>23</sup> SANTOS, Cláudia Cruz. *O Direito processual penal português em mudança. Rupturas e continuidades*, p. 211.

<sup>24</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. *Consenso e oportunidade: Reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo*, pp. 356-357; PEREIRA, Rui Soares y RAMALHO, David Silva. *Os processos especiais no direito processual penal português*, p. 835.

El actual ámbito de aplicación de este procedimiento es más amplio que el que tenía cuando se dictó el CPPp, lo que permite afirmar que hoy no sólo se aplica a la denominada criminalidad de bagatela<sup>25</sup>. En su versión original, el *processo sumaríssimo* estaba destinado al juzgamiento de delitos castigados con pena de prisión no superior a seis meses o multa, siempre que el Ministerio Público entendiera que debía aplicarse una pena o medida de seguridad no privativa de libertad. En el año 1998, con la finalidad de aplicarlo en un número mayor de casos<sup>26</sup>, se expandió a delitos sancionados con pena de prisión no superior a tres años. Y en el año 2007, volvió a ampliarse, para alcanzar delitos castigados con no más de cinco años de prisión.

Conforme se indica en la Directiva de la Procuraduría General de la República de Portugal N° 1/2016, de fecha 25 de febrero de 2016 (*Processo sumaríssimo*), en los casos de concurso de delitos, la pena a tener en consideración para evaluar la viabilidad de este procedimiento no es la de cada delito en concurso, sino la aplicable según la ley al concurso de que se trate (capítulo I, punto 4)<sup>27</sup>.

Si se cumplen estos requisitos, el fiscal, por iniciativa del imputado<sup>28</sup> o después de haberlo oído, puede presentar al juez un requerimiento de *processo sumaríssimo*. Pero cuando se trata de un delito cuya persecución

---

<sup>25</sup> SILVA, Julio Barbosa e. Dolores de crescimento – algumas dúvidas à volta do processo especial sumaríssimo e contributos para uma clarificação prática, pp. 141-142.

<sup>26</sup> MOTA, José Luís Lopes da. A revisão de Código de Processo Penal, pp. 174-175.

<sup>27</sup> En el mismo sentido, OLIVEIRA, António Jorge de. Arts. 392-398, p. 1234.

<sup>28</sup> En este trabajo, la voz “imputado” es utilizada para hacer referencia a la persona en contra de quien se dirige el procedimiento penal, cualquiera sea la etapa en que dicho procedimiento se halle. En otros términos, se la usa en la misma forma en que se la utiliza en el artículo 7° del Código Procesal Penal chileno. En el proceso penal portugués, se habla de acusado (“*arguido*”), calidad que asume todo aquel en contra de quien se deduce acusación o es requerida una instrucción (“*instrução*”) (art. 57 CPPp). Antes de ese momento, durante la etapa de investigación preliminar (“*inquérito*”) (art. 262 CPPp), se habla de sospechoso (“*suspeito*”) (art. 1° letra e) CPPp), pero si surge una sospecha fundada de la comisión delictiva, este debe ser constituido como “*arguido*” (art. 58 CPPp). Por todos, véase ANTUNES, Maria João. Direito Processual Penal, pp. 45-56; MENDES, Paulo de Sousa. Lições de Direito Processual Penal, p. 126.

depende de acusación particular, debe contarse con el consentimiento del *assistente* (art. 392 n° 2 CPPp), lo que, en la práctica, generalmente se obtiene<sup>29</sup>. Este último es un sujeto procesal que interviene, ejerciendo ciertos derechos en el proceso penal como colaborador del Ministerio Público, a cuya actividad subordina su intervención, en vistas a la investigación de un delito y a la condena del imputado<sup>30</sup>; generalmente, se trata del ofendido por el delito (art. 68 CPPp).

La exigencia de que, en forma previa a la presentación de su requerimiento, el Ministerio Público haya oído al imputado, que fue incorporada en el CPPp mediante la reforma del año 2007, permite tener certeza de su paradero y evita posteriores pérdidas de tiempo y recursos, por no poder notificársele el requerimiento<sup>31</sup>. Además, en la práctica, el contacto con el imputado sirve al Ministerio Público para adelantarle su intención de requerir el *processo sumaríssimo* y conocer su disponibilidad para no oponerse, así como indagar cuestiones relevantes acerca de su situación socioeconómica, que permiten fundar de mejor manera su futura propuesta de pena<sup>32</sup>. En todo caso, un sector de la doctrina destaca la conveniencia de que en dicho encuentro entre el fiscal y el imputado esté presente también el defensor, lo que actualmente la ley no exige<sup>33</sup>.

De lo señalado hasta aquí, se desprende que la legitimación activa para solicitar la tramitación de este procedimiento corresponde exclusivamente al Ministerio Público. El imputado puede tomar la iniciativa y pedir al fiscal que requiera la tramitación de este procedimiento, pero es el Ministerio Público el que debe iniciar la tramitación presentando el correspondiente requerimiento. En todo caso, esto no quiere decir que

---

<sup>29</sup> SILVA, Julio Barbosa e. Dolores de crescimento – algumas dúvidas à volta do processo especial sumaríssimo e contributos para uma clarificação prática, p. 149.

<sup>30</sup> MARQUES, Paula. Manual Prático de Processo Penal, p. 107.

<sup>31</sup> FIDALGO, Sónia. O consenso no processo penal: reflexões sobre a suspensão provisória do processo e o processo sumaríssimo, pp. 308-309.

<sup>32</sup> SILVA, Julio Barbosa e. Dolores de crescimento – algumas dúvidas à volta do processo especial sumaríssimo e contributos para uma clarificação prática, pp. 151-152 y 166.

<sup>33</sup> ALBERGARIA, Pedro Soares de. Os processos especiais na revisão de 2007 do Código de Processo Penal, p. 499.

el fiscal tenga discrecionalidad para decidir. Es cierto que el CPPp no indica criterios para que el fiscal considere que deba aplicarse una pena o medida de seguridad no privativa de libertad, pero el Código Penal portugués sí los establece (arts. 41 y ss.). En consecuencia, se trata de un poder-deber del Ministerio Público<sup>34</sup>.

En la mencionada directiva de la Procuraduría General de la República se indica que, si en la investigación existen coimputados y los requisitos de procedencia del *processo sumaríssimo* concurren sólo respecto de algunos de ellos, el Ministerio Público debe promover la separación de procesos (capítulo II, punto 5).

El requerimiento debe formularse por escrito y contener: a) la identificación del imputado; b) la descripción de los hechos atribuidos a este; c) la mención de las disposiciones legales infringidas; d) la prueba existente; e) la enunciación de las razones por las cuales el Ministerio Público entiende que no debe ser aplicada una pena de prisión, y f) la indicación precisa de la sanción que se propone y de la cuantía de la reparación (art. 394 CPPp). Si el procedimiento depende de acusación particular (delitos particulares, en los términos del artículo 50 del CPPp), el requerimiento del Ministerio Público depende igualmente del acuerdo del *assistente* (art. 392 n° 2 CPPp).

La referencia al monto de la reparación obedece a que, aun cuando en este procedimiento no se permite la intervención de partes civiles (art. 393 n° 1 CPPp), la ley indica que, si no se ha deducido acción de indemnización de perjuicios en el proceso penal ni fuera de este, el tribunal, en caso de condena, puede fijar una cuantía a título de reparación por los perjuicios sufridos, cuando particulares exigencias de protección de la víctima lo impongan, monto que deberá descontarse de acciones indemnizatorias futuras (art. 82-A CPPp). Para ello, es necesario que antes

---

<sup>34</sup> Así, BASTOS, José Gabriel Travanca. Sobre a admissibilidade de acordos negociados de sentença no processo penal português, pp. 13-16. En el mismo sentido, hablando también de un “poder vinculado”, GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. Código de Processo Penal anotado. Legislação complementar, p. 828. Sin embargo, TEIXEIRA, Carlos Adérito. Princípio da oportunidade. Manifestações em sede processual penal e sua conformação jurídico-constitucional, p. 45, afirma que este procedimiento es “facultativo” para el Ministerio Público.

de la presentación del requerimiento del Ministerio Público, la víctima o el perjudicado manifiesten su intención de obtener la reparación de los daños sufridos (art. 393 n° 2 CPPp). En concordancia con esto último, según la referida directiva de la Procuraduría General de la República, antes de presentar su requerimiento, el Ministerio Público debe comunicar al ofendido su decisión de presentarlo, con la finalidad de permitirle manifestar su intención de obtener la reparación y aportar los elementos necesarios para la cuantificación de los daños (capítulo V, punto 3). En todo caso, el Ministerio Público no está obligado a incluir en su requerimiento una referencia a la reparación, ni, en caso de hacerlo, a señalar el mismo monto que el ofendido haya indicado<sup>35</sup>.

Tras la presentación del Ministerio Público, momento a partir del cual el procedimiento sigue una tramitación electrónica<sup>36</sup>, el juez debe adoptar alguna de las siguientes dos decisiones. En primer lugar, puede rechazar el requerimiento y reenviar el proceso a otra vía procedimental, en cuyo caso tal requerimiento equivaldrá a una acusación. Ello ocurrirá si estimare que el *processo sumarissimo* es inadmisibile, que el requerimiento es manifiestamente infundado (porque no identifica al imputado, no describe hechos, no indica disposiciones legales infringidas, no menciona pruebas o describe hechos que no son constitutivos de delito<sup>37</sup>) o que la sanción propuesta es manifiestamente inadecuada para cumplir los fines de la pena (verbigracia, porque considera que excede la medida de la culpabilidad o no satisface las exigencias de la prevención<sup>38</sup>). Sin embargo, en este último caso, como consecuencia de una modificación legal del año 2007<sup>39</sup>, el juez puede también, con el consentimiento del Ministerio Público y del imputado, fijar una sanción diferente, en su especie o medida, de la que había sido propuesta en el requerimiento (art. 395 n° 1, 2 y 3 CPPp).

---

<sup>35</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, p. 1025.

<sup>36</sup> MARQUES, Paula. Manual Prático de Processo Penal, p. 822.

<sup>37</sup> Ibidem, p. 819.

<sup>38</sup> OLIVEIRA, António Jorge de. Arts. 392-398, p. 1237.

<sup>39</sup> RIBEIRO, Vinício A.P. Código de Processo Penal. Notas e comentários, p. 894.



Según un sector de la doctrina portuguesa, la necesidad de contar con el consentimiento previo del imputado en este último caso constituye una pérdida de tiempo y de recursos. Ello es así, porque después de recabar su consentimiento, igualmente habrá que efectuar la notificación que ordena el artículo 396 del CPPp, para su eventual oposición dentro del plazo de quince días; si el imputado no está de acuerdo con la sanción fijada por el juez, esta última notificación basta para resguardar su derecho a un juicio<sup>40</sup>.

El juez no puede rechazar el requerimiento del Ministerio Público por considerar que las pruebas son insuficientes; sólo puede hacerlo, en relación con las pruebas, si no se las menciona<sup>41</sup>.

El juez tampoco puede rechazar el requerimiento por motivos vinculados con la reparación solicitada, aunque le parezca insuficiente la cuantía propuesta<sup>42</sup>.

Contra la resolución que rechaza el requerimiento y reenvía el proceso a otra vía procedimental no caben recursos (art. 395 n° 4 CPPp). No obstante, se estima que, si tal rechazo pone término al proceso a través de la verificación de una causa de extinción de la responsabilidad penal, la resolución es recurrible<sup>43</sup>.

En segundo lugar, el juez puede nombrar un defensor al imputado que carezca de uno y ordenar que se notifiquen a ambos el requerimiento del Ministerio Público y la eventual fijación de una pena distinta de la que había sido propuesta. La notificación debe ser hecha en forma personal al imputado, pero puede ser hecha en forma electrónica al defensor<sup>44</sup>, y

---

<sup>40</sup> Así, FIDALGO, Sónia. O consenso no processo penal: reflexões sobre a suspensão provisória do processo e o processo sumaríssimo, p. 310; MENDES, Carlos Miguel Leal. O processo sumaríssimo. Análise de alguns aspetos prático-processuais do instituto, pp. 29-30.

<sup>41</sup> ALBERGARIA, Pedro Soares de. Os processos especiais na revisão de 2007 do Código de Processo Penal, p. 498.

<sup>42</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, p. 1027; SILVA, Julio Barbosa e. Dolores de crescimento – algumas dúvidas à volta do processo especial sumaríssimo e contributos para uma clarificação prática, p. 158.

<sup>43</sup> OLIVEIRA, António Jorge de. Arts. 392-398, p. 1237.

<sup>44</sup> MARQUES, Paula. Manual Prático de Processo Penal, p. 821, n. 123.

debe contener: a) la información del derecho del imputado a oponerse a la sanción y de la forma de hacerlo; b) la indicación del plazo (de quince días) para la oposición y de su fecha límite, y c) la información sobre los efectos que se deriven, tanto de la oposición, como de la no oposición (art. 396 n° 1, 2 y 3 CPPp), efectos dentro de los cuales un sector de la doctrina sostiene que debe incluirse la información de que en el juicio que se realice como consecuencia de la oposición, al imputado puede imponérsele una pena más severa<sup>45</sup>.

En la versión original del *processo sumaríssimo*, la oportunidad que el imputado tenía para manifestar su voluntad en orden a aceptar o no la sanción propuesta era una audiencia a la que debía ser citado antes del pronunciamiento definitivo del juez. La reforma del año 1998 eliminó esta audiencia y la substituyó por la mencionada notificación y la concesión de un plazo para oponerse.

La ley no señala expresamente lo que sucede si no es posible notificar personalmente al imputado, pero según la jurisprudencia, en tal evento, el *processo sumaríssimo* no puede seguir adelante, debiendo continuarse la tramitación conforme a la vía ordinaria<sup>46</sup>.

Según la citada directiva de la Procuraduría General de la República, la eventual oposición del imputado debe ser presentada por él mismo o por medio de mandatario con poder especial (capítulo VI, punto 1). Además, no necesita ser fundamentada; basta una simple declaración, incluso verbal, en el sentido de oponerse (art. 396 n° 4 CPPp). Puede hacerse por correo ordinario o electrónico, por fax o por teléfono. Se acepta que se dirija al juez o al Ministerio Público<sup>47</sup>.

Si se formula oposición, el juez ordenará el reenvío del proceso a otra vía procedimental, debiendo el Ministerio Público decidir cuál será dicha vía. En tal caso, el requerimiento equivale a una acusación, la que debe notificarse al imputado, pudiendo este solicitar la apertura de una

---

<sup>45</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, p. 1032.

<sup>46</sup> MARQUES, Paula. Manual Prático de Processo Penal, p. 822, n. 126.

<sup>47</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, p. 1029.

etapa de instrucción si la tramitación de la causa sigue la forma ordinaria (art. 398 CPPp)<sup>48</sup>. También existe la posibilidad de que el Ministerio Público tramite el proceso en la forma abreviada (arts. 391-A y ss. CPPp), que es una forma especial que debe prevalecer sobre la forma común (art. 120 n° 2 a) CPPp) y en la que no cabe abrir una fase de instrucción (art. 286 n° 2 CPPp). Sea como fuere, en la forma común o en la forma especial abreviada, el acuerdo del *assistente* en los delitos particulares vale como acusación particular.

Es objeto de discusión el punto relativo a la posibilidad de que el imputado formule una oposición parcial al requerimiento del Ministerio Público, respecto de sólo algunos de los varios delitos que se le atribuyen<sup>49</sup>. También es objeto de debate la posibilidad de que objete sólo el monto fijado como reparación, conformándose con la sanción penal<sup>50</sup>.

Conforme a la mencionada directiva de la Procuraduría General de la República, si se trata de coimputados y sólo algunos de ellos formulan oposición (o se rechaza el requerimiento sólo respecto de algunos de ellos), el Ministerio Público debe promover la separación de procesos y el envío a otra vía procedimental de los autos relativos a los coimputados que se oponen o respecto de quienes el requerimiento es rechazado (capítulo VI, punto 4). En otras palabras, es admisible la objeción de sólo algunos de los varios coimputados a quienes se atribuye participación en un mismo hecho, en cuyo caso el juicio posterior se sigue únicamente contra aquellos que se opusieron. Según un sector de la doctrina, en tal evento, la oposición presentada puede aprovechar a los imputados no

---

<sup>48</sup> En el procedimiento penal común portugués, dentro de los veinte días siguientes a la notificación de la acusación, cuando tenga discrepancias fácticas o jurídicas respecto de esta, el imputado puede pedir la apertura de una fase de instrucción y la práctica de ciertas diligencias por el juez (art. 287 CPPp).

<sup>49</sup> A favor de dicha posibilidad, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, p. 1029. En contra, OLIVEIRA, António Jorge de. Arts. 392-398, p. 1239.

<sup>50</sup> Da cuenta de esta discusión SILVA, Julio Barbosa e. Dolores de crescimento – algumas dúvidas à volta do processo especial sumaríssimo e contributos para uma clarificação prática, pp. 157-158. Acepta esta posibilidad ALBERGARIA, Pedro Soares de. Os processos especiais na revisão de 2007 do Código de Processo Penal, p. 499.

oponentes, salvo que se funde en motivos estrictamente personales, siendo aplicable analógicamente lo dispuesto en el artículo 402 n° 2 letra a) del CPPp<sup>51</sup>, que indica que, en caso de coparticipación, el recurso interpuesto por uno de los acusados aprovecha a los restantes, salvo que se base en motivos personales.

Un sector de la doctrina afirma que el imputado puede desistirse, incluso parcialmente, de la oposición presentada, hasta antes de que el juez envíe los autos a otra vía procedimental, proponiendo una aplicación analógica de lo previsto en el artículo 415 del CPPp, que regula el desistimiento de los recursos procesales. En cambio, la renuncia del imputado a su derecho a oponerse al requerimiento del Ministerio Público no es admisible<sup>52</sup>.

En el juicio que se celebre como consecuencia de haberse rechazado el requerimiento o de haberse formulado oposición por parte del imputado, no puede intervenir el mismo juez que participó en el *processo sumaríssimo* (art. 40 CPPp). Además, aunque la ley nada dice sobre el punto, un sector de la doctrina afirma que en dicho juicio no existe prohibición de reforma en perjuicio, por lo que puede imponerse una sanción más severa que la que había sido propuesta en el requerimiento<sup>53</sup>. Sin embargo, otro sector, considerando la oposición como una especie del género de las impugnaciones, sostiene que en el juicio posterior no puede aplicarse una pena más grave que la propuesta por el Ministerio Público y aceptada por el juez<sup>54</sup>.

Si el imputado no se opone dentro de plazo, el juez aplicará la sanción, sin que pueda imponer una pena distinta de la que había sido propuesta en el requerimiento o fijada por él, y condenará al pago de las costas. La imposición de la pena vale como sentencia condenatoria y no admite recurso ordinario (art. 397 CPPp), por lo que produce cosa juzgada y el imputado no puede volver a ser sancionado por el mismo hecho

---

<sup>51</sup> Así, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, p. 1029.

<sup>52</sup> Ibidem, p. 1030.

<sup>53</sup> Ibidem, p. 1032.

<sup>54</sup> ALBERGARIA, Pedro Soares de. Os processos especiais na revisão de 2007 do Código de Processo Penal, pp. 493-496.

(*non bis in idem*)<sup>55</sup>. El juez puede condenar también a la reparación de los daños, pero como en el *processo sumaríssimo* está vedada la intervención de partes civiles, esta condena sólo puede ser impuesta al imputado<sup>56</sup>.

En la formalización de la decisión que impone la pena, en concordancia con el carácter simplificado de este procedimiento, no se exige una fundamentación que vaya más allá de la constatación de la aquiescencia del imputado y de la concurrencia de los requisitos legales de procedencia. Pero ello no quiere decir que el juez actúe simplemente “como un notario”, ya que tiene la facultad de rechazar el requerimiento presentado por el Ministerio Público si considera que la sanción propuesta por este no es adecuada para cumplir los fines de la pena<sup>57</sup>.

## 1.2. VALORACIÓN

Como puede advertirse, el *processo sumaríssimo*, siguiendo la tónica de los denominados procedimientos monitorios o por orden penal, es breve y sencillo y procura conseguir una aplicación masiva. Sin embargo, en sus primeros años de existencia su utilización fue mínima<sup>58</sup>. Con posterioridad, tal vez producto del sucesivo ensanchamiento de su ámbito de aplicación, su utilización ha aumentado<sup>59</sup>, pese a lo cual

---

<sup>55</sup> BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Justiça penal negociada. Negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes, p. 119.

<sup>56</sup> OLIVEIRA, António Jorge de. Arts. 392-398, p. 1235.

<sup>57</sup> LOPES, José António Mouraz. A fundamentação da sentença no sistema penal português: legitimar, diferenciar, simplificar, pp. 401-406.

<sup>58</sup> FIDALGO, Sónia. O consenso no processo penal: reflexões sobre a suspensão provisória do processo e o processo sumaríssimo, pp. 314-315. Pueden verse algunos datos estadísticos que lo corroboran, en FERNANDES, Fernando. O processo penal como instrumento de política criminal, pp. 465-466. En todo caso, RODRÍGUEZ, Nicolás. La justicia penal negociada. Experiencias de derecho comparado, p. 291, alude a ciertos errores en el levantamiento de información que incidieron en los malos resultados de que daban cuenta los datos estadísticos de los primeros años de aplicación de este procedimiento.

<sup>59</sup> SILVA, Julio Barbosa e. Dolores de crescimento – algumas dúvidas à volta do processo especial sumaríssimo e contributos para uma clarificação prática, pp. 137-138. De un aumento “exponencial” habla MENDES, Carlos Miguel Leal. O processo sumaríssimo. Análise de alguns aspetos práctico-processuais do

su tasa de aplicación ha seguido siendo baja<sup>60</sup>, siendo el procedimiento común, al menos hasta hace pocos años, el que ha seguido constituyendo la vía más usada<sup>61</sup>.

Por otra parte, se han formulado varias críticas en contra del *processo sumaríssimo*. Entre otros aspectos, se ha criticado que, tras la desaparición de la audiencia, que hasta antes del año 1998 era el momento en que el imputado debía manifestar si aceptaba o no la sanción propuesta, se ha eliminado o reducido la visibilidad de los motivos de la decisión adoptada por este. Ello origina el peligro de que la aquiescencia del imputado a la renuncia al juicio obedezca a razones indeseables, especialmente cuando proviene de un estrato socioeconómico bajo<sup>62</sup>.

También se ha criticado el hecho de que la ley impide la posibilidad de recurrir contra la resolución que rechaza el requerimiento del Ministerio Público, pues ello permitiría abusos del juez, al estar este consciente de que, por muy infundada que sea su resolución, no se interpondrán recursos en su contra<sup>63</sup>. Por la misma razón, se ha criticado la imposibilidad de recurrir contra la resolución que aplica la pena propuesta por el Ministerio Público<sup>64</sup>.

Asimismo, se ha denunciado el peligro de vulneración de la igualdad ante la ley, por la posibilidad de que el Ministerio Público requiera el *processo sumaríssimo* para un imputado y no para otro, pese a que no exista una razón que justifique el tratamiento desigual<sup>65</sup>.

---

instituto, pp. 58-59, afirmando que mientras en el año 2011 el *processo sumaríssimo* fue aplicado en 6305 casos, en el año 2012 lo fue en 8456 casos.

<sup>60</sup> Véase el *Relatório síntese do Ministério Público 2020*, disponible en [https://www.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/relatorio\\_sintese\\_2020\\_final.pdf](https://www.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/relatorio_sintese_2020_final.pdf), en el que se indica que en dicho año, el *processo sumaríssimo* se aplicó en 3867 casos (p. 163).

<sup>61</sup> COSTA, Eduardo Maia. Justiça negociada: do logro da eficiência à degradação do processo equitativo, p. 92.

<sup>62</sup> ASSUNÇÃO, Maria Leonor. Sobre o Processo Sumaríssimo, p. 199.

<sup>63</sup> SILVA, Julio Barbosa e. Dolores de crescimento – algumas dúvidas à volta do processo especial sumaríssimo e contributos para uma clarificação prática, p. 140.

<sup>64</sup> TEIXEIRA, Carlos Adérito. Princípio da oportunidade. Manifestações em sede processual penal e sua conformação jurídico-constitucional, p. 46.

<sup>65</sup> Idem.

## 2. ESPAÑA: PROCESO POR ACEPTACIÓN DE DECRETO

### 2.1. DESCRIPCIÓN

El sistema procesal penal español también cuenta con un procedimiento aparentemente asimilable a la categoría de los procedimientos monitorios: el legalmente llamado “proceso por aceptación de decreto”. Es de relativamente reciente creación en el sistema de dicho país, ya que fue incorporado mediante la Ley 41/2015, de fecha 5 de octubre de 2015, que introdujo en el Libro IV (*De los procedimientos especiales*) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española (en adelante, LECrim), un nuevo Título III bis, integrado por los artículos 803 bis A a 803 bis J.

Es un procedimiento de tramitación sencilla y breve. Si se trata de un delito que está castigado con pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad o con pena de prisión de hasta un año que pueda ser suspendida, y el Ministerio Fiscal estima que la pena en concreto aplicable es la de multa o trabajos en beneficio de la comunidad y, en su caso, la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, siempre que no exista acusación popular o particular en la causa, antes del término de la fase de instrucción (art. 803 bis A LECrim), el Ministerio Fiscal dictará un “decreto de propuesta de imposición de pena” y lo remitirá al Juzgado de Instrucción para su autorización y notificación al imputado<sup>66</sup> (art. 803 bis D LECrim).

---

<sup>66</sup> Conviene recordar lo ya señalado *supra*, en el sentido de que en este trabajo la voz “imputado” se utiliza para hacer referencia a la persona en contra de quien se dirige el procedimiento penal, cualquiera sea la etapa en que dicho procedimiento se halle. La doctrina española suele usar distintas denominaciones para aludir al sujeto pasivo del proceso penal: *investigado* (persona sospechosa de haber cometido un delito y en contra de quien han operado ciertas actuaciones procesales), *procesado* (persona en contra de quien se ha dictado un auto de procesamiento), *encausado* (persona en contra de quien se ha ordenado abrir un procedimiento abreviado), *acusado* (persona en contra de quien se ha presentado un escrito de calificación provisional en el procedimiento ordinario, o un escrito de acusación en el procedimiento abreviado o en un juicio rápido), todo lo anterior, con base en los artículos 650, 781 y 800.2 de la LECrim. Por todos, véase ASECIO, José María. Las partes en el proceso penal (II). Partes acusadas, p. 73.

El decreto del Ministerio Fiscal debe contener las siguientes menciones: a) identificación del imputado; b) descripción del hecho que se le atribuye; c) calificación jurídica (tipo penal); d) prueba existente; e) en su caso, motivos de la procedencia de la suspensión de la pena de prisión; f) pena propuesta, y g) en su caso, petición de restitución y/o indemnización (art. 803 bis C LECrim).

Si bien la ley alude a la necesidad de expresar en el decreto, en su caso, los motivos para la “sustitución” de la pena de prisión, la doctrina afirma que tal referencia debe entenderse hecha a la *suspensión* de dicha pena<sup>67</sup>.

Es objeto de discusión el punto relativo a si la referencia legal a la eventual petición de indemnización debe entenderse comprensiva de la reparación o no, porque según el artículo 110 del Código Penal español (en adelante, CPe), para efectos de la responsabilidad civil derivada del delito, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios son cosas distintas<sup>68</sup>.

En su decreto, la pena que el Ministerio Fiscal proponga puede ser reducida hasta en un tercio respecto de la legalmente prevista, aun cuando ello conduzca a la imposición de una pena inferior al límite mínimo previsto en el CPe (art. 803 bis C n° 5 LECrim).

La ley indica que la dictación de este decreto representa el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Fiscal. Eventualmente, puede comprender también el ejercicio de una acción civil destinada a obtener la restitución de una cosa o la indemnización de perjuicios (art. 803 bis B LECrim). No obstante, según un sector de la doctrina, no parece adecuado que se denomine *acción* a lo que no es sino una propuesta del Ministerio Fiscal<sup>69</sup>.

Presentado el decreto, surgen dos posibilidades para el juez. Una es que no lo autorice, en cuyo caso el decreto queda sin efecto (art. 803 bis E n° 2 LECrim), siendo la resolución que así lo dispone, según

---

<sup>67</sup> TOMÉ, José Antonio. Curso de Derecho Procesal Penal, p. 663.

<sup>68</sup> Expresa dudas ORTEGA, Juan Luis. El pretendido proceso monitorio penal: una oportunidad perdida, p. 1269.

<sup>69</sup> DOIG, Yolanda. El proceso por aceptación de decreto, p. 540.



un sector de la doctrina, recurrible<sup>70</sup>. En tal evento, la causa debe seguir adelante por el cauce que corresponda, sin que el Ministerio Fiscal se encuentre vinculado por el contenido del decreto que dictó (art. 803 bis J LECrim). Esta ausencia de vinculación es entendida por un sector de la doctrina como un reconocimiento de que, a futuro, el Ministerio Fiscal podría calificar los hechos de un modo más grave y solicitar contra el imputado una pena más severa<sup>71</sup>, lo que en todo caso no sería tan fácil, considerando el debido respeto al principio de legalidad<sup>72</sup>. Sin embargo, otro sector doctrinal entiende esta previsión en el sentido de que el Ministerio Fiscal podría, más adelante, volver a presentar contra el imputado una propuesta de imposición de pena<sup>73</sup>.

La otra posibilidad es que el juez autorice el decreto, en cuyo caso dictará un auto de autorización y lo notificará junto con el decreto al imputado, a quien citará a una audiencia (art. 803 bis F n° 1 LECrim). En la notificación se informa al imputado sobre: a) la finalidad de la comparecencia; b) los efectos de su incomparecencia; c) la necesaria asistencia de un defensor para que la audiencia se pueda realizar; d) el derecho del imputado a, compareciendo, aceptar o rechazar la propuesta contenida en el decreto, y e) el deber de asesorarse con un abogado de confianza o solicitar un abogado de oficio (art. 803 bis F n° 2 LECrim). Esta última solicitud debe ser hecha en el término de cinco días hábiles antes de la fecha de la audiencia (art. 803 bis G LECrim).

La decisión del juez de autorizar o no el decreto depende del cumplimiento de los requisitos de admisibilidad de este procedimiento, que se han señalado más arriba (art. 803 bis E n° 1 LECrim). Aparentemente, se trata de un control formal, no de un control de mérito, por lo que no podría el juez denegar la autorización por motivos distintos del

---

<sup>70</sup> Así, LÓPEZ en LÓPEZ, Francisco y CAMPANER, Jaime. El proceso por aceptación de decreto o monitorio penal, p. 148.

<sup>71</sup> TOMÉ, José Antonio. Curso de Derecho Procesal Penal, pp. 666-667; LÓPEZ en LÓPEZ, Francisco y CAMPANER, Jaime. El proceso por aceptación de decreto o monitorio penal, pp. 175-176.

<sup>72</sup> MORENO en MORENO, Víctor y CORTÉS, Valentín. Derecho Procesal Penal, pp. 593-594.

<sup>73</sup> GIMENO, Vicente. Derecho Procesal Penal, p. 1085.

incumplimiento de aquellos requisitos<sup>74</sup>. No obstante, un sector de la doctrina sostiene que debe permitirse un control judicial de la corrección de la calificación jurídica invocada y de la pena pedida<sup>75</sup>. Otro sector afirma que incluso debe permitirse un examen de la presencia de indicios del hecho punible, pues de lo contrario, una función jurisdiccional estaría siendo ejercida por el Ministerio Fiscal<sup>76</sup>. En todo caso, si esto último fuera cierto, ello no querría decir que sea exigible un grado de convicción judicial idéntico al exigido para condenar en juicio, dado que sólo se cuenta con antecedentes de la investigación; por lo que el grado de convicción exigible sería mucho menor<sup>77</sup>.

A la audiencia a la que se cita si el juez autoriza el decreto del Ministerio Fiscal, el imputado puede o no asistir. Si no comparece, el decreto queda sin efecto, debiendo la causa proseguir por el cauce procesal que corresponda, sin que el Ministerio Fiscal se halle vinculado por el contenido del decreto (art. 803 bis J LECrim). Lo mismo sucede si, compareciendo, rechaza el decreto, total o parcialmente. Si comparece sin letrado, se suspende la audiencia y se fija nueva fecha para su realización (art. 803 bis H n° 2 LECrim).

La obligación de suspender la audiencia cuando el imputado asiste sin defensor, ha sido calificada por un sector de la doctrina como algo que incrementa la lentitud y carestía del procedimiento y que no se justifica, ya que en este no se pueden imponer penas privativas de libertad<sup>78</sup>. En todo caso, se ha afirmado que la LECrim da a entender que la asistencia del abogado sólo es necesaria “para la aceptación de la propuesta de sanción”, pero no para rechazarla (art. 803 bis H n° 1)<sup>79</sup>.

---

<sup>74</sup> ARMENTA, Teresa. Lecciones de Derecho procesal penal, p. 401; MUERZA, Julio. El proceso por aceptación de decreto, p. 117; CASTILLEJO, Raquel. Últimas reformas procesales. El proceso por aceptación de decreto, p. 1030.

<sup>75</sup> LÓPEZ en LÓPEZ, Francisco y CAMPANER, Jaime. El proceso por aceptación de decreto o monitorio penal, pp. 152-161.

<sup>76</sup> TOMÉ, José Antonio. Curso de Derecho Procesal Penal, p. 665.

<sup>77</sup> DOIG, Yolanda. El proceso por aceptación de decreto, pp. 545-546.

<sup>78</sup> GIMENO, Vicente. Derecho Procesal Penal, pp. 1084-1085.

<sup>79</sup> ZARZALEJOS, Jesús. El juicio por delitos leves y los procesos penales especiales, p. 366.

Si en la audiencia –que debe ser registrada íntegramente por medios audiovisuales (art. 803 bis H n° 4 LECrim)–, en presencia del letrado, el imputado acepta la propuesta totalmente, asegurándose el juez de que comprende su contenido y los efectos de su aceptación (art. 803 bis H n° 3 LECrim), el juez atribuye a la propuesta el carácter de resolución judicial firme, que se debe documentar en el plazo de tres días y que produce todos los efectos de una sentencia condenatoria, la que no es susceptible de recurso alguno (art. 803 bis I LECrim).

Si bien es cierto que la ley exige la presencia del defensor en la audiencia en la que el imputado acepta la propuesta de pena, no es necesario que aquel esté de acuerdo para que la propuesta asuma el carácter de resolución judicial firme; basta con el consentimiento expreso del imputado<sup>80</sup>.

Nada indica la ley acerca de cómo debe procederse en los casos en que haya coimputados. Según un sector de la doctrina, no es aceptable entender que la oposición de algunos de los coimputados impida la aceptación y la consiguiente rebaja de pena para los otros<sup>81</sup>. Otro sector, empero, afirma que todos los coimputados deben aceptar la propuesta de pena para que esta “se convierta” en sentencia condenatoria firme<sup>82</sup>.

## 2.2. VALORACIÓN

El examen de la regulación del proceso por aceptación de decreto permite poner en duda que se trate de un verdadero procedimiento monitorio o por orden penal, ya que, conforme a lo dicho, el juez no dicta una orden penal que recoja la propuesta de sanción del Ministerio Fiscal, sino que notifica dicha propuesta al imputado para que manifieste si la acepta o la rechaza. Es recién tras la eventual aceptación de este

---

<sup>80</sup> GONZÁLEZ-MONTES, José Luis. El proceso por aceptación de decreto: especialidades procedimentales desde una perspectiva práctica tras dos años de implantación, p. 198.

<sup>81</sup> DOIG, Yolanda. El proceso por aceptación de decreto, pp. 540-542; BLANCO, Ana Isabel y MONTESINOS, Ana. Proceso por aceptación de decreto: el nuevo monitorio penal, p. 298.

<sup>82</sup> Así, LÓPEZ en LÓPEZ, Francisco y CAMPANER, Jaime. El proceso por aceptación de decreto o monitorio penal, p. 172.

último cuando surge la condena<sup>83</sup>. Además, la condena no depende de la pasividad del imputado, en el sentido de que este no se oponga dentro de un cierto plazo, sino que se exige que acepte expresamente la propuesta de pena en una audiencia<sup>84</sup> –tal como sucedía inicialmente en el *processo sumaríssimo* portugués–, lo que, por cierto, ha sido valorado positivamente por un sector de la doctrina, desde el punto de vista de un mayor resguardo del derecho de defensa<sup>85</sup>. Esto último reafirma las dudas de que se trate de un auténtico procedimiento monitorio, ya que, como lo hemos visto, una nota que caracteriza esta clase de procedimientos es su escrituración<sup>86</sup>; en el proceso por aceptación de decreto, en cambio, hay oralidad cuando el imputado acepta la propuesta de pena.

En cuanto a su ámbito de aplicación, el análisis de la regulación de este procedimiento permite afirmar que su uso no sólo está destinado al enjuiciamiento de la denominada criminalidad de bagatela. Recuérdese que debe tratarse de delitos sancionados con pena de multa o trabajos en beneficio de la comunidad, o con pena de prisión de hasta un año que pueda ser suspendida. Pues bien, conforme al artículo 13 del CPe, los delitos pueden ser graves, menos graves o leves, según si están castigados con pena grave, pena menos grave o pena leve, respectivamente. Las penas de multa y de trabajos en beneficio de la comunidad pueden ser penas leves o menos graves, dependiendo de su cuantía o duración. La multa es pena leve si no pasa de tres meses y es menos grave si supera los tres meses. Los trabajos en beneficio de la comunidad son pena leve si van de uno a treinta días y menos grave, si van de treinta y un días a un año. A su turno, la prisión es una pena menos grave cuando no excede de un año (art. 33 CPe). En

---

<sup>83</sup> Similar, GIMENO, Vicente. Derecho Procesal Penal, p. 1083.

<sup>84</sup> FRAGA, Javier. Las diversas manifestaciones de la conformidad en el Derecho procesal penal español, p. 212.

<sup>85</sup> DOIG, Yolanda. El proceso por aceptación de decreto, pp. 526 y 547.

<sup>86</sup> Destaca esta característica como nota esencial del procedimiento monitorio, GIMENO, Vicente. Los procedimientos penales simplificados (Principio de “oportunidad” y proceso penal monitorio), p. 39. Asimismo, ASECIO, José María. Breve aproximación al proceso penal monitorio, p. 120.

consecuencia, no parece que este procedimiento se aplique sólo a criminalidad de gravedad mínima<sup>87</sup>.

En otro orden de ideas, la regulación del proceso penal por decreto no efectúa ninguna alusión a la víctima, más allá de la indirecta referencia consistente en la imposibilidad de que este procedimiento tenga lugar si en la causa existe acusación particular. No obstante, según un sector de la doctrina, una interpretación que tome en cuenta el *Estatuto de la víctima del delito* (Ley 4/2015, de fecha 27 de abril de 2015), debería conducir a la conclusión de que el fiscal, antes de emitir su decreto de propuesta de imposición de pena, tendría que evaluar la opinión de la víctima<sup>88</sup>.

Por otra parte, si bien es cierto que han pasado pocos años desde la creación de este procedimiento en el sistema procesal penal español, por lo que tal vez haya que esperar un poco más para una evaluación definitiva de su incidencia en el funcionamiento del sistema, pese a algunas afirmaciones iniciales en el sentido de que se trataba de un avance en el “sistema de justicia penal que, a buen seguro, no solo descongestionará los tribunales, sino que también garantizará una justicia ágil y eficaz en determinadas causas penales”<sup>89</sup>, lo cierto es que, al menos hasta ahora, su aplicación ha sido prácticamente insignificante<sup>90</sup>. Por ejemplo, según datos publicados por el Consejo General del Poder Judicial, en el año 2016 sólo se tramitaron ciento veinticuatro causas por la vía del proceso por aceptación de decreto<sup>91</sup>, cifra francamente sorprendente para un país de más de cuarenta y siete millones de habitantes.

---

<sup>87</sup> Así, DOIG, Yolanda. El proceso por aceptación de decreto, p. 535. Véase CAMPANER en LÓPEZ, Francisco y CAMPANER, Jaime. El proceso por aceptación de decreto o monitorio penal, pp. 67-108, con un listado exhaustivo de delitos que se ubican dentro del ámbito de aplicación del proceso por aceptación de decreto.

<sup>88</sup> Así, BARONA, Silvia. Especialidades procedimentales, p. 651.

<sup>89</sup> BLANCO, Ana Isabel y MONTESINOS, Ana. Proceso por aceptación de decreto: el nuevo monitorio penal, p. 299.

<sup>90</sup> Vaticinaron su fracaso ORTEGA, Juan Luis. El pretendido proceso monitorio penal: una oportunidad perdida, p. 1266; y, SÁNCHEZ, Francisco Ramón. El proceso por aceptación de decreto: ¿una verdadera vía para la conformidad penal? (I), *passim*. También lo hizo CASTILLEJO, Raquel. El fomento del principio de oportunidad, pp. 603-604, pero refiriéndose al texto original del proyecto de ley que dio lugar al nuevo proceso por aceptación de decreto.

<sup>91</sup> TOMÉ, José Antonio. Curso de Derecho Procesal Penal, pp. 660-661.

### 3. RAZONES PARA LA DEFICITARIA APLICACIÓN

Tanto el *processo sumaríssimo*, como el proceso por aceptación de decreto, permiten ser encasillados (con serias dudas, como se ha visto, en el caso del segundo) dentro de la categoría de los denominados procedimientos penales monitorios. Sin embargo, distintas razones se han conjugado para que aquellos procedimientos, a diferencia de otros similares existentes en Europa, reciban una aplicación muy baja y, consecuentemente, contribuyan poco a los objetivos de eficiencia que se buscaron con su implementación.

En el caso del *proceso sumaríssimo*, el reducido ámbito de aplicación que este tenía podría explicar su también reducida utilización inicial<sup>92</sup>. Recuérdese que originalmente cubría delitos sancionados con prisión no superior a seis meses o multa. Pero como también lo vimos, mediante sucesivas reformas legales, su ámbito de aplicación se ha ido aumentando, hasta llegar al actual requisito de procedencia: delitos castigados con no más de cinco años de prisión. Así las cosas, es difícil ver en esto una razón que explique la poca aplicación que hoy tiene.

Otra explicación podría verse en cierta actitud de “resistencia” de los operadores del sistema procesal penal portugués a hacer uso del nuevo procedimiento<sup>93</sup>. Acostumbrados a un determinado modo de actuar, podría conjeturarse que dichos operadores no han querido o sabido utilizar el nuevo procedimiento. Pero ya han pasado treinta y cinco años desde que este procedimiento fue creado (aunque en su inicio tenía una fisonomía distinta de la actual), por lo que ya no es tan nuevo y ha habido tiempo de sobra para acostumbrarse a su funcionamiento.

Eventualmente, alguna incidencia puede tener el hecho de que, en la citada directiva de la Procuraduría General de la República de Portugal, se indica que cuando se verifiquen los presupuestos de aplicación de un procedimiento distinto, a saber, el *processo sumário*, sólo puede requerirse la aplicación de pena en el *processo sumaríssimo* si no es posible realizar el

---

<sup>92</sup> Así, RODRIGUES, Anabela Miranda. Os processos sumário e summaríssimo ou a celeridade e o consenso no Código de Processo Penal, p. 538.

<sup>93</sup> En este sentido, véase ALBERGARIA, Pedro Soares de. Os processos especiais na revisão de 2007 do Código de Processo Penal, pp. 489-491.

juzgamiento conforme a aquel (capítulo I, punto 2). Tal indicación sugiere un posible solapamiento entre ambos procedimientos y una preferencia por el *processo sumário* sobre el *processo sumaríssimo*.

En cualquier caso, probablemente sea necesario efectuar investigaciones empíricas para desentrañar los motivos que expliquen la persistentemente baja aplicación del *processo sumaríssimo* en Portugal.

Más sencillo parece establecer las razones de la baja utilización del proceso por aceptación de decreto en España. Varios motivos podrían ser aquí mencionados. En primer lugar, contribuye a la poca aplicación de este procedimiento su solapamiento con otro procedimiento especial, a saber, el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de delitos, el que, a través de una conformidad ante el Juzgado de Guardia y una reducción automática de pena, permite llegar al mismo resultado. Por eso, no sin cierta ironía, se ha dicho que el proceso por aceptación de decreto “cayó en desuso casi antes de entrar en vigor”<sup>94</sup>.

En segundo lugar, incluso podría afirmarse que el procedimiento con el que se solapa no conduce al mismo resultado, sino a uno mejor para el imputado. Ello es así, porque en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de delitos, la conformidad del imputado conduce a aplicar la pena solicitada, rebajada *en un tercio* (art. 801.2 LECrim); en cambio, en el proceso por aceptación de decreto, la pena legalmente prevista se puede reducir *hasta en un tercio*.

En tercer término, debe considerarse que la propuesta de pena debe ser presentada en una fase muy inicial del proceso, lo que puede dificultar al Ministerio Fiscal, cuando se trata de un delito sancionado con

---

<sup>94</sup> Así, NIEVA, Jordi. Derecho Procesal III. Proceso Penal, p. 501. Similar, FRA-GA, Javier. Las diversas manifestaciones de la conformidad en el Derecho procesal penal español, p. 229: “de manera que el proceso por aceptación de decreto pierde ya, de inicio, a la gran mayoría de su clientela potencial, seducida por una institución que, por vía más directa, ofrece, en el peor de los casos, idénticos resultados”. Con todo, véase MAGRO, Vicente. El nuevo proceso de aceptación por decreto en la reforma de la LECrim., pp. 1525-1526, quien identifica algunos casos en los que es aplicable el proceso por aceptación de decreto, sin que también lo sea el denominado juicio rápido.

pena de prisión no superior a un año, la evaluación de la concurrencia de todos los requisitos para la suspensión de dicha pena<sup>95</sup>.

A todo lo anterior cabe añadir la consideración de que, en España, a diferencia de otros países, la investigación de los delitos, por regla general, sigue siendo una actividad judicial, no del Ministerio Fiscal, lo que puede explicar que los casos en que este decida proponer la imposición de una pena sean pocos<sup>96</sup>. Por eso, se ha sostenido que “el proceso por aceptación de decreto constituye una pieza extraña injertada en un engranaje diseñado bajo el prisma de la instrucción judicial”<sup>97</sup>.

En todo caso, un sector de la doctrina ya ha propuesto algunas modificaciones legales para conseguir una mayor utilización del proceso por aceptación de decreto, como, por ejemplo, ampliar su ámbito de aplicación y eliminar el requisito negativo de que no se haya presentado acusación popular o particular<sup>98</sup>. Lo curioso es que estas medidas no apuntan directamente a ninguna de las razones que se acaban de señalar (salvo que, al aludir a la ampliación del ámbito de aplicación de este procedimiento, se esté queriendo significar la eliminación de su solapamiento con el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de delitos).

## CONSIDERACIONES FINALES

A modo de conclusión y como reflexión final, cabe señalar que la incorporación de un procedimiento especial breve y sencillo en el ordenamiento procesal penal de un país, pese a su masiva aplicación en otros países, no asegura que dicho procedimiento sea utilizado con mucha frecuencia y contribuya decisivamente a una mayor eficiencia del sistema.

---

<sup>95</sup> En este sentido, GONZÁLEZ, Piedad. La creciente presencia del principio de oportunidad en el proceso penal. En particular en el juicio por delitos leves y en el procedimiento por aceptación de Decreto del fiscal, p. 400.

<sup>96</sup> Sugiere esta explicación TOMÉ, José Antonio. Curso de Derecho Procesal Penal, p. 661.

<sup>97</sup> CAMPANER en LÓPEZ, Francisco y CAMPANER, Jaime. El proceso por aceptación de decreto o monitorio penal, p. 63.

<sup>98</sup> GONZÁLEZ-MONTES, José Luis. El proceso por aceptación de decreto: especialidades procedimentales desde una perspectiva práctica tras dos años de implantación, p. 202.



No porque en Alemania y en Italia procedimientos penales monitorios reciban mucha aplicación, la introducción de procedimientos similares en países que no cuentan con ellos garantizará resultados semejantes. Todo dependerá de distintos factores que pueden influir en la mayor o menor aplicación de tales procedimientos. Algunos de esos factores se encontrarán en la regulación de esos nuevos procedimientos, como, por ejemplo, en los requisitos de procedencia. Otros factores se hallarán en la regulación de procedimientos preexistentes, con los cuales, verbigracia, los nuevos procedimientos podrían solaparse o colisionar. Incluso algunos factores podrán encontrarse fuera de la normativa, esto es, en la praxis, como, por ejemplo, cierta actitud “obstruccionista” de los operadores del sistema<sup>99</sup>.

En este trabajo, se ha constatado la deficitaria aplicación de los procedimientos penales monitorios en Portugal y en España. Con independencia de que no se tenga demasiada claridad de las razones que lo expliquen en el caso del primer país –para obtener mayor información sobre el punto sería necesario llevar adelante investigaciones de carácter empírico–, el trabajo tiene al menos la virtud de demostrar que no existen “recetas mágicas” en la solución de los problemas del proceso penal. Es razonable mirar y aprender de experiencias exitosas de sistemas procesales penales foráneos. Pero no lo es creer que todo lo que en ellos sirve, en el propio sistema también servirá.

## BIBLIOGRAFÍA

ALBERGARIA, Pedro Soares de. Os processos especiais na revisão de 2007 do Código de Processo Penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, n. 4, pp. 465-507, 2008.

ALBERGARIA, Pedro Soares de; LIMA, Rui Pedro; NEVES, José Francisco Moreira das. Uma proposta de justiça negociada. In: LATAS, António João (coord.). *Mudar a Justiça Penal. Linhas de reforma do processo penal português*. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 69-81.

---

<sup>99</sup> La posibilidad de una “obstrucción” frente a la “importación” de alguna institución jurídica de un sistema foráneo es reconocida por BACHMAIER, Lorena. *Comparative Law, Legal Metaphors and Negotiated Justice*, pp. 12-13.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4ª edición. Lisboa: Universidad Católica Editora, 2011.

ANDRADE, Manuel da Costa. Consenso e oportunidade: Reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo. In: ALMEDINA (ed.). *Jornadas de Direito Processual Penal - O Novo Código de Processo Penal (CEJ)*. Coimbra: Almedina, 1988, pp. 317-358.

ANTUNES, Maria João. *Direito Processual Penal*. 3ª edición. Coimbra: Almedina, 2021.

ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho procesal penal*. 12ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2019.

ARMENTA DEU, Teresa. *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*. Barcelona: PPU, 1991.

ASENCIO MELLADO, José María. Las partes en el proceso penal (II). Partes acusadas. In: ASENCIO MELLADO, José María (dir.); FUENTES SORIANO, Olga (coord.). *Derecho Procesal Penal*. 2ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, pp. 71-99.

ASENCIO MELLADO, José María. Breve aproximación al proceso penal monitorio. *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, Madrid, n. 2, pp. 119-146, 1989.

ASSUNÇÃO, Maria Leonor. Sobre o Processo Sumaríssimo. *Scientia Iuridica*, año 2001, Braga, pp. 195-205, 2001.

BACHMAIER WINTER, Lorena. Comparative Law, Legal Metaphors and Negotiated Justice. In: ENGELHART, Marc; KUDLICH, Hans; VOGEL, Benjamin (eds.). *Digitalisierung, Globalisierung und Risikoprävention. Festschrift für Ulrich Sieber zum 70. Geburtstag*. Berlin: Duncker & Humblot, vol. I, 2021, pp. 3-14.

BACHMAIER WINTER, Lorena. Justicia negociada y coerción. Reflexiones a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista General de Derecho Procesal*, Alicante, n. 44, pp. 1-30, 2018.

BARONA VILAR, Silvia. Especialidades procedimentales. In: GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis; BARONA VILAR, Silvia (coords.). *Proceso Penal. Derecho Procesal III*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, pp. 647-669.

BARONA VILAR, Silvia. *La conformidad en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994.

BASTOS, José Gabriel Travanca. *Sobre a admissibilidade de acordos negociados de sentença no processo penal português*. Lisboa: Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa, 2019.

BLANCO, Ana Isabel; MONTESINOS, Ana. Proceso por aceptación de decreto: el nuevo monitorio penal. *Revista Boliviana de Derecho*, Santa Cruz de la Sierra, n. 22, pp. 290-299, 2016.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada. Negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes*. Curitiba: Juruá Editora, 2016.

BRANDÃO, Nuno. Acordos sobre a sentença penal: problemas e vias de solução. *Julgar*, Lisboa, n. 25, pp. 161-178, 2015.

CARocca PÉREZ, Alex. *Manual el nuevo sistema procesal penal chileno*. 4ª edición. Santiago: Legal Publishing, 2008.

CASTILLEJO MANZANARES, Raquel. El fomento del principio de oportunidad. In: FUENTES SORIANO, Olga (coord.). *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, pp. 587-604.

CASTILLEJO MANZANARES, Raquel. Últimas reformas procesales. El proceso por aceptación de decreto. *Revista Jurídica Española La Ley*, Madrid, v. 3, pp. 1025-1032, 2015.

CHIAVARIO, Mario. *Diritto Processuale Penale*. 8ª edición. Milano: UTET Giuridica, 2019.

CORDERO, Franco. *Procedura penale*. 9ª edición. Milano: Giuffrè, 2012.

CORREA DELCASSO, Juan Pablo. *El proceso monitorio*. Barcelona: Bosch, 1998.

COSTA, Eduardo Maia. Justiça negociada: do logro da eficiência à degradação do processo equitativo. *Julgar*, Lisboa, n. 19, pp. 87-97, 2013.

DELGADO CASTRO, Jordi. Problemas y tensiones entre el diseño y funcionamiento del procedimiento monitorio penal. *Política Criminal*, Talca, v. 10, n. 19, pp. 1-24, 2015.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal. O „fim“ do Estado de Direito ou um novo „princípio“?*. Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011.

DOIG DÍAZ, Yolanda. El proceso por aceptación de decreto. In: FUENTES SORIANO, Olga (coord.). *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, pp. 525-551.

ELOBIED, Tarig. *Die Entwicklung des Strafbefehlsverfahrens von 1846 bis in die Gegenwart*. Berlin: De Gruyter, 2010.

FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001.

FERREIRA, Renata Rodrigues de Abreu. Acordos sobre a sentença em processo penal. Uma análise sob a perspectiva jurídico-constitucional e processual penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, n. 1-4, pp. 397-435, 2016.

FERREIRA DE OLIVEIRA, André. Soluções negociadas de justiça penal no direito português: uma realidade atual numa galáxia distante?. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, pp. 71-102, 2017.

FIDALGO, Sónia. O consenso no processo penal: reflexões sobre a suspensão provisória do processo e o processo sumaríssimo. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, n. 2-3, pp. 277-315, 2008.

FRAGA MANDIÁN, Javier. *Las diversas manifestaciones de la conformidad en el Derecho procesal penal español*. Madrid: Editorial Jurídica Sepín, 2018.

GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. 3ª edición. Navarra: Civitas – Thomson Reuters, 2019.

GIMENO SENDRA, Vicente. Los procedimientos penales simplificados (Principio de “oportunidad” y proceso penal monitorio). *Poder Judicial*, Madrid, n. especial II (Justicia penal), pp. 31-49, 1988.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código de Processo Penal anotado. Legislação complementar*. 16ª edición. Coimbra: Almedina, 2007.

GONZÁLEZ GRANDA, Piedad. La creciente presencia del principio de oportunidad en el proceso penal. En particular en el juicio por delitos leves y en el procedimiento por aceptación de Decreto del fiscal. In: CASTILLO MANZANARES, Raquel (dir.); ALONSO SALGADO, Cristina (coord.). *El nuevo proceso penal sin Código Procesal Penal*. Barcelona: Atelier, 2019, pp. 375-401.

GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, José Luis. El proceso por aceptación de decreto: especialidades procedimentales desde una perspectiva práctica tras dos años de implantación. *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 124, pp. 173-203, 2018.

LANGER, Máximo. Plea bargaining, conviction without trial, and the global administratization of criminal convictions. *Annual Review of Criminology*, n. 4, 4 (1), pp. 1-35. <https://doi.org/10.1146/annurev-criminol-032317-092255>

LOPES, José António Mouraz. *A fundamentação da sentença no sistema penal português: legitimar, diferenciar, simplificar*. Coimbra: Almedina, 2011.

LÓPEZ SIMÓ, Francisco; CAMPANER MUÑOZ, Jaime. *El proceso por aceptación de decreto o monitorio penal*. Madrid: Reus, 2017.

MAGRO SERVET, Vicente. El nuevo proceso de aceptación por decreto en la reforma de la LECrim. *Revista Jurídica Española La Ley*, Madrid, v. 3, pp. 1524-1528, 2015.

MARQUES CARVALHO, Paula. *Manual Prático de Processo Penal*. 12ª edición. Coimbra: Almedina, 2020.

MENDES, Paulo de Sousa. *Lições de Direito Processual Penal*. 5ª reimpressão de la edición de septiembre de 2013. Coimbra: Almedina, 2018.

MENDES CARDOSO, Carlos Miguel Leal. *O processo sumaríssimo. Análise de alguns aspetos prático-processuais do instituto*. Coimbra: Facultad de Derecho Universidad de Coimbra, 2015.

MOMSEN, Carsten. §407-412. In: SATZER, Helmut; SCHLUCKEBIER, Wilhelm; WIDMAIER, Gunter (eds.). *Strafprozessordnung mit GVG und EMRK. Kommentar*. 4ª edición. Köln: Wolters Kluwer, 2020, pp. 2075-2098.

MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal*. 9ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

MOTA, José Luís Lopes da. A revisão de Código de Processo Penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, n. 2, pp. 163-198, 1998.

MUERZA ESPARZA, Julio. El proceso por aceptación de decreto. In: EL MISMO (aut.). *Las reformas procesales penales de 2015. Nuevas medidas de agilización, de investigación y de fortalecimiento de garantías en la justicia penal*. Navarra: Thomson Reuters – Aranzadi, 2015, pp. 107-120.

NEVES, J. F. Moreira das. Acordos sobre a Sentença Penal: o futuro aqui já!. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, n. 135, pp. 37-64, 2013.

NIEVA FENOLL, Jordi. *Derecho Procesal III. Proceso Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

OLIVEIRA MENDES, António Jorge de. Arts. 392-398. In: HENRIQUES GASPAR, António; HENRIQUES DOS SANTOS CABRAL, José António; MAIA COSTA, Eduardo; OLIVEIRA MENDES, António Jorge de; PEREIRA MADEIRA, António; PIRES HENRIQUES DA GRAÇA, António (auts.). *Código de Processo Penal comentado*. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 1233-1242.

ORTEGA CALDERÓN, Juan Luis. El pretendido proceso monitorio penal: una oportunidad perdida. *Revista Jurídica Española La Ley*, Madrid, v. 1, pp. 1266-1274, 2016.

PEREIRA, Rui Soares, RAMALHO, David Silva. Os processos especiais no direito processual penal português. *O Direito*, Coimbra, a. 147º, v. IV, pp. 823-852, 2015.

PIZIALI, Giorgio. Il procedimento per decreto. In: PISANI, Mario (ed.). *I procedimenti speciali in materia penale*. 2ª edición. Milano: Giuffrè Editore, 2003, pp. 425-546.

RIBEIRO, Vinício A. P. *Código de Processo Penal. Notas e comentários*. 3ª edición. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2020.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Os processos sumário e summaríssimo ou a celeridade e o consenso no Código de Processo Penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, n. 4, pp. 525-544, 1996.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. *La justicia penal negociada. Experiencias de derecho comparado*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1997.

ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*. 29ª edición. München: C.H. Beck, 2017.

SÁNCHEZ MELGAREJO, Francisco Ramón. El proceso por aceptación de decreto: ¿una verdadera vía para la conformidad penal? (I). Disponible en <https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/el-proceso-por-aceptacion-de-decreto-una-verdadera-via-para-la-conformidad-penal-i/> (fecha de la consulta: 29 de marzo de 2022). 2016.

SANTOS, Cláudia Cruz. *O Direito processual penal português em mudança. Rupturas e continuidades*. Coimbra: Almedina, 2020.

SANTOS, Cláudia Cruz. Decisão penal negociada. *Julgar*, Lisboa, n. 25, pp. 145-160, 2015.

SANTOS, Hugo Luz dos. *Direito e Processo Penal Contemporâneo. Reflexões sobre a justiça penal em tempos de transição*. Braga: Nova Causa Edições Jurídicas, 2019.

SCHMITT, Bertram. §§407-412. In: MEYER-GOßNER, Lutz; SCHMITT, Bertram (eds.). *Strafprozessordnung. Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen*. 63ª edición. München: C.H. Beck, 2020, pp. 1721-1743.

SILVA, Julio Barbosa e. Dolores de crescimento – algumas dúvidas à volta do processo especial sumaríssimo e contributos para uma clarificação prática. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, n. 133, pp. 137-166, 2013.

TEIXEIRA, Carlos Adérito. *Princípio da oportunidade. Manifestações em sede processual penal e sua conformação jurídico-constitucional*. Coimbra: Almedina, 2000.

TOMÉ GARCÍA, José Antonio. *Curso de Derecho Procesal Penal*. 2ª edición. Madrid: Dykinson, 2019.

ZARZALEJOS NIETO, Jesús. El juicio por delitos leves y los procesos penales especiales. In: BANACLOCHE PALAO, Julio; ZARZALEJOS NIETO, Jesús (auts.). *Aspectos fundamentales de Derecho procesal penal*. 3ª edición. Madrid: Wolters Kluwer – La Ley, 2015, pp. 357-390.

## Authorship information

Guillermo Oliver. Doctor en Derecho, Universidad de Barcelona, España. Magister en Derecho Penal y Ciencias Penales, Universidades de Barcelona y Pompeu Fabra, España. Profesor titular de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Abogado. [guillermo.oliver@pucv.cl](mailto:guillermo.oliver@pucv.cl)

### Additional information and author's declarations (*scientific integrity*)

*Acknowledgments:* Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación “*Comparative analysis of some negotiated criminal justice models of the Continental European System: bases for the formulation of a negotiated criminal justice model for Chile*”, el cual fue ejecutado por el autor en el Instituto de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal de la Universidad de Friburgo y en el Instituto Max-Planck para la Investigación de la Criminalidad, la Seguridad y el Derecho, entre noviembre de 2021 y junio de 2022, y financiado por el *Deutscher Akademischer Austauschdienst* (DAAD) y por la *Max-Planck Gesellschaft*. El autor agradece a ambas instituciones por el apoyo brindado. El autor agradece también al Dr. Paulo de Sousa Mendes, catedrático de la Universidad de Lisboa, y al Dr. Juan Luis Gómez Colomer, catedrático de la Universidad Jaume I de Castellón, por sus comentarios a las secciones de este trabajo en las que se examinan procedimientos penales de Portugal y España, respectivamente. Finalmente, el autor agradece a Joaquín Torres Oyaneder, ayudante del Departamento de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, por sus observaciones al trabajo y por adecuarlo a las normas editoriales de la revista que lo publica.

*Conflict of interest declaration:* the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

*Declaration of authorship:* all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

*Declaration of originality:* the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; he also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

### Editorial process dates

(<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 19/06/2022
- Desk review and plagiarism check: 30/06/2022
- Review 1: 24/08/2022
- Review 2: 05/09/2022
- Review 3: 07/09/2022
- Preliminary editorial decision: 07/09/2022
- Correction round return: 19/09/2022
- Final editorial decision: 12/10/2022

### Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Assistant-editor: 1 (MAV)
- Reviewers: 3

### HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

OLIVER, Guillermo. No siempre el procedimiento monitorio es garantía de eficiencia en el proceso penal: el caso de Portugal y España. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, n. 3, p. 1301-1334, set./dez. 2022.  
<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i3.731>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.




# The Regulation of Money Laundering and Corporate Criminal Responsibility in Spain: compliance as a key for Virtual Asset Service Providers

*La regulación de blanqueo de capitales y la responsabilidad penal de la persona jurídica en España: compliance como clave para los proveedores de servicio con activos virtuales*

**Ayelén Anzola<sup>1</sup>**

Universidad de Salamanca, Salamanca, España

anzola@usal.es


 <https://orcid.org/0000-0001-7416-6108>

**Marina Oliveira Teixeira dos Santos<sup>2</sup>**

Universidad de Salamanca, Salamanca, España

marinaoliveira.737@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/5631870315520284>

 <http://orcid.org/0000-0002-3276-2590>

- 
- <sup>1</sup> Professora investigadora na *Universidad Nacional del Nordeste*, Argentina. Doutoranda na *Universidad de Salamanca*. Bolsista do programa para estudantes latino-americanos USAL-Santander. Investigadora em formação no *Centro de Investigación para la Gobernanza Global* (CIGG) da *Universidad de Salamanca*. Mestre em Estratégias Anticorrupção e Políticas de Integridade pela Universidade de Salamanca y Mestre em Direito Administrativo pela Universidade Austral de Argentina.
- <sup>2</sup> Doutoranda na *Universidad de Salamanca*. Contratada *predoctoral* financiada com cargo à convocatória de *contratos predoctorales* USAL 2021, cofinanciada pelo Banco Santander. Investigadora em formação no *Centro de Investigación para la Gobernanza Global* (CIGG) da *Universidad de Salamanca*. Mestre em ciências-jurídico criminais pela Universidade de Coimbra. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Advogada OAB/SP. Membro do Projeto de Pesquisa I+D “*Configuración y efectos de los sistemas de Gestión del riesgo legal*” do Ministério de Ciência e Inovação espanhol, com a referência PID2019-107743RB-I00.

---

**ABSTRACT:** Initiating with the conceptualization of who are Virtual Asset Service Providers (hence forward: exchangers), especially the ones who work with virtual exchangeable assets, this paper aims to study the high risk their activities suppose on increasing money laundering and what are Spain's legal framework on money laundering and if they can be enforced on exchangers, based not only on the national legislation but also on the European Union's existing directives on the subject. Moreover, it will be analysed the role of compliance as a practical procedure tool to prevent money laundering in exchangers activities and how the current legislation in Spain already promotes that, as the current criminal law extinguishes responsibility of legal persons who demonstrate an effective compliance program if they fulfil all requisites. Hence, this paper will be able to make a comprehensive study on exchangers, who they are and what are their activities as regulated in Spain's legal framework. Therefore, is going to answer the investigation's main question regarding the role of compliance to deter money laundering in this focus group.

**KEYWORDS:** Virtual Asset Service Providers; Exchangers; Money laundering; Spain; Compliance.

**RESUMEN:** *A partir de la conceptualización de los Proveedores de Servicios de Activos Virtuales (en adelante: exchangers), especialmente de aquellos que trabajan con activos virtuales intercambiables, este trabajo pretende estudiar el alto riesgo que sus actividades suponen en el incremento del blanqueo de capitales, cuál es el marco legal español sobre el blanqueo de capitales y si éste se puede aplicar a los exchangers. Para ello, la investigación se ha basado no sólo en la legislación nacional sino también en las directivas de la Unión Europea existentes en la materia. Además, se analizará el papel del compliance (o cumplimiento normativo) como herramienta de procedimiento práctico para prevenir el blanqueo de capitales en las actividades de los exchangers destacando los mecanismos mediante los cuales la legislación actual en España ya lo promueve, puesto que el derecho penal vigente extingue la responsabilidad de las personas jurídicas que demuestren un programa de compliance efectivo si cumplen todos los requisitos impuestos por ley. De este modo, este trabajo pretende realizar un estudio exhaustivo sobre los exchangers, determinando quiénes son y cuáles son sus actividades reguladas en el marco legal español. En resumen, intentará responder a la pregunta principal de la investigación sobre el papel del compliance para prevenir el blanqueo de capitales en este sector.*

**PALABRAS CLAVE:** *Provedores de Servicios con Activos Virtuales; Casas de Cambio; Blanqueo de Capitales; España; Programas de cumplimiento normativo.*

**SUMMARY:** Introduction and Methodology; 1. Who are the virtual asset service providers? The European Union and Spain's restrictive approach. 2. Money laundering regulatory framework regarding virtual asset service providers; 3. Compliance as an effective solution; 3.1. Comments on the corporate compliance culture applied to virtual asset service providers; 3.2. Criminal benefits of a compliance program; Conclusions; Bibliography and References.

---

## INTRODUCTION AND METHODOLOGY

Virtual Asset Service Providers, also known as exchangers, are the ones who make transactions with virtual assets and offer certain services to clients. Specifically, in this paper, it will be analysed the activities perpetuated by Virtual Asset Service Providers who deal with virtual exchangeable assets, which includes, for instance, individuals and enterprises who provide exchange services online, by doing online transactions and trading virtual assets that may be or will be converted to real coin for a client.

It is an important and ever-growing activity in contemporary's globalized world, that affects not only specific shareholders from these enterprises, as well as all stakeholders, governments and society included, as consumers and possibly victims of grand money laundering offences perpetuated within this structure.

This activity is a natural evolution of the regular exchange service provided in physical stores for people who needed to trade coins. With the consolidation of the internet and the technological era, they transformed themselves – or were substituted by new ones – in order to become virtual asset service providers.

With the natural chain formed by the online exchange and trade of assets on the internet, new risks began to appear, adding to the already existing ones, related to the high possibility of money laundering.

This paper aims to answer the following questions: is the ruling provided in Spain's context the best on preventing money laundering in virtual asset service providers who deal with virtual exchangeable assets? Is compliance a practical and efficient tool that should be enforced on these exchangers in order to prevent money laundering? How does the current legal framework that exists in Spain already promotes the existence of effective compliance programs?

Therefore, the hypothesis states a presumed relationship between three dependent variables: a) the risk of money laundering in virtual exchangers activities; b) the adequacy or insufficiency of traditional anti-money laundering measures; and c) compliance as a solution.

Based on the whole outline previously traced, the focus group will be Spain's virtual asset service providers who work with virtual exchangeable assets that are subject to Spain's jurisdiction. Moreover, relying on compliance and corporate governance concepts, the existing and current legislation from Spain and the European Union will be analysed – this one in accordance with the Financial Action Task Force's (FATF) recommendations on anti-money laundering measures, and basing on the existing Spanish model of criminal responsibility for legal persons, in order to constitute a global view on how virtual asset service providers that deal with virtual exchangeable assets are currently regulated.

It will be conducted a bibliographical and legislative investigation to answer this paper's question. We will focus on Spain's regulation on money laundering; the existing normative that makes a legal person criminal liable, and the specific associated risks related to virtual asset service providers activities. In addition, this paper's methodology is based on the analysis of legislation and doctrine aiming to corroborate the hypothesis through the deductive method.

## **1. WHO ARE THE VIRTUAL ASSET SERVICE PROVIDERS? THE EUROPEAN UNION AND SPAIN'S RESTRICTIVE APPROACH**

From the point of view of money laundering regulation, Virtual Asset Service Providers-related activities have been considered especially risky. In this regard, it has been seen that the sophistication, complexity, and professionalism employed for money laundering techniques have led

the perpetrators of such crimes to adopt new mechanisms in which the laundering procedure could be carried forward quicker and more opaquely<sup>3</sup>. To do this, they have used cyberspace, thus generating the migration from the traditional crime of money laundering to this new scope<sup>4</sup>.

Cyberspace is the electronic medium of the digital networks used for storing, communicating, and modifying information. This definition includes the Internet and information systems that support business, infrastructure, and services. This new space of interaction presents defining characteristics such as: the transnationality, time alteration, network neutrality<sup>5</sup>, anonymity, dynamism, and change<sup>6</sup>. The consolidation of cyberspace, at the same time as it has been favoured by the interconnection between people, has allowed the emergence of a new market and new digital goods. To make possible the operations in this new area, it was necessary to digitally represent the goods or assets that are the object of these transactions. This is how the token was born, and with it, what was later called the tokenization of economy, referring to the revolution that has caused this phenomenon.

The token is the digital representation of value that may or may not be linked to an underlying asset. It consists of an alphanumeric code that uses the blockchain as a backup technology for its activity. The Blockchain is a type of distributed ledger technology that works as a decentralized registry. It was created by Satoshi Nakamoto, an anonymous

---

<sup>3</sup> BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. Cizur Menor: Aranzadi, 2002, p. 51. SAVONA, Ernesto; ADAMOLI, Sabrina; ZOFFI, Paola. Organised crime across the borders. Preliminary results. *HEUNI Papers*, v. 6, p. 24, p.1-53, 1995. Available at <<https://www.heuni.fi/en/index/publications/heunipapers.html>>. Accessed 24 nov. 2020; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Colex, 1998, p. 233.

<sup>4</sup> MIRÓ LLINARES, Fernando. La oportunidad criminal en el ciberespacio: Aplicación y desarrollo de la teoría de las actividades cotidianas para la prevención del cibercrimen. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, v. 7, n. 13, p. 1-55, 2012. MIRÓ LLINARES, Fernando. *El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*. Barcelona: Marcial Pons, 2012, p. 47-84.

<sup>5</sup> ÉCIJA BERNAL, Álvaro. *Ciberespacio, Dark Web y Ciberpolicía*. *Diario La Ley*, v. 2 (Sección Ciberderecho), p. 1-5, 2017.

<sup>6</sup> López Torres, Jonathan. *Ciberespacio & ciberseguridad. Elementos esenciales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 29.

author whose goal was to create a new alternative, decentralized, secure and private means of payment.<sup>7</sup> To do so, he based his work on two older technological tools: a. cryptography, as an alternative source of trust; and b. peer-to-peer networks, that are the mechanism through which information is stored, distributed, or decentralized in the nodes<sup>8</sup>.

In this regard, the technological support of virtual assets has an important role to play amidst the analysis of anti-money laundering measures effectiveness on these specific assets. While in traditional financial systems, trust is centralized or guaranteed by a central bank or regulators to avoid double payment or money authenticity problems, with tokens, trust is cryptographically guaranteed through two mechanisms: data mining or complex mathematical problem solving and, secondly, consensus mechanisms through which it is possible to validate the operation or check which algorithm has been solved according to the protocols that regulate the virtual asset. The distributed trust has led to the disappearance of the central authorities as necessary intermediaries, involved in traditional payment mechanisms. Somehow it has been replaced by cryptographic trust.

Despite the previous affirmations about the decentralized and distributed trust – and the consequent absence of a central authority’s control- it needs to be underlined that it doesn’t mean that there are no intermediaries on virtual asset’s operations. Its main characteristic is that virtual assets only need the nodes<sup>9</sup> and the customers to operate.

---

<sup>7</sup> GARCÍA MEXÍA, Pablo. Del ciberderecho al criptoderecho. In: GARCÍA MEXÍA, Pablo (org.). *Criptoderecho. La Regulación de Blockchain*. Madrid: Wolters Kluwer, 2018, p.78.

<sup>8</sup> GARCÍA MEXÍA, Pablo; ARANDA BRIONES, Beatriz; ALCAIDE SOLER, Francisco; BAENA ZAPATERO, Rafael; CODES CALATRAVA, Alfonso; GARCÍA ESPINAR, Eduardo; MENÉNDEZ ARIAS, María José; et al. *Criptoderecho. La Regulación de Blockchain*. Madrid: Wolters Kluwer, 2018, p. 78-79 and 363-410; LIN, luon-Chang; LIAO, Tzu-Chun. A survey of blockchain security issues and challenges. *International Journal of Network Security*, v. 19, n.5, p. 653-659, 2017.

<sup>9</sup> “En la tecnología Blockchain se utilizan un conjunto de protocolos y técnicas criptográficas gracias a los cuales los datos de la aplicación y los registros de operación se constituyen como una cadena de bloques de información unidos entre sí de forma descentralizada y pública, almacenándose en unos equipos interconectados a través de una red de ordenadores distribuidos, los nodos, para

On the other hand, in traditional systems, its own centralized structure needs the customers, the financial institutions, the central bank or a central authority -that controls double payment or authenticity problems- to operate.

It should be underscored that the disappearance of these intermediaries on virtual assets has caused a deterrence problem of law. Because in the field of virtual assets there is an anti-money laundering regulation, but the subjects to whom these norms are imposed no longer are necessarily present on virtual transactions. In this disintermediation scheme, we can find the virtual asset service providers, who are not needed to make a transaction with the virtual assets, but could appear under certain circumstances offering specific products to the customers. The exchangers or virtual asset service providers are individuals or enterprises that provide many services related to virtual assets. These services may involve the creation of wallets and the management of its public and private keys<sup>10</sup>, virtual asset storage, ease of exchange operations, and several other services<sup>11</sup>.

The FATF's<sup>12</sup> recommendations follow a broad approach towards Virtual Asset Service Provider's definition. According to the recent guide published in 2019, a Virtual Asset Service Provider is:

---

*evitar cualquier punto central de fallo.*" (MORALES BARROSO, José. "¿Qué es Blockchain?". In: GARCÍA MEXÍA, Pablo (org.). *Criptoderecho. La regulación de Blockchain*. España: Wolters Kluger, 2018, p. 43).

<sup>10</sup> ANZOLA, Ayelén. La ejecución de las resoluciones de decomiso de Activos Virtuales en España. *Revista General de Derecho Procesal*, v. 57, p. 9, 2022.

<sup>11</sup> GUAITA MARTINEZ, José Manuel; CARRACEDO GARNATEO, Patricia; ISIDRO NUÑEZ, Francisco. *Las criptomonedas: Digitalización del dinero 2.0*. Cizur Menor: Aranzadi, 2019, p. 63.

<sup>12</sup> FATF (or GAFI) is the financial Action Task Force, also known by its French name, *Group d'action financière*. It is an inter-governmental body that sets international standards to prevent money laundering and terrorist financing by establishing recommendations or standards that must be implemented by members fully and effectively. As not complying with FATF's recommendation leads to warnings and being held accountable. However, it needs to be stated that FATF's recommendations are soft law in its nature, as they do not state an obligation (FATF, Financial Action Task Force. Available at <[www.fatf-gafi.org/about](http://www.fatf-gafi.org/about)>. Accessed 22 nov. 2020).

(...)any natural or legal person who is not covered elsewhere under the Recommendations and as a business conducts one or more of the following activities or operations for or on behalf of another natural or legal person:

- i. Exchange between virtual assets and fiat currencies;
- ii. Exchange between one or more forms of virtual assets;
- iii. Transfer of virtual assets;
- iv. Safekeeping and/or administration of virtual assets or instruments enabling control over virtual assets and
- v. Participation in and provision of financial services related to an issuer's offer and/or sale of virtual assets.<sup>13</sup>

More specifically, regarding money laundering, the Directive 2018/843<sup>14</sup> of the European Parliament and of the Council of 30 May 2018 -amending Directive (EU) 2015/849 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing and amending Directives 2009/138/EC and 2013/36/EU- have already included virtual asset service providers as obligated subjects. For instance, article 2 includes as obligated entities: providers engaged in exchange services between virtual currencies and fiat currencies and custodian wallet providers. In this sense, this regulation includes definitions according to the FATF's recommendation mentioned above, section i. and iv.:

(...) virtual currencies means a digital representation of value that is not issued or guaranteed by a central bank or a public authority, is not necessarily attached to a legally established currency and does not possess a legal status of currency or money, but is accepted by natural or legal persons as a means of exchange and which can be transferred, stored and traded electronically [and] custodian wallet provider means an entity that provides

<sup>13</sup> FINANCIAL ACTION TASK FORCE, FATF. *Guidance for a risk-based approach. Virtual assets and virtual asset service providers*. Paris: FATF, 2019, p.13.

<sup>14</sup> Also known as the fifth anti-money laundering Directive.



services to safeguard private cryptographic keys on behalf of its customers, to hold, store and transfer virtual currencies<sup>15</sup>.

Despite the progress achieved by this regulation, it needs to be pointed out that this norm has a limited view compared to FATF's recommendation. Besides that, there are many other activities not included such as the exchange of a virtual asset to another virtual asset<sup>16</sup>, or the participation in and provision of financial services related to an issuer's offer and sale.

Spain has already transposed the Directive UE 2018/849 into national law through the Royal Decree-Law 07/2021<sup>17</sup>. However, and as it is still going to be more specifically treated along this article, this transposition is almost an exact text transcription of the European Regulation, which means that Spain has followed the restrictive European Union's guideline on the subject.

Finally, it should be noted that there is still uncertainty regarding the Virtual Assets regulation that affects the legal qualification of virtual asset service providers. Although virtual assets can be compared to currencies or securities, in Spain they do not have this legal qualification. As it is expressly stated in Law 10/2010, virtual assets are not legally considered as currency or money as it is a means of exchange. Therefore, despite the very high turnover of values within the VASPS, they are not legally considered as financial entities and the payment services rules or similar do not apply to them. However, there is legal certainty concerning the fact that the virtual asset service providers are obligated subjects by

---

<sup>15</sup> EUROPEAN UNION. Directive (EU) 2018/849 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2018. Available at <<https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2018/849/oj>>. Accessed 23 oct 2020.

<sup>16</sup> Although if we make a broad interpretation of Directive EU 2018/849, Article 2, we could conclude that "transferring virtual assets" also covers the exchange of virtual assets. However, in our opinion, this activity should have been specifically stated.

<sup>17</sup> SPAIN. *Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores*. Available at <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-6872>>. Accessed 16 sep. 2022.

Law 10/2010 and that their inclusion in this legal framework enforce them to comply with the obligations it imposes.

## **2. MONEY LAUNDERING REGULATORY FRAMEWORK REGARDING VIRTUAL ASSET SERVICE PROVIDERS**

Money laundering can be perceived as the act of “concealing the origins of money linked to crime or otherwise attempting to diminishing the connection between property and some criminal undertaking”<sup>18</sup>. It became a worldwide problem, and the construction of international norms began in the end of the 80’s with an agreement of states to penalize money laundering, even though initially limited to the scope of illegal drugs<sup>19</sup>. The importance to deter money laundering in a global way grew and with it appeared the most important Conventions that tried to deal with it in an international approach: International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism, 1999; Convention Against Transnational Organized Crime, 2000; Convention Against Corruption, 2003. Moreover, it is with a non-state actor, the Financial Action Task Force (FATF) that the formation of national and regional regulation begins to be shaped. As stated by Gallant, “most states equate the voice of the FATF with the authoritative voice of international law”<sup>20</sup>. The European Union is part of the narrated context and has anti-money laundering measures as one of its priorities: in the last twenty years there have been numerous initiatives in this area, among which we would like to highlight the following three money laundering directives, from 1991, 2001 and 2005.

Therefore, money laundering is the process that consists in the integration of criminal assets into the legal economic system as if they were

---

<sup>18</sup> GALLANT, Michelle. Money Laundering consequences. Recovering wealth, piercing secrecy, disrupting tax havens and distorting international law. *Journal of Money Laundering Control*, v. 17, n. 3, p. 302, 2014.

<sup>19</sup> As can be perceived by the United Nations Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances from 1988.

<sup>20</sup> Gallant, Michelle. Money Laundering consequences: Recovering wealth, piercing secrecy, disrupting tax havens and distorting international law. *Journal of Money Laundering Control*, v. 17, n. 3, p. 302, 2014.

obtained lawfully<sup>21</sup>. Moreover, criminal conducts categorized as money laundering by Spain's Penal Code consist on the acquisition, possession, use, conversion, transmission or on the performance of any other action aiming to cover up the illicit origin of the goods, implying dynamic conducts.

From an international law's point of view, Spain has acceded to several hard law international agreements, such as: The United Nations Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, adopted in Vienna on 19 December 1988; The United Nations Convention against Transnational Organized Crime, adopted in Palermo on 15 November 2000; The United Nations Convention against Corruption, adopted in Mérida on 31 October 2003; Council of Europe's Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime, adopted in Strasbourg on 08 November 1990; Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism, adopted in Warsaw on 16 May 2005.

Regarding European Community Law, currently are in effect the Directive (EU) 2015/849 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing and its amending Directive (EU) 2018/849 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2018, which has been transposed in Spain by Royal Decree 7/2021; and the Directive 2018/1673 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2018, on combating money laundering by criminal law, that in Spain led to the adoption of LO 06/2021 amending Organic Law 10/1995, of 23 November, Penal Code.

Hence, in Spain coexist two different legal frameworks with different functions on money laundering regulation. Aiming to prevent criminal conduct, administrative law sets a frame through Law 10/2010. Its main proposal is to enforce compliance measures on certain subjects, while also establishing administrative bodies to control their activities. Secondly, money laundering is treated by criminal law on articles 301 and following of Spain's Penal Code. Despite that, there are cases of more severe penalties under certain circumstances, and it is a crime that can be committed by any natural or legal person.

---

<sup>21</sup> BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. Cizur Menor: Aranzadi, 2002, p. 93.

Regarding the criminal and administrative systems mentioned before, it needs to be pointed out that while administrative sanctioning procedures can be directed against both human and legal persons, the criminal system only allows the punishment of legal persons under the cases explicitly set by law on article 31 bis and following of Spain's Penal Code.

In this context, it should be noted that Spain's money laundering crime can be assigned to enterprises due to the stipulated on article 302, 2, of its Penal Code, according to which an enterprise or company, legally constituted as a legal person<sup>22</sup>, can be criminally liable by a money laundering offense and penalized with a criminal fine from two to five years, if the crime committed by the natural person provides a prison term of more than five years and, in other cases, a penal fine from six months to two years. They can also be penalized with its dissolution, suspension for less than five years, enclosure of certain premises, prohibition of practicing certain activities, disqualification for contracting and receiving economic help from the government and judicial intervention for a maximum of five years, in the cases and according to the rules stipulated on art. 66 bis<sup>23</sup>. In line with Spain's regulation, it is important to say that all enterprises defined as a legal person can be criminally prosecuted, including state's mercantile societies, except the State, its public administrations, and other entities stated on article 31 *quinquies*<sup>24</sup>.

Due to the activities developed by virtual asset service providers, which involve the exchange of virtual assets to fiat currencies, the European Union has remarked the need to reinforce these subjects to the current anti-money laundering regulations. This was set in line with the FATF's interpretative note on the 15<sup>th</sup> recommendation regarding new

---

<sup>22</sup> "Legal person" as the terminology used in FAFT's recommendation. In Spain the term used is "persona jurídica". GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA - FATF/GAFI. *Guidance for a risk-based approach. Virtual assets and virtual asset service providers*. Paris: FATF, 2019, p.13.

<sup>23</sup> Related to its necessity to prevent money laundering, social and economic consequences to its employees and the position occupied in the company by de individuals who did not comply with its control duties.

<sup>24</sup> Spain's Penal Code, art.31 (SPAIN. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Available at < <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>>. Accessed 15 sep 2022).

technologies<sup>25</sup>, and has been widely accepted in the Spanish legal system. Accordingly, the most part of the issues derived from this recommendation are already part of its national law, including the following:

**Table 1:** Comparison between FATF’s interpretative note to the 15<sup>th</sup> recommendation and of Spain’s National Law.

**FATF interpretative note to the 15th recommendation**

- Countries should consider virtual assets as “property,” “proceeds,” “funds,” “funds or other assets,” or other “corresponding value”.

Countries should identify, assess, and understand the money laundering and terrorist financing risks emerging from virtual asset activities and the activities or operations of virtual asset service providers. Based on that assessment, countries should apply a risk-based approach to ensure that measures to prevent or mitigate money laundering and terrorist financing are commensurate with the risks identified. - Countries should require virtual asset service providers to identify, assess, and take effective action to mitigate their money laundering and terrorist financing risks.

**Spain’s National Law**

There is still no certainty about virtual asset’s legal status. However, as it has stated by Law 10/2010, virtual currencies are accepted as a means of exchange. It is considered by some legal doctrine as digital movable property<sup>26</sup>.

In accordance with this, the Directive UE 2018/843 has stated some risks and measures to prevent them<sup>27</sup>. For instance, the pseudo anonymity<sup>28</sup> of the users or clients can be solved by the implementation of remote mechanisms based on real identification. Anonymity is closely related to red flags because it allows virtual asset service providers to develop other measures related to anti-money laundering legislation, such as “know your client” or “Customer Due Diligence”. The lack of knowledge about the client’s real identity forces virtual asset service providers to operate blindly, placing them in a dangerous position in the face of money laundering among other crimes.

<sup>25</sup> GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA - FATF/GAFI. *Guidance for a risk-based approach. Virtual assets and virtual asset service providers*. Paris: FATF, 2019, p. 27.

<sup>26</sup> VELASCO NÚÑEZ, Eloy. *Aspectos jurídicos penales vinculados al blockchain y las criptomonedas: delito fiscal, blanqueo de capitales, robo, estafa*. Madrid: Servicio de formación continua – Consejo general de Poder Judicial, 2019, p. 6.

<sup>27</sup> In line with FATF 2020 guideline (FATF/GAFI. *Virtual Assets Red Flag Indicators of Money Laundering and Terrorist Financing*. Paris: FATF, 2020).

<sup>28</sup> NAVARRO CARDOSO, Fernando. *Criptomonedas (en especial, bitcoin) y blanqueo de dinero*. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n. 21,

The Directive mentioned above, also obligates virtual asset service providers to identify suspicious activity. However, this ruling clearly states that the anonymity of virtual assets will prevent a complete assessment of risky activities and therefore, the service of the national Financial Intelligence Units “should be able to associate virtual currency address to the identity of the owner of the virtual currency”. Furthermore, it stipulates an assessment of the risks of money laundering to be conducted by the Commission and by each Member-State, that shall have its own authority designated to that end.<sup>29</sup>

---

p. 19, p. 1-45, 2019. Available at <<http://criminet.ugr.es/recpc>>. Accessed 20 nov 2020.

<sup>29</sup> Besides risks related to Virtual Asset Service Provider’s activities, there are some specific risks regarding the use of virtual assets, such as its anonymity in the blockchain, the distributed and decentralized ledger technology, transnationality, or currency convertibility. LIN, Iuon-Chang; LIAO, Tzu-Chun. A Survey of Blockchain Security Issues and Challenges. *International Journal of Network Security*, v.19, n. 5, p.653-659, 2017; PÉREZ LÓPEZ, Xesus. Las criptomonedas: consideraciones generales y empleo de las criptomonedas con fines de blanqueo. In: FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel (org.). *Blanqueo de Capitales y TIC: Marco Jurídico Nacional y Europeo, Modus Operandi y Criptomonedas. Ciberlaundry. Informe de situación*. Cizur Menor: Aranzadi, 2019, p. 71-140; PASCUA MATEO, Fabio. Criptomonedas. In: GARCÍA MEXÍA, Pablo (ed). *Criptoderecho. La Regulación de Blockchain*. Madrid: Wolters Kluwer, 2018, p. 363-410; NAVARRO CARDOSO, Fernando. Criptomonedas (en especial, bitc oin) y blanqueo de dinero. *Revista electr onica de ciencia penal y criminología*, n. 21, p. 25, p.1-45, 2019. Available at <<http://criminet.ugr.es/recpc>>. Accessed 20 nov. 2020; GUAITA MARTINEZ, José Manuel; CAR-RACEDO GARNATEO, Patricia; ISIDRO NUÑEZ, Francisco. *Las criptomonedas: Digitalización del dinero 2.0*. Cizur Menor: Aranzadi, 2019, p. 63; GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA, FATF. *Directrices para un enfoque basado en riesgo: Monedas virtuales*. Paris: FATE, 2015.

- Virtual asset service providers should be required to be licensed or registered. At a minimum, virtual asset service providers should be required to be licensed or registered in the jurisdiction where they are created. In cases where the virtual asset service

Accordingly, the second additional provision of the Real Decree 7/2021<sup>30</sup> requires virtual asset service providers to enroll in a registry set up for this purpose within the Bank of Spain, established that any legal or natural person of any nationality offering or supplying the

---

<sup>30</sup> By the transposition of Directive 2018/843 facilitated by the Real Decree 7/2021, that amends Law 10/2010 by adding on, as previously mentioned, not only including exchangers that deal with virtual assets, but also distributing the responsibility of regulating and supervising money laundering to a national authority specifically designated. (Available at <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-6872>>. Accessed 16 sep 2022). This obligation has been established in accordance to Article 47 of the Directive (UE) 2018/843. In its original version: “*Disposición adicional segunda: Registro de proveedores de servicios de cambio de moneda virtual por moneda fiduciaria y de custodia de monederos electrónicos. 1. Las personas físicas o jurídicas que, cualquiera que sea su nacionalidad, ofrezcan o provean en España servicios de los descritos en los apartados 6 y 7 del artículo 1 de la ley, deberán estar inscritas en el registro constituido al efecto en el Banco de España. 2. Se inscribirán asimismo en el registro: a) las personas físicas que presten estos servicios, cuando la base, la dirección o la gestión de estas actividades radique en España, con independencia de la ubicación de los destinatarios del servicio. b) Las personas jurídicas establecidas en España que presten estos servicios, con independencia de la ubicación de los destinatarios. 3. La inscripción en el registro estará condicionada a la existencia de procedimientos y órganos adecuados de prevención previstos en esta ley y al cumplimiento de los requisitos de honorabilidad comercial y profesional en los términos del artículo 30 del Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito. El incumplimiento de los requisitos de honorabilidad determinará la pérdida de la inscripción en el registro. 4. El Banco de España será competente para supervisar el cumplimiento de la obligación de registro y de las condiciones de honorabilidad exigidas para el acceso y mantenimiento de la inscripción. 5. La prestación de los servicios descritos en el apartado 1 sin contar con el preceptivo registro tendrá la consideración de infracción muy grave, pudiendo ser considerada como grave si la actividad se hubiera desarrollado de forma meramente ocasional o aislada, y será sancionado por el Banco de España de conformidad con lo dispuesto en las normas en materia de sanciones, de procedimiento y las relativas al régimen de publicidad que forman parte del título IV de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito”.*

providers are natural persons, they should be required to be licensed or registered in the jurisdiction where their place of business is located. Jurisdictions may also require virtual asset service providers that offer products or services to customers in, or conduct operations from, their jurisdiction to be licensed or registered in this jurisdiction. Competent authorities should take the necessary legal or regulatory measures to prevent criminals or their associates from holding, or being the beneficial owner of, a significant or controlling interest, or holding a management function in, a virtual asset service provider. Countries should take action to identify natural or legal persons that carry out Virtual Asset Service Provider activities without the requisite license or registration, and apply appropriate sanctions.

- Virtual asset service providers should be subject to effective systems for monitoring and ensuring compliance with national anti-money laundering requirements. They should also be supervised or monitored by a competent authority which should conduct risk-based supervision or monitoring. It excludes the possibility of self-regulation. Supervisors should have adequate powers to supervise or monitor and ensure compliance by

following services<sup>31</sup> in Spain must be enrolled in the registry set up for this purpose at the Bank of Spain:

- Exchange of virtual currency into fiat currency.
- Cryptographic key safekeeping or custody services on behalf of its customers for the holding, storage and transfer of virtual currencies.

To sum up, registration of natural persons providing these services is also mandatory when they settle their activity, the address or administration in Spain, regardless the location of the customers receiving the service. The same rule applies to legal persons that provide these services and are established in Spain.

Since the inclusion of the vaspas to the law 10/2010, they are subject to the administrative bodies for the prevention on money laundering. Specifically, they are subject to the commission for the prevention of money laundering; to the secretary of the commission; and to the SEPBLAC, which is the FIU of Spain.

---

<sup>31</sup> Law 10/2010, April 28, for the prevention of money laundering and terrorist financing, art. 1.6 y 1.7. (SPAIN. Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Available at < <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-6737>>. Access 16 sep 2022).



virtual asset service providers with requirements to combat money laundering and terrorist financing including the authority to conduct inspections, compel the production of information, and impose sanctions. Supervisors should have powers to impose a range of disciplinary and financial sanctions, including the power to withdraw, restrict or suspend the virtual asset service providers' license or registration, where applicable.

- Countries should ensure that there is a range of effective, proportionate and dissuasive sanctions, whether criminal, civil or administrative, available to deal with the virtual asset service providers that fail to comply with anti-money laundering requirements, in line with Recommendation 35. Sanctions should be applicable not only to the virtual asset service providers, but also to their directors and senior management.

- Finally, it strengthens international cooperation. In particular, it provides that supervisors must share information "rapidly, constructively and effectively" with their foreign counterparts regardless of the supervisor's nature or status and differences in virtual asset service provider's nomenclature or status.

As it was analyzed before, in Spain coexist two different legal frameworks aiming to prevent and punish money laundering. It is also important to mention that according article 31 bis and 301 and following of its Penal Code, this legal framework applies to both legal and natural persons. It also needs to be underscored that Law 10/2010 established compliance programs applied to virtual assets service providers according to articles 26, 26 bis and following.

Among other provisions in this area, it is important to highlight that the Directive EU 2018/849 provides the establishment of a central registry for data consultation and several times mentions the cooperation and the sharing of information between the member states's FIUs.

Note: The table shows a comparative summary between the FATF's interpretative note to the 15<sup>th</sup> recommendation and Spain's National Law.

In conclusion, we have seen that most of the FATF recommendations are based on the fundamentals of compliance. This is an approach that

Spain has also adopted through Law 10/2010 by requiring obliged parties to adopt a prevention program (art. 26), an anonymous whistleblower channel (art. 26 bis) or the figure of a compliance officer (26 ter.), among others.

### 3. COMPLIANCE AS AN EFFECTIVE SOLUTION

#### 3.1. COMMENTS ON THE CORPORATE COMPLIANCE CULTURE APPLIED TO VIRTUAL ASSET SERVICE PROVIDERS

The idea of compliance as corporate governance emerges from the realization that the State's formal instances of control cannot monitor and directly regulate every enterprise, company, and private initiative<sup>32</sup>. Therefore, the concept of compliance surfaces inside the notion of a (good) corporate governance, as a necessary support for its maintenance and sustainability. Compliance derives<sup>33</sup> from the verb “comply”, which means to act according to an order, set of rules, or requests and, specifically in compliance's case, to observe what is demanded by the legal system or even by rulings that do not have a legal nature but must be followed, such as ethical and moral guidelines<sup>34</sup>.

From this description, Adan Nieto Martín's comment on the cloudy nature of the term “compliance” gains strength. He points out that compliance is one of the most inexpressive terms, as by itself means act according to the legality. However, it becomes something complex by the time it is verified how it behaves inside a company, as somewhat more

---

<sup>32</sup> Miranda Rodrigues explains that the lack of supervision related to neoliberal politics could not prevent a number of financial scandals, whereas the proposals of self-regulation based on corporate governance and compliance constituted a way out of the eminent crisis (MIRANDA RODRIGUES, Anabela. *Direito penal económico – fundamento e sentido da aplicação das penas de prisão e de multa. Revista do Ministério Público*, v. 151, p. 12, p.11-34, 2017).

<sup>33</sup> Cambridge Dictionary. Available at <[www.dictionary.cambridge.org](http://www.dictionary.cambridge.org)>. Accessed 22 nov. 2020.

<sup>34</sup> ENGELHART, Marc. The nature and Basic Problems of compliance Regimes. *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*, p. 2, 2018. Available at <[https://pure.mpg.de/rest/items/item\\_2643714\\_7/component/file\\_3007899/content](https://pure.mpg.de/rest/items/item_2643714_7/component/file_3007899/content)>. Accessed 22 nov. 2020.

than just plain legal conformity<sup>35</sup>. Although it is not easy to establish a common pattern of compliance programs for all companies, as each and every one of them will have its own peculiarity that might lead to different risks, it is possible to draw some basic objectives that can be applied in general<sup>36</sup>. Therefore, Cigüela Sola<sup>37</sup> and Sieber<sup>38</sup> both propose that a compliance program must define the enterprise's values and objectives that must be respected, based on its risk and on the demands of the public sphere and by creating training programs for its own employees about the prevention mechanisms implemented. Moreover, in general, compliance programs determines that the company: names someone responsible for the risk assessment, known as the compliance officers; establishes an effective documentation system and rules of conduct; institutionalizes a specialized organ, a lot of times named "compliance department", that contains information, material and it is autonomous enough so as to manage and watch out the compliance programs as well as train employees, delegate functions and facilitate a periodic control by external controllers, as by specialized auditory companies. Within this compliance program, it is convenient the creation of information systems

---

<sup>35</sup> NIETO MARTÍN, Adán. Problemas Fundamentales del Compliance y el Derecho Penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan; ORTIZ, Iñigo. (org.). *Compliance y teoría del derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p.21-50, p.23.

<sup>36</sup> Since 1950 there are several rulings and initiatives that try to elaborate the best "compliance" actions, even though it hasn't always been called "compliance". From rulings elaborated by ISO and UNE, there is a complex system that each company must apply to its own scenario with the realization that apart from all the specifics determinations, the two most important elements is the transparency with which the company elaborates its own ruling and the existence of verification by external auditors (RODRÍGUEZ-LOPEZ, Fernando; SÁNCHEZ-MACÍAS, José Ignacio. Normalización y certificación en compliance, de la autoregulación al valor social. In: In: RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás; RODRÍGUEZ-LOPEZ, Fernando (org.). *Compliance y Responsabilidad de las Personas Jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, p.461-494, p.490).

<sup>37</sup> CIGÜELA SOLA, Javier. *La culpabilidad colectiva en el derecho penal: crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 343-344.

<sup>38</sup> SIEBER, Ulrich. Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (org.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p.63-110, p. 75.

thought for discovery and clearing of crimes, in which the anonymous reporting is permitted and even stimulated and the infractions that do not constitute crime are proportionally punished internally by disciplinary measures. To sum up, compliance within a company must mean: a change of culture that incorporates the anti-corruption ideal, more transparency and ethic, trainings, integrity throughout the enterprise's chain, multiple regulations, internal control and external audits and a disclosure culture<sup>39</sup>.

The arise of a corporate compliance culture might have started, as adverted by Laufer, in the Foreign Corrupt Practices Act from 1977 and several of the reforms made in the end of the 1970's in the United States of America that planted corporate governance<sup>40</sup>. This structure of corporate governance is the one that has been implemented by Spain's regulation on exchangers regarding the prevention of money laundering<sup>41</sup>.

It is thanks to the establishment of rulings and orders that exchangers that worked in Spain, with fiat currencies were obligated to constitute a structure similar to a "corporate compliance", based on the constitution of an internal organ responsible for the assessment of risk, training of employees, communication with the authorities and prevention of crime, in this case, money laundering.

---

<sup>39</sup> CIGÜELA SOLA, Javier. *La culpabilidad colectiva en el derecho penal: crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*. Madrid: Marcial Pons, 2015, p.343-344.

<sup>40</sup> LAUFER, William. *Corporate bodies and guilty minds. The failure of corporate criminal liability*. Chicago: The University of Chicago Press, 2006, p.30.

<sup>41</sup> It must be noticed that corporate compliance also gains strength by the carrot and stick strategy that aims to recompense good practices (by the means of corporate compliance) with the penal sanctioning of enterprises, located specially in Europe. By the menace of penal sanctions to enterprises (whereas in a hetero-responsibility model or a self-responsibility one) and the legal possibility to not penalize enterprises that demonstrate the existence of an effective compliance program within its structure, companies are stimulated to implement and maintain a real compliance program (NIETO MARTÍN, Adán. Problemas Fundamentales del Compliance y el Derecho Penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan; ORTIZ, Iñigo. (org.). *Compliance y teoría del derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p.21-50, p.15-21. CIGÜELA SOLA, Javier. *La culpabilidad colectiva en el derecho penal: crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*. Madrid: Marcial Pons, 2015, p.349-350).

In Spain there were already some rulings regarding the formation and procedure of exchangers since 1998<sup>42</sup>. However, it is only by 2006 that Spain commences to regulate exchangers specifically with the intent of preventing money laundering, precisely with Order EHA/2619/2006, issued by the Ministry of Economy and Treasury<sup>43</sup>. This order is structured around the increment on exchangers activities in Spain due to the increase of alien residents and tourism. Moreover, it does not overrule the 1993 ruling for exchangers, but it compliments it by focusing on preventing money laundering. It is applied to all people and enterprises which provide exchange services whereas as a principal activity or not<sup>44</sup>.

The EHA/2619/2006's Order establishes the obligation for the exchangers to implement an intern procedure and organization focused on control and communication to detect, prevent, and deter money exchange activities that might be related to money laundering<sup>45</sup>. Such structure must be implemented in an organized and homogenous way throughout the exchanger's network and has to establish by writing, as

---

<sup>42</sup> For instance: (i) SPAIN, Ley n°19/1993, of December 28<sup>th</sup>, about some preventive measures on money laundering; *Real Decreto 2660/1998* about the Exchange of foreign currencies in open to face establishments; (ii) the Ministry of Economics order regarding the regulation of certain aspects of the legal regimen of exchangers and its agents from 2000 or (iii) the circular provided by the Bank of Spain n°6 from 2001 that regulated exchanger's owner's activities.

<sup>43</sup> It is necessary to point out that a Ministry Order in Spain has the same validity as a ruling, which means it should be enforced and above are only laws and the Constitution (GOBIERNO DE ESPAÑA. *Las fuentes del Derecho*, 2018. Available at <[www.administracion.gob.es](http://www.administracion.gob.es)>. Accessed 20 nov. 2020).

<sup>44</sup> Law n°19, 1993, art.2 (SPAIN. Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales. Available at <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1993-30991>>. Accessed 16 sep 2022).

<sup>45</sup> The ruling focuses on identifying its clients, by requesting its documents and applying additional measures when each client's operation surpasses the amount of 3000€ with transfers and 6000€ with money exchange in a trimester. It also states, although dates back only over fourteen years, that the primary identification of the client, even though he has a private code, must be an on-site identification. All client's personal documents, as well as all its forms and transfer's tickets (which must be signed by the client and the exchanger's employee), must be kept by the exchangers for a period of six years.

a minimum, its client's admission policy, with a description of who is considered a high risk client and the measures to prevent it; a structured procedure to identify and renovate client's identification; a list of operations that are susceptible to money laundering; a description of the intern information traffic, with precise instructions to personal and employees on how to act in case of a suspect operation; a procedure to detect suspect and unusual activity and a description of the informatic application implemented and the criteria or parameters of such capture; a structured procedure to analyse suspect or unusual activity that is concentered in a written form; a detailed description of this control organ that includes its functioning, composition, competence and frequency; and the identity of the person responsible to communicate operations to Spain's *Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias*, which is Spain's UIF (in Spanish meaning: *Unidad de Inteligencia Financiera*). Finally, the ruling establishes some criteria to measure the efficacy of each exchanger's internal control organism, based on its capacity to automatically prevent the execution of transactions when a client personal data is missing, to automatically select risky operations and to periodically communicate with the state agency devoted to the prevention of money laundering.

Complementing these rulings, Spain's commission on money laundering's prevention and monetary infractions (*Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias*) issued an exemplary and undated catalog of money exchange operations that might be risky. It's a list that should be accounted by the exchangers by the time they are developing their "compliance" structure in the in the model proposed by EHA/2619/2006's order, so that each exchanger can evaluate its own clients, operations and elaborate its own personalized list of potential risky clients and operations. In general, the risk level of someone will be measured by its own personal profile and its typical operation traffic or activity, in function of its previous operations. Besides that, the presence of any of the intervenients in a Tax Haven or in risk territories constitutes an additional factor that increases the operation's or behaviour's risk<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> Some of the concrete elements that this catalog lists as risky are: existent of doubt regarding a client's identity or data; clients that present different

As we stated above, this structure applies to exchange of currency. The main problem is that, according to Directive (UE) 2018/843 and the Royal Decree 7/2021, virtual assets do not have the legal status of currency. This means that the compliance structure established by Order EHA/2619/2006 does not apply to the virtual asset service providers.

Looking back on 2010, Spain had reformed its Law 10/2010 from April 28th, about preventing money laundering and terrorism financing. It had had the intuit of renovating the orders regarding the prevention of money laundering firstly regulated by Law n°19/1993, with more comprehensive legal provisions that, as said in its preface, “might be considered overly regulatory”. It obligated every person who practiced professionally an exchangers activity and therefore stipulated measures regarding: (i) the identification of its clients, (ii) the need to act following the due diligence within their service and in its partners; (iii) the possibility of operating by electronic or telematic means when the client is identified by an electronic firm or its first operation provides from a bank account in Spain or Europe; (iv) the realization of a previous

---

documents in each operation or alter last name's order; clients that are from or reside in countries that are considered dangerous by Spain's Ministerio de Economía y Hacienda for money laundering or its drugs production; clients that might be directed by others; clients that seem to be in doubt, nervous or that consult information when asked about the data needed on the transfer's recipiente (element of risk that might only be accessed on face-to-face transfers); client that uses recipient's names that are clearly fake or invented, as names of famous singers and actors; clients that have criminal or policy background; operations made by associations or foundations constituted in Spain whose members are mostly foreigners; clients who consistently and repeatedly transfer values below the amount of 3.000€; clients that make several transfers to different people that are members of the same family, but not its own; clients that try to mix real and counterfeit coin; clients that begin to exchange “big amount” coins to “small” ones when then usually do not use cash; clients that intend to make the transaction by handing in money that is too dirty, wet or present an estrange odor; clients than send out transfers from a country different than its nationality; clients that systematically transfer during the high point hour of the exchangers so that it goes unnoticed; transfers that do not relate to any legitimate contract, service or product; exchanger's employees that show a way of living that its superior than its own salary or that shows a change in its behavior; exchanger's employees whose clients are all different and do not build up a “loyal” clientele; exchanger's employees that make a number of operations greater than the usual number of operations done by its other employees.

exam concerning every fact or operation that might be related to money laundering or terrorism funding and inform Spain's authority (*Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias*) when in these operations are seen an indication or certainty regarding money laundering or terrorism funding. Besides these examples, Law 10/2010 established several other obligations on communication with Spain's authority, the need to keep client data and information and the constitution of an organism responsible for this internal control in a similar way to EHA/2619/2006's Order.

Although it would have been preferable to add the exchange of virtual currencies as an evolution of the activity, it is important to highlight that the measures established by Law 10/2010, which are mandatory for virtual asset service providers, provide a framework to implement specific programs in order to prevent money laundering. For instance, It has been stated that:

“(...) regulated entities must adopt appropriate written policies and procedures for due diligence, reporting, record keeping, internal control, risk assessment and management, compliance assurance and communication to prevent and deter transactions related to money laundering or terrorist financing. In brief, it is the obligation to set up a specific compliance program or to integrate this obligation within the broader criminal compliance program. The content of this program must include a specific money laundering prevention policy.”<sup>47</sup>

---

<sup>47</sup> This is a self-translation from its original version: “(...) se establece la obligación de aprobar por escrito políticas y procedimientos adecuados en materia de diligencia debida, información, conservación de documentos, control interno, evaluación y gestión de riesgos, garantía del cumplimiento de las disposiciones pertinentes y comunicación, con objeto de prevenir e impedir operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo. Se trata en definitiva de la obligación de constituir un compliance específico o integrar dicha obligación dentro del compliance más amplio penal. En el contenido de dicho programa debe incorporarse una política específica de prevención del blanqueo de dinero.” (FERNÁNDEZ TERUELO, Javier. El compliance y las políticas y procedimientos del art. 26 de la Ley 10/2010, modificado por el RDL 11/2018: Su Integración en el modelo de compliance penal corporativo (art. 31 bis y ss. CP). In: ABEL SOUTO, Miguel; LORENZO SALGADO, José Manuel; SÁNCHEZ STEWART, Nielson (org.). *VII congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 424) .



In this regard, it needs to be pointed out that allowing the implementation of compliance programs already in use, adapting them to new risks, promotes a better response to crime prevention while reducing compliance costs.

### 3.2. CRIMINAL BENEFITS OF A COMPLIANCE PROGRAM

The UNE 19601 standard “aims to reduce an organization’s exposure to criminal risk and promote a culture of crime prevention”.

“This standard establishes the requirements of a management system to: prevent criminal acts that may be committed by legal entities and that give rise to criminal liability; promote a culture of prevention and compliance and demonstrate the commitment of the organisation’s leaders to the same, establishing suitable surveillance and control measures to prevent crime and significantly reduce the risk of crimes being committed, improve management, help to reduce the criminal risk, and give a greater guarantee of safety and trust to governing bodies, shareholders and investors, among other stakeholders.”<sup>48</sup>

As stated before, in Spain currently there is an autoresponsibility model of criminal liability of legal persons regulated on article 31 bis and following of the Penal Code. Therefore, there is an automatic and direct attribution of criminal responsibility to legal persons basing on the analysis of its internal structure<sup>49</sup>.

Specifically, the existence of a formal and effective compliance program inside a legal person that may be investigated for the commission

---

<sup>48</sup> AENOR. *Crime prevention certification for organisations in accordance with UNE 19601*, 2021. Available at <<https://www.en.aenor.com/certificacion/compliance-y-buen-gobierno/gestion-prevencion-delitos#:~:text=Under%20standard%2019601%2C%20it%20aims,give%20rise%20to%20criminal%20liability>> .Accessed 23 jun. 2022.

<sup>49</sup> CLEMENTE, Ismael; ÁLVAREZ, Manuel. ¿Sirve de algo un programa de compliance penal? ¿Y qué forma le doy? Responsabilidad penal de la persona jurídica en la LO 5/2010: incertidumbres y llamado por la seguridad jurídica. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, v. 28, p.12, p. 26-46, 2011.

of money laundering may exempt or attenuate the criminal punishment, regardless of the commission of such crime in the means of this enterprise.

In order to exempt completely a legal person of a crime, there are two possible scenarios. The first one refers to crimes perpetrated by directives, legal representatives or anyone who has authorization to act on behalf of the legal person or has faculties of organization or control. In this case, the company will be exempted of criminal responsibility if, on its criminal trial, can prove not only the existence of an effective crime prevention program, but also the verification of a compliance officer with duties of supervision of functioning and compliance of the prevention model implemented and that the offender has skipped a whole series of these control mechanisms in a fraudulent manner. The second scenario alludes to crimes committed by anyone, inside the company structure, that is submitted to the authority of the people referred to in the first scenario. In this circumstance the company would only have to prove<sup>50</sup> on trial that, previously of the commission of the crime, a model of organization and management that proves adequate to prevent criminal offences or reduce significantly the risk of its commission was effectively implemented (article 31 bis, 3 and 4, Penal Code).

In any of these two scenarios, when the company is not able to prove all the circumstances listed above, an attenuation of the punishment imposed may also be granted. Moreover, such attenuation can be conceived when the legal person, after the commission of the crime and through its legal representatives, establishes, prior to the commencement of the oral trial, effective measures to prevent and detect crimes that may be

---

<sup>50</sup> On both questions, Spain's jurisprudence has already decided on the sense that it is the company that will sustain the burden of proof (SSTS 639/2016, de 14 de julio) and in this matter Antonio del Moral García states that the company will have the obligation to firstly allege the existence of a compliance program and, if there are doubts regarding its efficacy or the fulfillment of every requisite as seen above, the tribunal should decide basing itself on the most favorable decision towards the company, respecting both *in dubio pro reo* principle and the presumption of innocence principle (MORAL GARCÍA, Antonio. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y presunción de Inocencia. In: RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás; RODRÍGUEZ-LOPEZ, Fernando (org.). *Compliance y Responsabilidad de las Personas Jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, p.31-70, p.65).

committed in the future with the means or by the legal person (article 31 quarter d), Penal Code).

Moreover, these compliances programs, in order to exempt or attenuate the punishment imposed, have to be effective in a particular manner, regulated by the same article 31 bis, 5. This means it not only has to be effective generally, but also it has to (i) identify in which activities can be committed the crimes that should be prevented; (ii) establish protocols and procedures that specify the process of formation of the will of the legal person and the adoption and the execution of decisions; (iii) have adequate financial resource management models than can prevent the commission of crimes; (iv) impose the obligation to report possible risks and non-compliance actions to the person or body in charge; (v) establish a disciplinary system capable of imposing sanctions and (vi) have a periodic verification of the compliance model and occasional updates when relevant breaches of its provisions are revealed or when there are changes in the organization, its control structure or in the activity carried out.

This pattern is in line with Spain's regulation in what concerns exchangers, as previously studied. Therefore, regarding these exchangers, if already in compliance with Spain's regulation, they would also have sufficient juridic armor to prove, in a trial for money laundering, either committed by its directives or subordinates, the existence of an implemented compliance program effective enough to exempt or attenuate the company's criminal liability.

This means that compliance is not only a practical solution to prevent money laundering in Spain within the activity of Virtual Active Service Providers, but also a realistic and juridically enforceable institution that, if money laundering has already been perpetuated, may exempt completely or attenuate criminal responsibility for those exchangers who are legal persons.

However, as we have also studied previously, Spain's regulation on exchangers do not apply and are not enforceable to those who deal with virtual assets because they are not legally conceived as money. Which means these specific exchangers will not have the previous obligation to implement compliance procedures according to the Order EHA/2619/2006. However, they must comply with the procedures

established by Law 10/2010. Despite the fact that the objective scope of this law only concerns money laundering, it is important to integrate the measures established in this law into criminal compliance.

We are aware that the main difference between the compliance program established by law 10/2010 and the Spanish criminal code lies in the fact that the former is mandatory while the latter is voluntary or self-imposed in order to avoid the criminal liability of a legal person. Even so, their integration will favor the prevention of money laundering along with other particularly risky crimes related to the activities carried out by the virtual asset service providers which, in what concerns legal persons, may involve the exemption or mitigation of the punishment. To conclude, in addition to the several benefits on the implementation of the compliance programs mentioned above, we must highlight that the measures established by Law 10/2010 are particularly valuable to assess the effectiveness of the compliance programs within the virtual asset service providers, fact that must be considered by the Spanish courts when judging the effectiveness of those compliance programs in order to grant criminal benefits in the case of legal persons.

## CONCLUSIONS

1) Virtual asset service providers, as defined by the FATF, are any legal of natural person who exchange between virtual assets and fiat currencies or one or more forms of virtual assets, who transfer virtual assets, who provide services of safekeeping or administration of virtual assets or who participate or provide financial services related to the offer or sale of virtual assets. Despite the FATF broad approach, the Directive UE 2018/849 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2018, transposed into national Spanish Law through the Royal Decree-Law 07/2021 following its guideline, has a limited view. In fact, there are many other activities not included such as the exchange of a virtual asset to another virtual asset, or the participation in and provision of financial services related to an issuer's offer and sale.

2) As it was pointed out by FATF Guideline published in June 2019, the activities involving virtual asset service providers generate a high risk of money laundering, which is a worldwide problem relating the conceal of

the origins of money linked to some crime – or all criminality, depending on the stipulated by the national legislation. Virtual asset service providers are based on a new, complex, sophisticated, and professional system that is no longer subject to the traditional one based on the necessary presence of intermediaries in a centralized structure, as they only need the nodes and the customers to operate. Hence, this disintermediation scheme has generated a deterrence problem of law regarding the high possibility of money laundering within its operation.

3) In Spain coexist two different legal frameworks with different functions on anti-money laundering regulation. Aiming to prevent criminal conduct, administrative law sets a frame mainly through Law 10/2010. Its main proposal is to enforce compliance measures on certain subjects, while also establishing administrative bodies to control their activities. Secondly, money laundering is treated by criminal law on articles 301 and following of Spain's Penal Code. Despite that, there are cases of more severe penalties under certain circumstances, and it is a crime that can be committed by any natural or legal person. In this context, it should be noted that Spain's money laundering crime can be assigned to Virtual Asset Service Providers due to the stipulated on article 302, 2, of its Penal Code, according to which an enterprise or company, legally constituted as a legal person, can be criminally liable by a money laundering offense and penalized. In accordance, all enterprises defined as a legal person can be criminally prosecuted, including state's mercantile societies, except the State, its public administrations, and other entities stated on article 31 quinquies of its Penal Code.

4) Regarding the anti-money laundering legal framework, it should be pointed out that in the last 5 years several regulations have been approved, changed or dismissed and the perspective for the next year is that both the European Union and Spain will keep on changing and improving these matters. This means, by one hand, more adaptable instruments should be implemented in order to keep up with all the changes that may come. By another hand, it also implies that every conclusion this article has come to may also change or require future revision depending on the implication of every new normative that may surge.

5) Due to the money laundering risk presented by the exchangers and to avoid possible criminal liability, the existence of a formal and effective compliance program inside a legal person that may be investigated

for the commission of money laundering may exempt or attenuate criminal punishment, regardless of the commission of such crime in the means of this enterprise. Also, as we previously said in this study, the notion of corporate compliance appears from the state's lack of capability of controlling and monitoring every legal or natural person. And, specifically regarding this research, means a series of structures implemented in any company to assess risks, prevent crime or other infractions, and create a firm culture based on ethics and compliance. Therefore, another benefit of implementing compliance programs is that it solves the deterrence deficiency encountered within virtual asset service provider's system.

6) Based on the investigation conducted it is possible to answer this paper question to know if the ruling provided in Spain's context is the finest to prevent money laundering in this focus group and what would be the best scenario regarding the prevention of money laundering in virtual asset service providers who trade with virtual exchangeable assets. The answer is that, besides legal provisions on the matter, it is necessary to implement practical tools to ensure enforcement. In this scenario, the adjustment of the legal provisions of compliance programs to these new structures seems to be the key. As we said before, not in terms of self-regulation but in terms of risk assessment.

7) In conclusion, this paper aims to point at corporate compliance as a necessary means towards money laundering's prevention within virtual asset service providers who deal with convertible virtual assets. Spain's legislation has been strong on creating a compliance structure on exchangers, but it needs an update to reflect current virtual activities. All of the above, in order to extended, in the near future, the legal horizon set by the European Union with the purposes of strengthening the legal market and fighting against crime.

## **BIBLIOGRAPHY AND REFERENCES**

AENOR. Crime prevention certification for organisations in accordance with UNE 19601, 2021. Available at <<https://www.en.aenor.com/certificacion/compliance-y-buen-gobierno/gestion-prevencion-delitos#:~:text=Under%20standard%2019601%2C%20it%20aims,give%20rise%20to%20criminal%20liability>> .Accessed 23 jun. 2022.

ANZOLA, Ayelén. La ejecución de las resoluciones de decomiso de Activos Virtuales en España. *Revista General de Derecho Procesal*, v. 57, p. 1-25, 2022.

BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. Cizur Menor: Aranzadi, 2002.

*Cambridge Dictionary*. Available at <[www.dictionary.cambridge.org](http://www.dictionary.cambridge.org)>. Accessed 22 nov. 2020.

CIGÜELA SOLA, Javier. *La culpabilidad colectiva en el derecho penal: crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*. Madrid: Marcial Pons, 2015.

CLEMENTE, Ismael; ÁLVAREZ, Manuel. ¿Sirve de algo un programa de compliance penal? ¿Y qué forma le doy? Responsabilidad penal de la persona jurídica en la LO 5/2010: incertidumbres y llamado por la seguridad jurídica. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, v. 28, p. 26-46, 2011.

ÉCIJA BERNAL, Álvaro. Ciberespacio, Dark Web y Ciberpolicía. *Diario La Ley*, v. 2 (Sección Ciberderecho), p. 1-5, 2017.

ENGELHART, Marc. The nature and Basic Problems of compliance Regimes. *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*, p.2, 2018. Available at <[https://pure.mpg.de/rest/items/item\\_2643714\\_7/component/file\\_3007899/content](https://pure.mpg.de/rest/items/item_2643714_7/component/file_3007899/content)>. Accessed 22 nov. 2020.

EUROPEAN UNION. *Directive (EU) 2018/849 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2018*. Available at <<https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2018/849/oj>>. Accessed 23 oct 2020.

FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Colex, 1998.

FATF, *Financial Action Task Force*. Available at <[www.fatf-gafi.org/about](http://www.fatf-gafi.org/about)>. Accessed 22 nov. 2020.

FATF/GAFI. *Virtual Assets Red Flag Indicators of Money Laundering and Terrorist Financing*. Paris: FATF, 2020.

FERNÁNDEZ TERUELO, Javier. El compliance y las políticas y procedimientos del art. 26 de la Ley 10/2010, modificado por el RDL 11/2018: Su Integración en el modelo de compliance penal corporativo (art. 31 bis y ss. CP). In: ABEL SOUTO, Miguel; LORENZO SALGADO, José Manuel; SÁNCHEZ STEWART, Nielson (org.). *VII congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 424.

FINANCIAL ACTION TASK FORCE, FATF. *Guidance for a risk-based approach. Virtual assets and virtual asset service providers*. Paris: FATF, 2019.

GALLANT, Michelle. Money Laundering consequences. Recovering wealth, piercing secrecy, disrupting tax havens and distorting international law. *Journal of Money Laundering Control*, v. 17, n. 3, p. 302, 2014. <https://doi.org/10.1108/JMLC-12-2013-0048>

GARCÍA MEXÍA, Pablo; ARANDA BRIONES, Beatriz; ALCAIDE SOLER, Francisco; BAENA ZAPATERO, Rafael; CODES CALATRAVA, Alfonso; GARCÍA ESPINAR, Eduardo; MENÉNDEZ ARIAS, María José; et.al. *Criptoderecho. La Regulación de Blockchain*. Madrid: Wolters Kluwer, 2018.

GARCÍA MEXÍA, Pablo. Del ciberderecho al criptoderecho. In: GARCÍA MEXÍA, Pablo (org.). *Criptoderecho. La Regulación de Blockchain*. Madrid: Wolters Kluwer, 2018.

GOBIERNO DE ESPAÑA. *Las fuentes del Derecho*, 2018. Available at <[www.administracion.gob.es](http://www.administracion.gob.es)>. Accessed 20 nov. 2020.

GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA, FATF. *Directrices para un enfoque basado en riesgo: Monedas virtuales*. Paris: FATF, 2015.

GUAITA MARTINEZ, José Manuel; CARRACEDO GARNATEO, Patricia; ISIDRO NUÑEZ, Francisco. *Las criptomonedas: Digitalización del dinero 2.0*. Cizur Menor: Aranzadi, 2019.

LAUFER, William. *Corporate bodies and guilty minds. The failure of corporate criminal liability*. Chicago: The University of Chicago Press, 2006.

LIN, Iuon-Chang; LIAO, Tzu-Chun. A survey of blockchain security issues and challenges. *International Journal of Network Security*, v. 19, n.5, p. 653-659, 2017, [https://doi.org/10.6633/IJNS.201709.19\(5\).01](https://doi.org/10.6633/IJNS.201709.19(5).01)

MIRANDA RODRIGUES, Anabela. Direito penal económico – fundamento e sentido da aplicação das penas de prisão e de multa. *Revista do Ministério Público*, v. 151, p. 11-34, 2017.

MIRÓ LLINARES, Fernando. *El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*. Barcelona: Marcial Pons, 2012.

MIRÓ LLINARES, Fernando. La oportunidad criminal en el ciberespacio: Aplicación y desarrollo de la teoría de las actividades cotidianas para la prevención del cibercrimen. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, v. 7, n. 13, p. 1-55, 2012.

MORALES BARROSO, José. “¿Qué es Blockchain?”. In: GARCÍA MEXÍA, Pablo (org.). *Criptoderecho. La regulación de Blockchain*. España: Wolters Kluger, 2018, p.39-74.



MORAL GARCÍA, Antonio. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y presunción de Inocencia. In: RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás; RODRÍGUEZ-LOPEZ, Fernando (org.). *Compliance y Responsabilidad de las Personas Jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, p.31-70, p.65.

NAVARRO CARDOSO, Fernando. Criptomonedas (en especial, bitcóin) y blanqueo de dinero. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n. 21, p. 1-45, 2019. Available at <<http://criminet.ugr.es/recpc>>. Accessed 20 nov 2020.

NIETO MARTÍN, Adán. Problemas Fundamentales del Compliance y el Derecho Penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan; ORTIZ, Iñigo (org.). *Compliance y teoría del derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p.21-50.

PASCUA MATEO, Fabio. Criptomonedas. In: GARCÍA MEXÍA, Pablo (ed). *Criptoderecho. La Regulación de Blockchain*. Madrid: Wolters Kluwer, 2018, p. 363-410.

PÉREZ LÓPEZ, Xesus. Las criptomonedas: consideraciones generales y empleo de las criptomonedas con fines de blanqueo. In: FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel (org.). *Blanqueo de Capitales y TIC: Marco Jurídico Nacional y Europeo, Modus Operandi y Criptomonedas. Cyberlaundry. Informe de situación*. Cizur Menor: Aranzadi, 2019.

RODRÍGUEZ-LOPEZ, Fernando; SÁNCHEZ-MACÍAS, José Ignacio. Normalización y certificación en compliance, de la autoregulación al valor social. In: RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás; RODRÍGUEZ-LOPEZ, Fernando (org.). *Compliance y Responsabilidad de las Personas Jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, p.461-494.

SAVONA, Ernesto; ADAMOLI, Sabrina; ZOFFI, Paola. Organised crime across the borders. Preliminary results. *HEUNI Papers*, v. 6, 1995, p. 1-53. Available at <<https://www.heuni.fi/en/index/publications/heunipapers.html>>. Accessed 24 nov. 2020.

SIEBER, Ulrich. Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (org.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p.63-110.

SPAIN. *Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo*. Available at < <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-6737>>. Access 16 sep 2022.

SPAIN. *Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales*. Available at < <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1993-30991>>. Accessed 16 sep 2022.

SPAIN. *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. Available at < <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>>. Accessed 15 sep 2022.

SPAIN. *Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores*. Available at < <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-6872>>. Accessed 16 sep. 2022.

SPAIN. Ministerio de Economía y Hacienda, *Real Decreto 2660/1998*, nº28816, BOE nº299, 15 dic 1998.

SPAIN. *Circular nº6/2001 del Banco de España de 29 de octubre*, nº21296, BOE nº41723, 15 nov 2001.

SPAIN. Ministerio de Economía y Hacienda. *Orden EHA/2619/2006*, de 28 de julio. BOE nº190, nº14513, 10 aug 2006.

SPAIN. Ministerio de Economía. *Orden de 16 de noviembre de 2000*, nº21340, BOE nº283, 25 nov 2000.

UNITED NATIONS. *The United Nations Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances*, 1998.

VELASCO NÚÑEZ, Eloy. *Aspectos jurídicos penales vinculados al blockchain y las criptomonedas: delito fiscal, blanqueo de capitales, robo, estafa*. Madrid: Servicio de formación continua – Consejo general de Poder Judicial, 2019.

### **Authorship information**

*Ayelén Anzola*. Doutoranda na Universidad de Salamanca. Bolsista do programa para estudantes latino-americanos USAL-Santander. Investigadora em formação no Centro de Investigación para la Gobernanza Global (CIGG) da Universidad de Salamanca. Professora investigadora na Universidad Nacional del Nordeste, Argentina. Mestre em Estratégias Anticorrupção e Políticas de Integridade pela Universidade de Salamanca y Mestre em Direito administrativo pela Universidade Austral de Argentina. [anzola@usal.es](mailto:anzola@usal.es)

*Marina Oliveira Teixeira dos Santos*. Doutoranda em “Estado de Derecho y Gobernanza Global” pela Universidad de Salamanca. Mestre em ciências jurídico-criminais na Universidade de Coimbra. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. [marinaoliveira.737@gmail.com](mailto:marinaoliveira.737@gmail.com)

### **Additional information and author's declarations (scientific integrity)**

*Acknowledgement:* To the *Centro de Investigación para la Gobernanza Global* of the University of Salamanca and the scholarship program for Latin American doctoral students of the University of Salamanca and Santander. Ayelén Anzola was funded by the program for Latin American doctoral students of the University of Salamanca. Marina Oliveira Teixeira dos Santos was funded with a position in the call for „*contratos predoctorales*” USAL 2021, co-funded by Banco Santander. To the Spanish Ministry of Science and Innovation I+D research project PID2019-107743RB-I00 on „*Configuración y efectos de los sistemas de gestión del riesgo legal*”.

*Conflict of interest declaration:* the authors confirm that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

*Declaration of authorship:* all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

- *Ayelén Anzola:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Marina Oliveira Teixeira dos Santos:* conceptualization, methodology, data curation (partial), investigation, writing – original draft, writing – review and editing, final version approval.

*Declaration of originality:* the authors assure that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; they also attest that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

### Editorial process dates

(<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 24/06/2022
- Desk review and plagiarism check: 30/06/2022
- Review 1: 04/07/2022
- Review 2: 06/07/2022
- Review 3: 10/07/2022
- Preliminary editorial decision: 04/09/2022
- Correction round return 1: 20/09/2022
- Preliminary editorial decision 2: 22/09/2022
- Correction round return 2: 29/09/2022
- Final editorial decision: 12/10/2022

### Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Reviewers: 3

### HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

ANZOLA, Ayelén; SANTOS, Marina Oliveira T. The Regulation of Money Laundering and Corporate Criminal Responsibility in Spain: compliance as a key for Virtual Asset Service Providers. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, n. 3, p. 1335-1370, set./dez. 2022. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i3.730>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.


# Le cause degli errori giudiziari e i meccanismi di prevenzione e riparazione delle condanne e imputazioni ingiuste

*The causes of miscarriages of justice and the mechanisms for preventing and remedying wrongful convictions and charges*

**Domenico Mastro<sup>1</sup>**

Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli, S. Maria C.V., Caserta, Italia

domenico.mastro@unicampania.it

 <https://orcid.org/0000-0002-0954-2549>

---

**ABSTRACT:** Il contributo si propone di indagare i molteplici fattori, anche di carattere istituzionale, dai quali traggono origine gli errori giudiziari considerati elementi ineludibili di ogni sistema processuale. L'opera, oltre ad analizzare l'influenza che il processo penale mediatico può determinare sul libero convincimento del giudice, esamina alcuni casi emblematici di condanne pronunciate su false confessioni, errata percezione di comunicazioni intercettate, testimonianze inaffidabili e ricognizioni scorrette senza tralasciare gli errori commessi sulla scena del crimine originati, nella maggior parte delle ipotesi, da inesperienza o disattenzioni del personale investigativo. Vengono individuati, in una prospettiva *de iure condendo*, i possibili rimedi finalizzati ad evitare condanne o imputazioni ingiuste o, quantomeno, a ridurre i drammatici effetti che gli errori giudiziari provocano, in via immediata e diretta, sulla sfera personale e patrimoniale della vittima di una errata amministrazione della giustizia. Infine, l'A. si sofferma sugli strumenti riparatori previsti dal sistema giuridico italiano analizzando non soltanto la loro funzione ma anche i criteri che il giudice deve considerare nella quantificazione dell'indennizzo.

**PAROLE CHIAVE:** errori giudiziari; imputazioni ingiuste; condanne ingiuste; riparazione dell'errore giudiziario; riparazione per l'ingiusta detenzione.

---

<sup>1</sup> Dottorando di ricerca in "Internazionalizzazione dei sistemi giuridici e diritti fondamentali" - Dipartimento di Giurisprudenza - Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli, S. Maria C.V., Caserta, Italia.

**ABSTRACT:** *The paper aims to investigate the multiple factors, including institutional ones, that give rise to judicial errors originate, considered inescapable elements of any trial system. In addition to analysing the influence that the criminal process through the media can have on the judge's free conviction, the paper examines a number of emblematic cases of unjust convictions based on false confessions, misinterpretation of intercepted communications, unreliable testimony and incorrect reconnaissance, without neglecting the errors committed at the scene of the crime, which are in most cases due to the inexperience or carelessness of investigative personnel. In a de iure condendo perspective, possible solutions are explored in order to avoid wrongful convictions or charges or, at least, to reduce the dramatic effects that judicial errors produce, in an immediate and direct way, on the personal and patrimonial sphere of the victim of a wrong justice administration. Finally, the author focuses on the reparative instruments provided by the Italian legal system, analysing not only their function but also the criteria that the judge has to consider when quantifying the compensation.*

**KEYWORDS:** *miscarriages of justice; unjust charges; wrongful convictions; compensation for miscarriage of justice; compensation for wrongful imprisonment.*

**SOMMARIO:** *Introduzione; 1. Gli errori commessi sulla scena del crimine: il sopralluogo; 2. Gli errori nell'ascolto delle intercettazioni: il caso Massaro; 3. Le distorsioni della memoria: l'oblio del ricognitore; 4. La menzogna del testimone e la *declaratio contra se*: il caso Gulotta; 5. Il processo mediatico e i fattori istituzionali come causa dell'errore giudiziario; 6. Gli strumenti riparativi delle imputazioni e delle condanne ingiuste; Conclusioni; Bibliografia.*

## INTRODUZIONE

La tradizione filosofica sostiene che ogni individuo è portato a commettere errori di ragionamento che rappresentano il frutto di una distorsione delle realtà provocata dai cosiddetti *bias cognitivi*<sup>2</sup>. L'origine

<sup>2</sup> Si tratta di giudizi o pregiudizi sviluppati sulla base dell'interpretazione di informazioni possedute, anche se non logicamente e semanticamente connesse tra loro e che portano dunque a mancanza di oggettività. Una simile ipotesi si

di un errore può persino incrociarsi con lo stesso modo di essere di chi sceglie di esprimere un certo giudizio spingendosi ad immaginare come vero quel che non è ancora chiaro e distinto per l'intelletto. L'errore, dunque, è strettamente collegato alla sfera di volizione ed è considerato un elemento inevitabile di ogni azione umana che nella maggior parte dei casi non produce conseguenze o è facilmente correggibile<sup>3</sup>. Nel processo penale, invece, l'errore porta con sé conseguenze deleterie sia per la vittima incolpevole che per l'intera collettività rappresentando l'esempio tipico della fallibilità umana<sup>4</sup>. Con l'espressione *errore giudiziario* si fa riferimento ad un'anomalia del processo, una patologia, un risultato processuale contrario a giustizia, a causa di un elemento o di una serie di elementi che, infiltrandosi nel contesto processuale, ne alterano il fine esterno rappresentato dalla condanna del colpevole e dall'assoluzione dell'innocente<sup>5</sup>. Sull'assunto che gli errori giudiziari costituiscono un dato

---

verifica nei casi in cui un soggetto, accontentandosi di paradigmi o stereotipi, non dedica la necessaria attenzione alle specifiche circostanze che caratterizzano l'oggetto d'indagine, cioè quelle che forniscono le premesse idonee a sviluppare un pensiero.

<sup>3</sup> CURTOTTI NAPPI, Donatella, SARAVO, Luigi. L'errore tecnico-scientifico sulla scena del crimine. L'errore inevitabile e le colpe dello scienziato, del giurista, del legislatore. *Archivio Penale*, Pisa, n. 3, p. 1, 2011.

<sup>4</sup> Esso costituisce uno schema di avanzamento del nostro sapere complessivo; riconoscerlo mediante un approccio critico è il mezzo attraverso il quale possiamo individuarlo e imparare da esso: così, POPPER, Karl, *La società aperta e i suoi nemici*. In: ANTISERI, Dario (a cura di). Roma, Armando editore, p. 613, 2002.

<sup>5</sup> La falsificazione della ricerca della verità può trovare la sua primordiale fonte genetica già nelle indagini preliminari in cui la ricostruzione investigativa offre elevati margini di errore per essere il primo tentativo, in ordine cronologico, di rielaborazione e ricostruzione di un fatto del passato ormai dissolto, Cfr. CURTOTTI NAPPI, Donatella, SARAVO, Luigi. L'errore tecnico-scientifico sulla scena del crimine. L'errore inevitabile e le colpe dello scienziato, del giurista, del legislatore. *Archivio Penale*, Pisa, n. 3, p. 2, 2011.

Diverse sono le definizioni dell'errore giudiziario; l'errore giudiziario secondo TROISI, Paolo. *L'errore giudiziario tra garanzie costituzionali e sistema processuale*. Padova, CEDAM, p. 4, 2011, «è sia l'assoluzione del colpevole che la condanna dell'innocente»; v., inoltre CURTOTTI NAPPI, Donatella, SARAVO, Luigi. L'errore tecnico-scientifico sulla scena del crimine. L'errore inevitabile e le colpe dello scienziato, del giurista, del legislatore. *Archivio Penale*, Pisa, n. 3, p. 1, 2011, secondo cui «l'errore giudiziario è ogni errore di fatto o di diritto che ha ricadute sull'oggetto dell'accertamento penale portando ad

universale di ogni sistema processuale, e attesa l'impossibilità di eliminarli radicalmente, ciascun ordinamento, oltre a prevedere che la procedura giudiziaria possa non essere in grado di assicurare la conformità della sentenza al fine di giustizia<sup>6</sup>, ha predisposto dei meccanismi riparatori idonei a garantire un ristoro, a titolo di indennizzo o risarcimento, a chi abbia subito una condanna ingiusta. Dopo un lungo percorso legislativo e giurisprudenziale, l'ordinamento italiano riconosce oggi la riparazione per l'ingiusta detenzione (artt. 314 e 315 c.p.p.), quale derivazione del diritto riconosciuto dall'art. 24, comma 4 della Costituzione, e la riparazione dell'errore giudiziario (artt. 643-647 c.p.p.)<sup>7</sup> che trova il suo fondamento normativo anche negli artt. 2 e 13 della Costituzione<sup>8</sup>. Non rientrano nell'ambito applicativo della riparazione per ingiusta detenzione (art. 314, comma 1 c.p.p.) le ipotesi di "ingiusta imputazione" a cui fa seguito una sentenza di assoluzione, perché si ritiene che solo l'erronea affermazione della responsabilità sia idonea a produrre delle conseguenze dannose per l'imputato.

---

una decisione diversa da quella che si sarebbe raggiunta se l'errore non fosse stato commesso».

Per una disamina sulle condizioni di giustizia del processo, v., FERRUA, Paolo. Giustizia del processo e giustizia della decisione. *Diritto Penale e Processo*, Milano, n. 10, p. 1201 – 1204, 2015.

<sup>6</sup> La Costituzione Italiana, nel prevedere all'art. 24, comma 4 l'istituto della riparazione degli errori giudiziari imponendo al legislatore di determinare «le condizioni e i modi di riparazione degli errori giudiziari», ha di fatto ammesso la concreta possibilità della condanna dell'innocente.

<sup>7</sup> A livello sovranazionale, il diritto alla riparazione per l'ingiusta detenzione è espressamente sancito dall'art. 5, § 5 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali mentre il diritto alla riparazione dell'errore giudiziario è previsto dall'art. 3 del protocollo n. 7. della medesima Convenzione che viene espressamente richiamata dall'art. 6, comma 2 del Trattato sull'Unione europea, e dagli artt. 9, § 5 e 14, § 6 del Patto internazionale sui diritti civili e politici nonché dall'art. 85 del Trattato contenente lo Statuto della Corte penale internazionale, adottato a Roma il 17 luglio 1998, per approfondimenti, v., PRESSACCO, Luca. Per un'integrazione «convenzionalmente orientata» della riparazione per l'ingiusta detenzione. *Rivista Italiana di diritto e Procedura penale*, Milano, fasc. 1, p. 319, 2021.

<sup>8</sup> Per un'analisi dei meccanismi riparatori previsti dal codice del 1930, v., SPANGHER, Giorgio. Riparazione pecuniaria. *Enciclopedia del diritto*, Milano, vol. 40, p. 1014 – 1023, 1989.



Per molti anni il tema dell'errore giudiziario è stato posto ai margini del dibattito giuridico europeo e nazionale: soltanto di recente la dottrina ha posto maggiore attenzione sulle cause e sui danni cagionati dalle condanne e imputazioni ingiuste al fine di ricercare dei possibili congegni rimediali<sup>9</sup>. Sotto questo profilo appare evidente l'esigenza, attraverso l'analisi di vicende concrete, di elaborare proposte di riforma dirette ad apportare dei correttivi a taluni istituti processuali caratterizzati da maggior rischio di errore in modo da ridurre al minimo il pericolo della condanna di un innocente.

## **1. GLI ERRORI COMMESSI SULLA SCENA DEL CRIMINE: IL SOPRALLUOGO**

Gli agenti e gli ufficiali di polizia giudiziaria sono i primi soggetti ad intervenire sul *locus commissi delicti*. Il loro compito fondamentale è quello di preservare lo stato dei luoghi attraverso la raccolta di tutti gli elementi necessari per individuare il possibile autore del reato e perseguirlo. In quest'ottica, un'attenzione particolare va rivolta al sopralluogo giudiziario caratterizzato da due fasi di intervento. La prima si concretizza nel compimento di operazioni dirette a cristallizzare la scena del crimine e ad evitare la dispersione delle tracce pertinenti al reato prima dell'intervento del pubblico ministero; la seconda, cioè quella di investigazione tecnico - scientifica (comunemente chiamata di CSI - *Crime scene Investigation*), si sostanzia, invece, in attività più specialistiche orientate a fissare l'esatta collocazione spaziale delle tracce, a descrivere quanto percepito ed apprezzato, a ricercare tutte le tracce inerenti al reato ed, infine, a reperire quelle asportabili<sup>10</sup>. È in questa delicata fase che gli organi investigativi devono prestare la massima attenzione nella individuazione e nella raccolta delle prove, perché si corre il pericolo di perdere informazioni utili non più recuperabili in dibattimento, soprattutto se si tratta di operazioni tecniche non ripetibili, con il rischio

---

<sup>9</sup> Sul punto, LUPÀRIA, Luca (a cura di), *L'errore giudiziario*, Milano, Giuffrè, 2021.

<sup>10</sup> Si veda, CURTOTTI NAPPI, Donatella, SARAVO, Luigi. *L'approccio multidisciplinare nella gestione della scena del crimine. Diritto penale e processo*, Milano, n. 5, p. 623, 2011.

di compromettere la direzione delle indagini e, di conseguenza, l'intero procedimento penale fino a coinvolgere attori innocenti<sup>11</sup>. La problematica principale si rinviene nella lacunosità della disciplina contenuta nell'art. 354 c.p.p. (rubricato «Accertamenti urgenti sui luoghi, sulle cose e sulle persone. Sequestro»)<sup>12</sup>, in cui comunemente vengono fatte rientrare questo tipo di operazioni, perché da un lato la norma non detta regole precise sulle modalità di svolgimento degli accertamenti<sup>13</sup> finalizzate a garantire la genuinità dell'elemento di prova raccolto e, dall'altro, non prevede adeguate garanzie nei confronti dell'indagato<sup>14</sup>, con la conseguenza che

---

<sup>11</sup> Lo sbaglio commesso sulla scena del crimine non è solo deleterio per la decisione e, quindi, per le sorti dell'imputato, ma presenta una dose maggiore di «lesività» perché si colloca nelle prime fasi dell'accertamento penale: condizione, perciò, lo svolgimento delle attività e delle decisioni tipiche della fase investigativa, indirizza sin da subito le scelte del pubblico ministero, grava sulle determinazioni inerenti l'adozione di una misura cautelare, incide sulle decisioni delle parti in ordine all'adozione dei riti alternativi, pesa infine sull'istruzione dibattimentale quando i risultati delle attività irripetibili compiute sulle tracce si trasformano in prove: v. CURTOTTI NAPPI, Donatella, SARAVO, Luigi, L'errore tecnico-scientifico sulla scena del crimine. L'errore inevitabile e le colpe dello scienziato, del giurista, del legislatore. *Archivio Penale*, Pisa, n. 3, p. 6-7, 2011.

<sup>12</sup> Sui rilievi e accertamenti urgenti compiuti dalla polizia giudiziaria sulla scena del crimine, v. ALESCI, Teresa. *Il corpo umano fonte di prova*. Padova, CEDAM, 2017, p. 80-89.

<sup>13</sup> Solo in un caso il Legislatore ha scelto di regolamentare dettagliatamente le attività tecniche di polizia giudiziaria. Con l'art. 9, comma 3 della Legge 18 marzo 2008, n. 48 (legge di ratifica della Convenzione di Budapest sul Cybercrime) si è aggiunto un secondo periodo nell'art. 354, comma 2 c.p.p. in virtù del quale si stabilisce che in relazione ai dati, alle informazioni e ai programmi informatici o ai sistemi informatici o telematici, gli ufficiali di polizia giudiziaria adottano, altresì, le misure tecniche o impartiscono le prescrizioni necessarie ad assicurarne la conservazione o ad impedirne l'alterazione e l'accesso e provvedono, ove possibile, alla loro immediata duplicazione su appositi supporti, mediante una procedura che assicuri la conformità della copia all'originale e la sua immutabilità; per approfondimenti v. BRAVO, Fabio. Indagini informatiche e acquisizione della prova nel processo penale. *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, Bologna, n. 3 - 1, p. 231 - 245, 2009 - 2010.

<sup>14</sup> In tema di assistenza difensiva, per esempio, le garanzie previste dal combinato disposto degli artt. 356 c.p.p. e 114 disp. att. c.p.p. non sono in grado di sopperire al *vulnus* difensivo che si crea. Le norme in esame, infatti, se da un lato impongono alla polizia giudiziaria di avvertire la persona sottoposta alle

risulta rafforzato il rischio di errore dovuto al mancato contraddittorio per la formazione della prova. In altre parole, la norma lascia ampia discrezionalità tecnica alla polizia giudiziaria, le cui operazioni sono sottratte da ogni tipo di controllo giurisdizionale con il conseguente potenziamento del rischio di inquinamento probatorio dovuto alla scarsa preparazione tecnica degli agenti ovvero ad un accesso incontrollato di persone sul luogo del delitto, idoneo ad alterare irrimediabilmente la scena del crimine<sup>15</sup>. Certo è che, pur mancando indicazioni normative da seguire durante la ricerca degli elementi di prova, operare sulla scena del crimine senza lasciare alcuna traccia è un'impresa piuttosto ardua e di conseguenza non può essere escluso, nella maniera più assoluta, il pericolo di contaminazione o alterazione del materiale probatorio<sup>16</sup>; materiale

---

indagini, se presente, della facoltà di farsi assistere dal difensore di fiducia per il compimento degli atti previsti dagli artt. 352 e 354 c.p.p., dall'altro, prevedono soltanto una facoltà - e non un obbligo - per la polizia giudiziaria di avvisare preventivamente il difensore affinché possa assistere al compimento degli atti di cui sopra. Come si può notare, la portata applicativa della tutela è alquanto limitata; invero, l'assistenza del difensore è prevista, ma non è sostenuta da un obbligo di preavviso è ciò determina una limitazione della tutela dell'indagato soprattutto quando gli atti coinvolgono libertà costituzionalmente protette, che finiscono per assumere il valore di prova ai fini della decisione in quanto attività irripetibili. Sul punto cfr., ALESCI, Teresa. *Il corpo umano fonte di prova*. Padova, CEDAM, 2017, p. 85; POGGI, Anna, CAVALLERA, Cosimo, *Gli accertamenti tecnici della polizia giudiziaria nell'indagine preliminare*, Padova, CEDAM, 2000, p. 78. Maggiori criticità si rinvencono nell'attività di raccolta di reperti biologici, sul punto, v., FELICIONI, Paola. *La prova del DNA tra esaltazione mediatica e realtà applicativa*. *Archivio Penale*, Pisa, n. 2, p. 17, 2012.

<sup>15</sup> Cfr. PERUGIA, Diletta, *Prevenzione dell'errore e indagini preliminari, Errori giudiziari e Background processuale*, LUPÁRIA, Luca, MARAFIOTI, Luca, PAOLOZZI, Giovanni (a cura di), Torino, Giappichelli, p. 29, 2017.

<sup>16</sup> Secondo uno dei più importanti principi elaborati dalle scienze criminologiche i contatti tra persone o cose comportano sempre degli scambi di materiale. Essi possono avvenire tramite *trasferimento avventizio di DNA* o tramite *contaminazione*. Il trasferimento del DNA implica uno spostamento correlato al crimine: prima, durante o dopo l'evento. La contaminazione, invece, è uno spostamento non correlato all'azione criminosa: avviene durante o dopo la messa in sicurezza della scena. Trasferimento e contaminazione si riferiscono entrambi al fenomeno fisico di spostamento del DNA, ma ciò che li distingue è la tempistica in cui originano, v., LOCARD, Edmund. *Traité de criminalistique*, Lyon, Joannès Desvigne et ses fils, 1931.

che può, addirittura, rappresentare il presupposto per l'applicazione di una misura cautelare con il pericolo che si verifichi una ipotesi di ingiusta detenzione. È quanto avvenuto nel noto processo per l'omicidio della studentessa Meredith Kercher (v. *infra*, pf. 6), in cui il sopralluogo effettuato è risultato inadeguato perché, durante il primo accesso al luogo del delitto, gli operatori non hanno dato importanza al rilevamento del gancetto di chiusura del reggiseno appartenente alla vittima che è stato reperito ben 46 giorni dopo l'omicidio in una condizione di altissima contaminazione ambientale. Ciò nonostante, a seguito della perizia effettuata sulle tracce genetiche presenti sull'oggetto<sup>17</sup>, la Corte d'assise di Perugia ha condannato Raffaele Sollecito a 25 anni di reclusione. Dopo otto anni di processi e un alternarsi di condanne e assoluzioni la Corte di Cassazione, sull'assunto che l'inquinamento probatorio era dimostrato «dal modo in cui il gancetto era stato trattato, con il passaggio di mano in mano da persone che indossavano quanti di lattice sporchi»<sup>18</sup>, ha annullato senza rinvio la condanna ritenendo che l'esiguità dei reperti biologici a disposizione non avrebbe potuto comunque garantire l'acquisizione di nuovi e determinanti dati istruttori, sicché il giudice del rinvio non avrebbe potuto accertare la colpevolezza dell'imputato al di là di ogni ragionevole dubbio quale presupposto per la pronuncia di una sentenza di condanna<sup>19</sup>.

La probabilità di commettere errori umani aumenta al crescere del numero dei soggetti che intervengono sulla scena del crimine, i quali, spesso, sono inconsapevoli di trovarsi sul luogo di un reato. Tale situazione può essere determinata, ad esempio, dal primo intervento del personale medico e paramedico, quando opera con l'obiettivo di salvare vite senza le cautele e protezioni necessarie per la salvaguardia delle fonti di prova. Una situazione simile si è verificata nel noto caso dell'omicidio di Melania Rea sul cui corpo è stato ritrovato un capello, poi ritenuto non appartenere alla vittima ma al medico legale che ha operato i primi rilievi

<sup>17</sup> Per approfondimenti, v., VALLI, Roberto, Valutazione dell'affidabilità dell'indagine genetica svolta con violazione di protocolli e linee guida: utilizzabilità del risultato raggiunto, *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 12, p. 15-30, 2018.

<sup>18</sup> Cass. Pen., sez. V, 7 settembre 2015 (ud. 27 marzo 2015), sent. n. 36080, p. 13, *Deiure*.

<sup>19</sup> Per approfondimenti v., MONTAGNA, Mariangela (a cura di), *L'assassinio di Meredith Kercher, Anatomia del processo di Perugia*, Roma, Aracne, 2012.

sul cadavere. Sempre nella medesima vicenda sono state ritrovate due perline all'interno della busta contenente le scarpe della donna repertate dalla polizia scientifica; successivamente si è ritenuto potesse trattarsi di un elemento decorativo dell'abbigliamento di una delle tante persone presenti sul luogo del crimine. Per qualche istante, questi elementi di prova hanno suggerito nuove piste investigative fino ad ipotizzare che a commettere il delitto fosse stata una donna<sup>20</sup>.

Attualmente le uniche normative di riferimento per la conduzione delle attività sulla scena del crimine sono rappresentate, oltre che dai protocolli interni al corpo di appartenenza degli ufficiali e degli agenti di polizia giudiziaria incaricati delle indagini, dalle linee guida internazionali ISO/IEC 17020<sup>21</sup> e 17025<sup>22</sup>. In questa prospettiva, al fine di elevare al massimo gli standard di qualità delle indagini sulla scena *criminis*, l'Enfsi (*European network of forensics science*)<sup>23</sup> ha formato un gruppo di lavoro

---

<sup>20</sup> GAROFANO, Luciano, PENSIERI, Maria Gaia. *La falsa giustizia. La genesi degli errori giudiziari e come prevenirli*. Modena, Infinito edizioni, p. 119, 2019.

<sup>21</sup> Gli standard ISO/IEC 17020 affrontano l'intero processo di intervento sulla scena del crimine, dall'arrivo del primo operatore fino al completamento di tutte le attività che si conclude con la redazione di un verbale. L'articolazione e l'esecuzione della procedura si sostanzia in cinque fasi: 1) individuazione delle azioni da intraprendere all'arrivo sulla scena; 2) elaborazione di una strategia per l'esame di una scena; 3) effettuazione dell'esame vero e proprio della scena del crimine; 4) verifica/discussione delle attività svolte e valutazione circa l'esecuzione di ulteriori attività; 5) redazione di un documento finale, cfr. GAROFANO, Luciano, PENSIERI, Maria Gaia. *La falsa giustizia. La genesi degli errori giudiziari e come prevenirli*. Modena, Infinito edizioni, p. 107, 2019.

<sup>22</sup> Tali norme specificano i requisiti generali per la competenza dei laboratori a eseguire prove e/o tarature delle apparecchiature, incluso il campionamento e contengono tutti i requisiti che devono essere soddisfatti dai laboratori se questi intendono dimostrare che attuano un sistema di qualità e che sono tecnicamente competenti per produrre risultati tecnicamente validi, sul punto v., VALLI, Roberto, Valutazione dell'affidabilità dell'indagine genetica svolta con la violazione di «protocolli» e linee guida: utilizzabilità del risultato raggiunto. *Diritto penale contemporaneo*, Milano, fasc. 12, p. 28-29, 2018.

<sup>23</sup> L'ENFSI è l'organismo tecnico di riferimento europeo, sia dell'Unione Europea, sia del Gruppo di Cooperazione Europeo delle Polizie nonché dell'Euro-pol e dell'Interpol riguardo la definizione degli standard tecnici utilizzati dai Laboratori di Polizia Scientifica, v., [www.enfsi.eu](http://www.enfsi.eu).

che ha elaborato un *manuale di buona pratica*<sup>24</sup> nel quale vengono descritte le procedure da seguire nel processo di intervento sulla scena del crimine per evitare la contaminazione e garantire la corretta conservazione di tracce e reperti. Il mancato rispetto delle linee guida internazionali, però, non determina la inutilizzabilità delle prove raccolte - e di questo è consapevole anche la giurisprudenza<sup>25</sup> - ma può soltanto indebolire l'attendibilità del dato e giustificare la sua estromissione dal materiale probatorio su cui fondare la decisione. Dunque, al fine di risolvere le problematiche che si nascondono all'interno del processo di raccolta degli elementi di prova, sarebbe auspicabile un intervento del legislatore finalizzato alla codificazione di regole precise e chiare dirette ad imporre una serie di obblighi di diligenza a coloro che per primi intervengono sulla scena del crimine ed il cui mancato rispetto sia non soltanto fonte di responsabilità disciplinare degli agenti, ma anche causa di inutilizzabilità del dato probatorio acquisito. Tali regole potrebbero essere raccolte all'interno di un vero e proprio *codice delle investigazioni forensi* in modo da assicurare una maggiore sistematicità e organicità all'intera materia. Una riduzione del rischio di errore potrebbe essere realizzata altresì tramite l'attivazione di corsi di formazione specializzati ovvero attraverso un

---

<sup>24</sup> Il manuale è stato realizzato come progetto collaborativo cui hanno contribuito i membri del gruppo di lavoro denominato «*La scena del crimine*», attraverso la nomina di uno specifico sottogruppo che ha raccolto ed elaborato i pareri degli esperti sulla scena del crimine delle Forze di Polizia e degli istituti di Scienze forensi di tutta Europa, così redigendo una sorta di linee guida che permettono di affrontare sia i crimini più semplici che quelli più complessi. Per raggiungere questo scopo il manuale detta criteri di ordine generale, demandando alle procedure operative standard (cioè al complesso delle norme da seguire in una determinata procedura), redatte da ciascun Paese membro, il compito di definire, nei particolari, le modalità di intervento sulla scena del crimine. Si tratta, inoltre, di un manuale di tipo *aperto* disponibile a raccogliere i suggerimenti e i miglioramenti di tutti gli studiosi e gli esperti, che possono essere espressi tramite il portale Europol o la segreteria del gruppo di lavoro. Il manuale è disponibile *on line*, in: [https://enfsi.eu/wp-content/uploads/2021/12/BPM-SOC-01-v.2021115\\_final.pdf](https://enfsi.eu/wp-content/uploads/2021/12/BPM-SOC-01-v.2021115_final.pdf) (aggiornamento novembre 2021).

<sup>25</sup> Sul punto, v., Cass. Pen., sez II, 28 marzo 2012 (ud. 10 gennaio 2012), n. 11693 «La sanzione di inutilizzabilità, stante la regola della tassatività, non può essere allargata sino a comprendere l'inosservanza di regole scientifiche che non siano codificate in una apposita e specifica normativa di legge». *Casazione penale*, Milano, p. 4090, 2013.

miglioramento delle attrezzature e dei mezzi in dotazione del personale operante<sup>26</sup>. Infine, sarebbe utile elaborare ulteriori linee guida affinché tutti i soggetti presenti a vario titolo sulla *scena criminis* si attivino e lavorino in sinergia apportando ciascuno il proprio sapere scientifico, perché solo lavorando in gruppo risulta più difficile che si formino idee preconcepite che sono quelle che portano l'investigatore a vedere tutti gli indizi e le prove sotto la luce della propria ipotesi investigativa tralasciando le altre.

## **2. GLI ERRORI NELL'ASCOLTO DELLE INTERCETTAZIONI: IL CASO MASSARO**

Nelle indagini preliminari possono sorgere ulteriori margini di errore qualora gli agenti di polizia giudiziaria siano chiamati a trascrivere quanto captato attraverso le intercettazioni di conversazioni o comunicazioni (artt. 266 ss. c.p.p.). Questo mezzo di ricerca della prova presenta particolari insidie poiché non sempre risulta possibile comprendere chiaramente ciò che gli interlocutori si dicono. Basti pensare alle ipotesi in cui i parlanti utilizzano un linguaggio criptico o dialettale o ai casi in cui la qualità della registrazione sia particolarmente scarsa. A ciò si aggiungono ulteriori fattori tra i quali rileva la inadeguata competenza tecnica degli agenti di polizia giudiziaria chiamati a redigere i c.d. "brogliacci d'ascolto" (art. 268, comma 2 c.p.p.); attività che, secondo la dottrina, richiederebbe una preparazione multidisciplinare e non essere limitata all'ambito prettamente investigativo<sup>27</sup>. Nonostante siano stati elaborati dei criteri ai quali gli inquirenti devono attenersi nell'interpretazione delle

---

<sup>26</sup> La Polizia di Stato ha creato un vero e proprio laboratorio mobile per l'esame della scena del crimine denominato *Forensic Fullback*. Si tratta di un veicolo altamente tecnologico e dotato di tutte le attrezzature necessarie a reperire e conservare le tracce e le impronte al fine di poter ricostruire la scena del crimine. Inoltre, il mezzo è dotato di un sistema GPS che consente di trasmettere ad un software in tempo reale il verbale del sopralluogo.

<sup>27</sup> V., GULOTTA, Giuseppe. *Innocenza e colpevolezza sul banco degli imputati*. Commento alle linee guida psicoforensi per un processo sempre più giusto. Milano, Giuffrè, p. 314, 2018, secondo cui il trascrittore dovrebbe possedere competenze in materia di psicolinguistica al fine di svolgere correttamente il suo compito.

comunicazioni intercettate<sup>28</sup>, viene rimesso al giudice il compito di vagliare il contenuto della comunicazione attraverso riscontri esterni, soprattutto se sussiste una ambiguità circa il reale significato da attribuire alle parole.

La questione può essere meglio compresa se si analizza la vicenda processuale che ha coinvolto Angelo Massaro, accusato di omicidio, sequestro di persona e occultamento di cadavere e condannato, successivamente, dalla Corte d'assise di Taranto, a ventun anni di reclusione a causa di un'errata comprensione di un'intercettazione telefonica non valutata correttamente dal giudice di merito. Una parola in dialetto, pronunciata durante una telefonata, diventa la *regina delle prove*, che conduce il collegio giudicante ad emettere sentenza di condanna pur mancando il riscontro dei caratteri della chiarezza, decifrabilità dei significati e assenza di ambiguità. Una settimana dopo l'omicidio, parlando al telefono con la moglie, l'imputato aveva detto in dialetto *tengo stu muers*, intendeva che stesse trainando un oggetto ingombrante attaccato al gancio della sua autovettura. Gli inquirenti, invece, pensarono che stesse trasportando il *muert*, (così risulta nelle trascrizioni) cioè il corpo della vittima per occultarlo.

L'origine dell'errore che ha portato all'ingiusta condanna si collocava, evidentemente, nella fase delle indagini preliminari, nel momento in cui è stata acquisita l'intercettazione; il travisamento di una parola ha legittimato, dapprima, l'applicazione della custodia cautelare in carcere<sup>29</sup> e, successivamente, nonostante le obiezioni difensive, la condanna<sup>30</sup>. Soltanto dopo ventisei anni, a seguito del processo di revisione,

---

<sup>28</sup> Tra questi criteri quello della logicità permetterebbe all'inquirente di «ricostruire l'enunciato sulla base di una determinata formula linguistica, che può essere supportato anche dai cosiddetti fatti notori, conosciuti o conoscibili dal giudice, ritenuti assolutamente fondati»; costituiscono corollari del criterio logico quelli di chiarezza, decifrabilità dei significati e assenza di ambiguità: cfr., DELLA RAGIONE Luca. *Compendio di procedura penale*, Roma, Neldiritto, 2014; in assenza di tali caratteri, laddove l'interpretazione della comunicazione risulti ambigua o di difficile decifrabilità, il risultato della prova diviene meno certo, cfr., Cass. Pen., sez. VI, 25 febbraio 2004, n. 21726, *Deiure*.

<sup>29</sup> Ordinanza 15 maggio 1996, (provvedimento inedito)

<sup>30</sup> Corte d'assise di Taranto, anno 1997 (provvedimento inedito), Sul punto, v., MAIMONE, Valentino; PALMA, Alessandra; SCALPELLI, Carlo; CARA, Valter; CANINO, Antonella (a cura di). Il caso di Angelo Massaro. In: LUPÀRIA, Luca (a cura di). *L'errore giudiziario*. Milano, Giuffrè, 2021, p. 952 - 955. Per



la Corte d'appello di Catanzaro ha assolto il Massaro da ogni accusa<sup>31</sup> ritenendolo totalmente estraneo ai fatti sulla base di nuovi elementi di prova presentati dalla difesa che hanno dimostrato che il Massaro, il giorno dell'omicidio, si trovava altrove<sup>32</sup>.

A parere di chi scrive, nei casi di dubbia intellegibilità del dato fonico sarebbe opportuno che gli agenti di polizia giudiziaria si astenessero dal trascrivere una propria supposizione, mentre sarebbe preferibile indicare le varie alternative, a maggior ragione quando il parlato è in dialetto o in lingua straniera. Orbene, anche nell'ambito delle intercettazioni si corre il rischio di generare errori giudiziari gravi e, dunque, appare sempre più evidente la necessità di un intervento in materia, magari attraverso la creazione di un albo ufficiale degli esperti che certifichi il possesso di specifiche competenze tecniche e psicolinguistiche in modo da garantire una maggiore affidabilità nella comprensione e trascrizione di quanto captato.

### 3. LE DISTORSIONI DELLA MEMORIA: L'OBLIO DEL RICOGNITORE

Il tema dell'errore giudiziario è strettamente collegato alla ricognizione, tipico mezzo di prova con il quale un soggetto esprime un

---

una breve ricostruzione del fatto storico, v., GAROFANO, Luciano, PENSIERI, Maria Gaia. *La falsa giustizia. La genesi degli errori giudiziari e come prevenirli*. Modena, Infinito edizioni, p. 245, 2019.

<sup>31</sup> La Corte di cassazione ha annullato l'ordinanza con la quale la Corte d'appello di Potenza aveva rigettato la richiesta di revisione e ha trasferito gli atti alla Corte d'appello di Catanzaro dinanzi alla quale si è svolto il procedimento di revisione che ha portato all'assoluzione dell'imputato, v., Cass. Pen., sez. V, 4 maggio 2015, n. 26478. In: <https://www.progettoinnocenti.it/new/wp-content/uploads/2018/09/3639lasentenza.pdf>. La mancanza di effettivi riscontri, che sarebbe stato opportuno effettuare nel giudizio di merito, è stata colmata nel giudizio di revisione attraverso l'assunzione della testimonianza della moglie e della figlia del Massaro, mai ascoltate nel processo di primo grado. Grazie alle dichiarazioni acquisite, e ad ulteriori intercettazioni relative ad un diverso procedimento giudiziario pendente nei suoi confronti, è stato chiarito che l'imputato nel giorno del delitto era impegnato in attività lavorative tale da escludere qualsiasi coinvolgimento nel fatto delittuoso.

<sup>32</sup> V., GAROFANO, Luciano, PENSIERI, Maria Gaia. *La falsa giustizia. La genesi degli errori giudiziari e come prevenirli*. Modena, Infinito edizioni, p. 246, 2019.

giudizio di identità comparando persone, suoni o cose consimili<sup>33</sup> (artt. 213 ss. c.p.p.). Si stima che circa il 72% delle condanne basate prevalentemente sulla ricognizione personale abbiano dato vita ad un errore giudiziario certo e, ancor prima, ad ingiuste detenzioni<sup>34</sup>.

Nel procedimento di ricognizione vengono in rilievo una serie di variabili che possono incidere sul processo mentale del ricognitore contaminando negativamente il suo ricordo<sup>35</sup>. Tra questi fattori di rischio assumono particolare rilevanza le condizioni ambientali quali gli ostacoli visivi, la luce, la distanza e la posizione in cui è avvenuta la percezione dell'azione criminosa<sup>36</sup>, nonché le capacità mnemoniche del testimone e la durata del tempo di osservazione<sup>37</sup>. Nei delitti commessi con l'uso di armi, poi, si verifica spesso quel fenomeno che la psicologia giudiziaria definisce *effetto arma*<sup>38</sup> in virtù del quale l'osservazione del ricognitore viene rivolta

<sup>33</sup> CECANESE, Gianfederico. La ricognizione nella dinamica e nella statica processuale. *Archivio penale*, Pisa, n. 1, p. 2, 2019.

<sup>34</sup> I dati statistici sono consultabili in [www.innocenceproject.org](http://www.innocenceproject.org); cfr. SARTORI, Giuseppe. *Riconoscimento di persona ed errore giudiziario*. Disponibile in: [www.testimonianzapenale.com](http://www.testimonianzapenale.com). Accesso in: 10 gennaio 2022.

<sup>35</sup> Nel codice del 1930 l'istituto è stato considerato un atto penale complesso finalizzato alla conferma di un dato conoscitivo: l'identità di una persona o di una cosa che rilevavano ai fini del processo. In quel codice l'istituto, invero, si sostanziava in una formale e dettagliata operazione cui partecipavano, in vari ruoli, più persone, volta a trasformare in certezza un elemento probatorio in parte già acquisito ma non ancora sicuro: v., CECANESE, Gianfederico, *La ricognizione nella dinamica e nella statica processuale*. *Archivio penale*, Pisa, n. 1, p. 2, 2019. Il codice vigente, al fine di garantire la massima genuinità dell'atto e, quindi, l'attendibilità del risultato probatorio, detta una minuziosa regolamentazione sia per le attività preliminari che per lo svolgimento della ricognizione vera e propria

<sup>36</sup> Cfr., TRIGGIANI, Nicola. *Ricognizioni mezzo di prova nel nuovo processo penale*. Milano, Giuffrè, 1998, p. 268.

<sup>37</sup> CAPITTA, Anna Maria. *Ricognizioni e individuazioni di persone nel diritto delle prove penali*, Milano, Giuffrè, p. 308, 2001. Per una disamina degli aspetti psicologici che vengono in rilievo nella ricognizione personale v., CAVINI, Sofia. *Le ricognizioni e i confronti*. In: UBERTIS, Giulio; VOENA, Giovanni Paolo (diretta da), *Trattato di procedura penale*. Milano, Giuffrè, vol. 17, 2015, p. 1 ss.

<sup>38</sup> PIGNATARO, Fabio. *L'errore imperscrutabile: ovvero la ricognizione di persona*. In: LUPÀRIA, Luca; MARAFIOTI Luca; PAOLOZZI, Giovanni (a cura di), *Errori giudiziari e Background processuale*. Torino, Giappichelli, 2017, p. 59.

esclusivamente al mezzo offensivo impiegato, con la conseguenza che il testimone, ansioso e timoroso, è portato a trascurare i tratti somatici dell'aggressore. Un altro fenomeno non marginale è l'effetto *razza di appartenenza* che rende più difficile la ricognizione qualora il soggetto da riconoscere appartenga ad un gruppo etnico diverso da quello del ricognitore con l'effetto di ostacolare il riconoscimento delle differenze individuali<sup>39</sup>. In altri casi, il contatto stretto con l'autorità suscita nel ricognitore sentimenti ambivalenti che possono portarlo ad indicare *a tutti i costi* uno dei soggetti sottoposti alla sua attenzione pur di allinearsi a ciò che pensa si attenda il giudice che gli sta di fronte (cosiddetto *effetto yes*)<sup>40</sup>.

Più complessa è l'ipotesi in cui il ricognitore ha già partecipato ad un atto di individuazione, ex art. 361 c.p.p., o ha successivamente avvistato, anche in fotografia, il soggetto da riconoscere. In questi casi, l'esito dell'operazione probatoria è, sotto il profilo psicologico, irrimediabilmente compromesso: il precedente ricordo, sedimentatosi nella memoria, infatti, si integrerà con quello posteriore fino al punto da sovrapporsi all'immagine successiva, sulla quale ormai fa leva il riconoscimento<sup>41</sup> con conseguente riduzione del suo grado di attendibilità<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> Gli aspetti legati all'etnia influiscono sulla capacità di riconoscimento: per ognuno di noi è più semplice individuare, e di conseguenza ricordare, i particolari somatici appartenenti al proprio gruppo etnico rispetto ad altri. Cfr., PRIORI, Silvia, *La ricognizione di persone: dal modello teorico alla prassi applicativa. Diritto penale e processo*, Milano, fasc. 3, p. 374, 2006.

<sup>40</sup> PRIORI, Silvia. *La ricognizione di persone: dal modello teorico alla prassi applicativa, Diritto penale e processo*. Milano, fasc. 3, p. 366, 2006.

<sup>41</sup> In questi termini, PIGNATARO, Fabio. *L'errore imperscrutabile: ovvero la ricognizione di persona*. In: LUPÁRIA, Luca; MARAFIOTI Luca; PAOLOZZI, Giovanni (a cura di), *Errori giudiziari e Background processuale*. Torino, Giappichelli, 2017, p. 57; Sul rapporto tra ricognizione e individuazione v., CECANESE, Gianfederico. *Aspetti problematici e snodi interpretativi dell'individuazione di persone e di cose. Archivio penale*, Pisa, fasc. 1, p. 20 ss., 2018

<sup>42</sup> Ciò nonostante, la giurisprudenza ha più volte affermato che la identificazione fotografica, costituendo prova atipica in quanto non disciplinata dalla legge né collocabile nell'ambito della ricognizione personale prevista dall'art. 213 c.p.p., legittimamente può essere assunta ai sensi dell'art. 189 c.p.p.. In tal caso, infatti, non viene scalfito il grado di attendibilità in quanto «la certezza della prova dipende non dal riconoscimento in sé, ma dalla ritenuta attendibilità della deposizione di chi, avendo esaminato la fotografia dell'imputato, si dia certo della sua identificazione»; cfr., Cass. Pen., sez. fer., 8 agosto 2019,

Uno dei casi più eclatanti, che ha anche portato alla condanna dell'Italia da parte della Corte EDU<sup>43</sup> per violazione dell'art. 6 Cedu, riguarda la vicenda di un soggetto accusato di aver ucciso un cittadino italiano e ferito un cittadino albanese. Il presunto responsabile è stato arrestato a seguito dell'assunzione di informazioni rese dal superstite dell'agguato, che lo ha indicato come colui che aveva sparato dopo averlo individuato, ex art. 361 c.p.p., in alcune foto segnaletiche. A seguito dell'arresto, l'indagato ha chiesto la fissazione di un incidente probatorio al fine di procedere all'audizione del testimone, che aveva manifestato più volte la volontà di tornare in Albania, ed alla ricognizione personale. Tale richiesta è stata rigettata dal giudice per le indagini preliminari e, nel frattempo, il testimone, recatosi in Albania per un periodo di vacanze, si è reso irreperibile. Rinvio a giudizio dinanzi alla Corte d'Assise di Santa Maria Capua Vetere per omicidio, tentato omicidio e porto abusivo di armi, con l'aggravante di aver agito per favorire un'organizzazione criminale di tipo mafioso, l'imputato è stato assolto per non aver commesso il fatto con sentenza dell'8 marzo 2004<sup>44</sup>. In applicazione degli artt. 111 Costituzione e 526 c.p.p., la Corte d'Assise ha ritenuto inutilizzabili le dichiarazioni del ricognitore acquisite durante le indagini preliminari in quanto il cittadino albanese si era volontariamente sottratto all'esame dei difensori dell'imputato. Con sentenza del 3 novembre 2005, invece, la Corte d'Assise d'Appello di Napoli ha ritenuto non provata la volontà del teste di sottrarsi all'esame, in aggiunta alla contraddittorietà delle dichiarazioni rese dai testimoni a discarico e alla non coerenza e persuasività dell'alibi fornito, e ha condannato il ricorrente alla pena dell'ergastolo<sup>45</sup>. Avverso tale sentenza è stato proposto ricorso in Cassazione, respinto dalla Suprema Corte che ha valutato logicamente e correttamente motivata la decisione impugnata<sup>46</sup>.

---

n. 43285; Cass. Pen., sez. IV, 4 febbraio 2004, n. 16902; Cass. Pen., sez. II, 28 febbraio 1997, 3382, *Deiure*; Cass. Pen., sez. IV, 1 febbraio 1996, 3494, *Deiure*.

<sup>43</sup> V., Corte e.d.u., sez. II, 18 maggio 2010, *Ogaristi c. Italia*, disponibile in: <https://www.giustizia.it>

<sup>44</sup> Corte d'assise di Santa Maria Capua Vetere, 8 marzo 2004, (provvedimento inedito).

<sup>45</sup> Corte d'assise d'appello di Napoli, 3 novembre 2005, (provvedimento inedito).

<sup>46</sup> Cass. Pen., sez. I, 20 giugno 2006, n. 23571. *Deiure*.

Come si può notare, il giudice di seconde cure, data l'impossibilità di espletare la ricognizione in sede dibattimentale (art. 213 ss. c.p.p.) per irreperibilità del testimone, ha pronunciato sentenza di condanna basandola esclusivamente e in maniera determinante su una prova dichiarativa rispetto alla quale non era stato assicurato il diritto dell'imputato al confronto. A seguito di un alternarsi di istanze di revisione e dopo ben otto anni di carcere la Corte d'Appello di Firenze<sup>47</sup> ha revocato la sentenza di condanna e ha assolto l'imputato per non aver commesso il fatto perché la vittima - ricognitore durante il processo di revisione ha dichiarato di non riconoscere l'imputato<sup>48</sup>.

In questo contesto la predisposizione di meccanismi di prevenzione dell'errore rappresenta una esigenza tanto importante quanto difficile da soddisfare poiché risulta complicato intervenire su fattori psicologici e

---

<sup>47</sup> La Corte di appello di Roma, con ordinanza 29 maggio 2008 (provvedimento inedito), ha dichiarato inammissibile la richiesta di revisione. La Suprema Corte, con sentenza 4 febbraio 2009, dep. 27 febbraio 2009 (provvedimento inedito), ha annullato la bocciatura dell'istanza rinviando gli atti alla Corte d'appello di Perugia. Quest'ultima, con ordinanza 26 maggio 2009 (provvedimento inedito), ha dichiarato nuovamente l'inammissibilità dell'istanza. A seguito di un nuovo ricorso, la Cassazione ha trasferito gli atti alla Corte d'appello di Firenze che, finalmente, ha valutato il merito della richiesta, cfr. Cass. Pen., sez. V, 25 marzo 2010, n. 16588, *Deiure*.

<sup>48</sup> Più di recente, un giovane di origini egiziane, accusato di violenza sessuale, è stato condannato in primo grado ad otto anni di reclusione nonostante la vittima si fosse più volte contraddetta nel descrivere l'aspetto fisico del suo presunto aggressore. Successivamente, in sede d'appello l'imputato è stato assolto per non aver commesso il fatto in quanto è risultata evidente la presenza di un errore giudiziario nato esclusivamente da una ricognizione errata effettuata dalla persona offesa che era incorsa in un palese scambio di persona, Per un esame del caso, v., LATTANZI, Benedetto; MAIMONE, Valentino. *Il cameriere innocente, vittima di uno scambio di persona*. Disponibile in: <https://errorigiudiziari.com>, 13 maggio 2020. Analoga questione si è posta in altre due vicende per le quali è in corso il processo di revisione: Caso *Felice* (Corte d'appello di Bologna, sez. I, 19 gennaio 2016, sentenza n. 10006) e caso *Tavano* (Corte d'appello di Roma, sez. III, 6 ottobre 2014, sentenza n. 6739) entrambi i soggetti condannati in via definitiva per violenza sessuale sulla base di un riconoscimento fotografico effettuato dalla persona offesa nella fase investigativa. Sul punto la Corte di cassazione, richiamando quanto affermato dai giudici di Strasburgo, ha più volte ribadito che «*il giudizio di responsabilità non può fondarsi in misura unica e determinante sulle dichiarazioni della persona offesa e sul riconoscimento fotografico operato in fase di indagini*», da ultimo v., Cass. Pen., sez. IV, 12 luglio 2021, n. 26336.

sulle capacità di percezione di una persona<sup>49</sup>. Tali difficoltà potrebbero essere superate attraverso l'introduzione di meccanismi che siano in grado di garantire la neutralità psichica del ricognitore liberando la sua mente da pregiudizi e false aspettative. Per realizzare tale obiettivo è auspicabile un intervento del legislatore che preveda, nella fase preliminare della procedura, specifici obblighi a carico di colui che è chiamato a condurre l'esperimento. Per esempio, quest'ultimo dovrebbe istruire il testimone informandolo che il colpevole potrebbe non essere tra le persone presentate; rassicurarlo che anch'egli è ignaro dell'identità del soggetto da riconoscere, ciò per evitare un eventuale passaggio involontario di informazioni; nella scelta dei distrattori dovrebbero essere preferiti coloro che più si avvicinano alla descrizione fisica fornita dal ricognitore e, infine, l'attività svolta dovrebbe essere videoregistrata in modo da scoraggiare l'utilizzo di tecniche di ricognizione scorrette. Sotto quest'ultimo profilo risultano condivisibili i principi e i criteri direttivi contenuti nella legge delega 134 del 2021 – cosiddetta  *riforma Cartabia*  - che attribuiscono al legislatore delegato il compito di «*prevedere la registrazione audiovisiva come ulteriore strumento di documentazione dell'interrogatorio e della prova dichiarativa nonché di individuare i casi in cui debba essere prevista almeno l'audioregistrazione dell'assunzione di informazioni dalle persone informate sui fatti*»<sup>50</sup>. Si potrebbe immaginare l'introduzione di una causa di invalidità affinché siano colpiti da nullità o inutilizzabilità tutti gli atti compiuti in violazione degli obblighi suddetti. Oppure, a garanzia del contraddittorio e della attendibilità del risultato probatorio, sarebbe auspicabile un ampliamento delle ipotesi di incidente probatorio, anche nella sua forma atipica in modo da sganciare l'atto ricognitivo dal requisito delle particolari ragioni di urgenza (art. 392, comma 1, lett. g)) e rendere più snella la procedura. Così facendo,

<sup>49</sup> Al fine di porre rimedio a tali difficoltà gli studiosi di diversi Paesi hanno elaborato delle linee guida da seguire durante l'espletamento del mezzo di prova in esame, sul tema, v., SARTORI, Giuseppe. *Linee guida sul riconoscimento di persona*. Disponibile in: <https://www.testimonianzapanale.com/lista-argomenti/linee-guida-sul-riconoscimento-di-persona>. Accesso in: 2 febbraio 2022; PRIORI, Silvia. La ricognizione di persone: dal modello teorico alla prassi applicativa. *Diritto penale e processo*, Milano, fasc. 3, p. 366-367, 2006

<sup>50</sup> Art. 1 comma 8, lett. a) e b) legge 27 settembre 2021, n. 134 (*Delega al governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*)

si assicura un controllo giurisdizionale preliminare qualora l'esito del riconoscimento assuma rilevanza determinante in sede dibattimentale.

#### **4. LA MENZOGNA DEL TESTIMONE E LA DECLARATIO CONTRA SE: IL CASO GULOTTA**

Diversamente dalla memoria di riconoscimento, la memoria evocativa è caratterizzata da maggiore instabilità che provoca un aumento della probabilità che il testimone renda una dichiarazione volta a fornire una ricostruzione fattuale divergente dalla realtà<sup>51</sup>. Anche in tale ambito, diversi sono i fattori che incidono sulla veridicità della deposizione testimoniale. Già a livello di percezione del fatto possono riscontrarsi i primi errori mentali, legati sia alla limitata capacità del cervello umano di raccogliere contemporaneamente una rilevante quantità di stimoli dall'ambiente esterno, sia alle pregresse conoscenze o pregiudizi che inevitabilmente influiscono sulla nostra conoscenza<sup>52</sup>. Negli ultimi tempi, inoltre, «si assiste ad un notevole affievolimento di sensibilità nei confronti del dovere morale di rendere una corretta testimonianza, stante il prevalere di sentimenti egoistici che vedono in detta funzione solo un inutile fastidio»<sup>53</sup>. Infatti, capita spesso che nei testimoni prevalga il desiderio di sfuggire dall'intera vicenda processuale limitandosi a rispondere alle domande formulate dalle parti con espressioni del tipo *non ricordo o non ho visto*<sup>54</sup>.

---

<sup>51</sup> La memoria evocativa viene richiamata quando un testimone è invitato a descrivere verbalmente il fatto/reato a cui ha assistito o l'aspetto fisico del perpe-  
tratore; la memoria di riconoscimento è quella in cui, grazie ad un preciso  
dettaglio, si può ricordare l'intera scena accaduta. Per approfondimenti, v.,  
BROWN, Jhon, *Recall and recognition*, Ney York, John Wiley & Sons Inc., 1976.

<sup>52</sup> GAROFALO, Giulio, La caduta del mito della «prova regina»: confessione e  
testimonianza. In: LUPÁRIA Luca; MARAFIOTI, Luca; PAOLOZZI, Giovanni  
(a cura di). *Errori giudiziari e Background processuale*. Torino, Giappichelli,  
2017, p. 42-43.

<sup>53</sup> RIVELLO, Pierpaolo. L'errore giudiziario nel dibattimento. In: LUPÁRIA  
Luca (a cura di). *L'errore giudiziario*. Milano, Giuffrè, 2021, p. 468.

<sup>54</sup> BUZZELLI, Silvia. Contraddittorio e contestazioni nell'esame testimoniale:  
una sbrigativa ordinaria della Corte costituzionale. *Giurisprudenza costituzio-  
nale*, Milano, p. 337, 2002.

Più complesso è il fenomeno della falsa confessione<sup>55</sup> che costituisce una delle cause di errore giudiziario più difficili da identificare, stante l'estrema difficoltà di saper distinguere fra dichiarazioni false e dichiarazioni veritiere. Un soggetto può essere spinto a dichiararsi colpevole di un reato che non ha mai commesso per diverse ragioni. Queste possono trovare la loro origine da fattori estranei al processo, per esempio la persona che si autoaccusa è affetta da patologie mentali, è incapace di distinguere la realtà dalla fantasia, cerca di costruirsi un alibi per un reato più grave oppure intende proteggere una persona cara<sup>56</sup>. Questa ultima ipotesi si è verificata nel processo per l'omicidio di Sarah Scazzi in cui lo zio Michele Misseri, dopo la scoperta del corpo, ha confessato di averla uccisa e di aver occultato il cadavere. Il continuo scambio di autoaccuse e smentite<sup>57</sup> nel corso del processo ha condotto la Corte d'assise di Taranto<sup>58</sup> a ritenere inattendibili le dichiarazioni etero-accusatorie rese dall'imputato perché contrastate da altre risultanze probatorie ed è stato provato che il Misseri ha falsamente confessato di essere l'autore del crimine al solo scopo di depistare le indagini e sottrarre la moglie e la figlia alla responsabilità dell'omicidio, queste ultime poi condannate in via definitiva alla pena dell'ergastolo in quanto ritenute le uniche esecutrici materiali del delitto<sup>59</sup>. A tal proposito, è bene precisare che nel

<sup>55</sup> Sul ruolo della confessione nel sistema processuale penale, v., BENE, Teresa. La verità giudiziaria e i suoi rapporti con il potere. In: LUPÀRIA, Luca; MARAFIOTI, Luca (a cura di). *Confessione, liturgie della verità e macchine sanzionatorie*. Torino, Giappichelli, 2015, p. 41-50; MARAFIOTI, Luca. Spinta alla confessione e macchine sanzionatorie: attenzione dei giuristi ed eredità di Foucault. In: LUPÀRIA, Luca; MARAFIOTI, Luca (a cura di). *Confessione, liturgie della verità e macchine sanzionatorie*. Torino, Giappichelli, 2015, p. 129-142.

<sup>56</sup> Sui fattori che spingono un soggetto ad autoaccusarsi falsamente di un reato, v., LUPÀRIA, Luca. La confessione dell'imputato nel sistema processuale penale, Milano, Giuffrè, 2006, p. 81-109.

<sup>57</sup> Per un esame approfondito tra confessione e ritrattazione, v., GAROFALO, Giulio. Da Lavonio ad Avetrana: «appetito di confessione» e intolleranza alla ritrattazione. In: LUPÀRIA, Luca; MARAFIOTI, Luca (a cura di). *Confessione, liturgie della verità e macchine sanzionatorie*. Torino, Giappichelli, 2015, p. 115-128.

<sup>58</sup> Corte d'assise di Taranto, sez. I, 20 aprile 2013, n. 1.

<sup>59</sup> L'errore giudiziario, in questo caso, è stato scongiurato dal successivo proscioglimento del confitente dall'accusa di omicidio residuando soltanto



processo penale non vige un sistema di prove legali e, quindi, la confessione potrebbe essere posta a fondamento del giudizio di colpevolezza soltanto nelle ipotesi in cui il giudice, in concreto, ne apprezza favorevolmente la veridicità, la genuinità e l'attendibilità, fornendo le ragioni per cui sia da respingersi ogni sospetto di intento autocalunnatorio o di intervenuta costrizione del soggetto<sup>60</sup>. All'esito del giudizio di valutazione, seppur dovesse essere provata la veridicità della dichiarazione *contra se*, non appare configurabile alcun tipo di vincolatività da parte del giudice in quanto la confessione, al pari degli altri mezzi probatori, soggiace al principio del libero convincimento. A livello processuale, invece, le cause che spingono un soggetto ad autoaccusarsi derivano nella maggior parte dei casi dai metodi coercitivi adottati dalle forze dell'ordine durante un interrogatorio. A riprova di ciò uno dei casi più gravi di condanna ingiusta, fondata non solo su una falsa confessione, ma anche su una falsa chiamata in correità, riguarda la vicenda che ha visto coinvolto Giuseppe Gulotta, condannato all'ergastolo per concorso in duplice omicidio aggravato. Una breve ricostruzione dei fatti contribuirà a valutare la pericolosità che si cela dietro una falsa confessione.

Nella notte tra il 27 e il 28 gennaio 1976, un commando fece irruzione nella stazione dei Carabinieri di Alcamo Marina uccidendo due militari. Nella stessa notte, a un posto di blocco, fu fermato uno dei reali autori del reato che, dopo un lungo interrogatorio effettuato dalla polizia giudiziaria, ammise il suo ruolo nel duplice omicidio chiamando in correità alcuni suoi amici, tra i quali Giuseppe Gulotta<sup>61</sup>. Questi ultimi

---

l'imputazione – e poi la condanna – per soppressione di cadavere.

<sup>60</sup> La confessione andrebbe qualificata come un'affermazione probatoria, ossia un fatto che, come tutti i fatti dichiarati da una delle parti del processo, deve essere suscettibile di una prova per essere ritenuto e affermato come vero, sul punto, v., LUPÀRIA, Luca. *La confessione dell'imputato nel sistema processuale penale*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 198- 207.

<sup>61</sup> Per una dettagliata ricostruzione dei fatti, v., GAROFANO, Luciano; PENSIERI, Maria Gaia. *La falsa giustizia. La genesi degli errori giudiziari e come prevenirli*. Modena, Infinito edizioni, p. 201-206, 2019; MAIMONE, Valentino; PALMA, Alessandra; CAPUTO, Serena; FARINONI, Paola. *Il caso di Giuseppe Gulotta*. In: LUPÀRIA, Luca (a cura di). *L'errore giudiziario*. Milano, Giuffrè, 2021, p. 907-920; GULOTTA, Giuseppe; BIONDO, Nicola. *Alkamar. La mia vita in carcere da innocente*. Milano, Chiarelettere, 2015.

furono fermati e sottoposti anch'essi ad interrogatorio da parte degli operatori di polizia giudiziaria confessando di aver preso parte all'eccidio. Successivamente, dinanzi al magistrato tutti gli indagati hanno ritrattato le precedenti dichiarazioni, spiegando di aver subito maltrattamenti da parte degli investigatori. All'esito delle indagini, il giudice istruttore ha emesso ordinanza di rinvio a giudizio che ha portato, in primo grado, all'assoluzione degli imputati per insufficienza di prove e per l'irregolarità del comportamento degli investigatori che non misero subito gli indagati a disposizione dell'autorità giudiziaria causando una limitazione della loro libertà di determinazione<sup>62</sup>. Il giudice di prime cure, inoltre, ha riconosciuto la centralità dei maltrattamenti subiti dagli indagati e, sebbene in un separato procedimento gli agenti siano stati prosciolti dalle accuse rivoltegli, ha ritenuto che la situazione anomala in cui si sono formate le prove abbia inciso sull'accertamento della responsabilità degli imputati. A seguito del ricorso presentato dall'accusa, la Corte d'assise d'appello di Palermo ha ribaltato completamente la decisione del giudice di primo grado e ha affermato la penale responsabilità degli imputati sull'assunto che il racconto delle violenze subite avesse rappresentato per gli stessi uno stratagemma finalizzato a precostituirsì una difesa. Dopo due anni, la Corte di cassazione ha annullato con rinvio la sentenza di condanna ponendo in dubbio la genuinità della chiamata in correità<sup>63</sup> ma, nonostante questi rilievi, il giudice del rinvio ha confermato la condanna all'ergastolo di Giuseppe Gulotta.

La vicenda giudiziaria in esame ha avuto una svolta soltanto nel 2008 grazie alle dichiarazioni rese da uno degli agenti che trent'anni prima aveva partecipato alle indagini, il quale ha raccontato quanto realmente accaduto al Procuratore della Repubblica di Trapani. Di fronte a questo nuovo elemento i difensori hanno presentato istanza di revisione, che ha portato alla revoca della sentenza di condanna per Gulotta in quanto la sua dichiarazione autoaccusatoria è stata ritenuta poco credibile e non

---

<sup>62</sup> Corte d'assise di Trapani, 10 febbraio 1981, sentenza n. 1, in: <https://www.progettoinnocenti.it/new/senza-categoria/il-caso-gulotta-accolta-la-revisione-dellergastolo-dopo-22-anni-di-carcere> (consultato il 3 febbraio 2022).

<sup>63</sup> Spesso la chiamata di correo è accostata alla confessione al punto di immaginare i due istituti come «due diverse manifestazioni di un'unica fattispecie», così, LUPÀRIA, Luca. La confessione dell'imputato nel sistema processuale penale, Milano, Giuffrè, 2006, p. 114.

coincidente con la dinamica dei fatti<sup>64</sup>. È stato provato, infatti, che gli imputati hanno subito delle vere e proprie torture ad opera degli agenti e che, dunque, i giudici di merito si sono trovati a decidere sulla base di dichiarazioni ottenute illegittimamente ed estorte con la violenza<sup>65</sup>.

In quest'ottica, nonostante la tecnologia offra diversi strumenti in grado di identificare la potenziale bugia<sup>66</sup>, risulta impossibile, anche per gli operatori giudiziari più esperti, sfuggire all'inganno ed avere certezza sulla genuinità o meno di una dichiarazione. Ed allora, una delle possibili soluzioni finalizzate ad impedire che le false confessioni portino ad una condanna ingiusta è quella di introdurre, in via generale, un obbligo di videoregistrazione degli interrogatori<sup>67</sup> così come previsto dall'art. 141 bis c.p.p. per coloro che si trovino a qualsiasi titolo in stato detentivo, e sempreché l'interrogatorio non si svolga in udienza. L'iniziativa in tal senso è già stata assunta con la legge delega di riforma del processo penale (riforma *Cartabia*)<sup>68</sup>. A beneficio degli innocenti, si verrebbe a creare un

---

<sup>64</sup> Corte d'assise di Reggio Calabria, 13 febbraio 2012, sentenza n. 10137, in: <https://www.progettoinnocenti.it/new/senza-categoria/il-caso-gulotta-accolta-la-revisione-dellergastolo-dopo-22-anni-di-carcere>, p. 16. (consultato il 3 febbraio 2022)

<sup>65</sup> Corte d'assise di Reggio Calabria, 13 febbraio 2012, sentenza n. 10137, <https://www.progettoinnocenti.it/new/senza-categoria/il-caso-gulotta-accolta-la-revisione-dellergastolo-dopo-22-anni-di-carcere>, p. 63-73. (consultato il 3 febbraio 2022)

<sup>66</sup> Ci si riferisce al poligrafo (utilizzato in alcuni Stati Americani, ma anche in Canada, Israele, Australia e India), alla termografia, al *Voice-Stress Analyser*, alla Risonanza Magnetica Funzionale e al *VeriPol* utilizzato, nell'ambito della giustizia predittiva, dalla polizia Spagnola per individuare false testimonianze nelle frodi assicurative, v., LASAGNI, Giulia. La falsa confessione come causa di errori giudiziari. In: LUPÁRIA, Luca (a cura di). *L'errore giudiziario*. Milano, Giuffrè, 2021, p. 193-221; DE CATALDO NEUBURGER, Luisella; GULOTTA, Guglielmo. *Trattato della menzogna e dell'inganno*. Torino, Giuffrè, 2008; EKMAN, Paul. *I volti della menzogna, gli indizi dell'inganno nei rapporti interpersonali*. Firenze, Giunti editore, 2014.

<sup>67</sup> Tale obbligo è già previsto in diversi ordinamenti giuridici (Alaska, California, Colorado, Connecticut, Delaware, Illinois, Indiana, Kansas, Maine, Maryland, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Missouri, Montana, Nebraska, Nevada, New Jersey, New Mexico, New York, North Carolina, Ohio, Oklahoma, Oregon, Texas, Utah, Vermont, Virginia, Washington e Wisconsin).

<sup>68</sup> In tal senso l'art. 1 comma 8, lett. a) della legge 27 settembre 2021, n. 134 (*Delega al governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di*

deterrente contro tecniche improprie o coercitive; a favore delle forze dell'ordine, invece, non solo si ridurrebbero le controversie su come l'agente si sia comportato o abbia trattato un indagato ma, sul presupposto di una futura utilizzabilità del filmato in sede dibattimentale, qualora si ravvisi la necessità di valutare l'attendibilità del dichiarante, si permetterebbe a coloro che conducono l'esame di concentrarsi maggiormente sull'intervista che risulterà più dettagliata e ciò consentirebbe anche al pubblico ministero di formulare una imputazione corretta.

Per quanto riguarda la falsa testimonianza risulta interessante dare atto di un recente studio relativo all'ingresso nel sistema giudiziario italiano di una nuova tecnica di *eye-tracking*: la cosiddetta *pupillometria*. Si tratta di un meccanismo in grado di rilevare i segnali della menzogna in base al numero di movimenti oculari e alla dilatazione pupillare di una persona<sup>69</sup>. Pur essendo apprezzabili gli sforzi effettuati in tale ambito, diversamente da quanto sostiene parte della dottrina<sup>70</sup>, ammettere l'operatività di un simile strumento nel processo penale porrebbe dei dubbi di compatibilità con la disposizione di cui all'art. 188 c.p.p. Invero, la sorveglianza ininterrotta del testimone, chiamato a rendere dichiarazioni in presenza di un dispositivo posizionatogli di fronte per il conteggio dei movimenti pupillari, con molta probabilità determinerebbe un condizionamento della sua psiche, soprattutto se si tratta di soggetto particolarmente ansioso, con il rischio

---

*giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*) stabilisce che «nell'esercizio della delega i decreti legislativi recanti modifiche al codice di procedura penale devono prevedere la registrazione audiovisiva come forma ulteriore di documentazione dell'interrogatorio che non si svolga in udienza e della prova dichiarativa, salva la contingente indisponibilità degli strumenti necessari o degli ausili tecnici».

<sup>69</sup> Gli studiosi hanno evidenziato che in coloro che mentono consapevolmente viene registrato il minor numero di movimenti oculari perché concentrati nel generare o richiamare alla memoria risposte falsate oppure intente nel mantenere il contatto visivo con chi hanno di fronte o ancora focalizzati nel minimizzare le distrazioni provenienti dall'ambiente, v., WALCZYK, Jeffrey; GRIFFITH, Diana; YATES, Rachel; VISCONTE, Shelley; SIMONEAUX, Byron; HARRIS, Laura. Lie detection by inducing cognitive load: Eye movements and other cues to the false answers of «witnesses to crimes». *Criminal Justice and Behavior*. Texas, vol. 39, fasc. 7, p. 887-909, 2012.

<sup>70</sup> GULOTTA, Guglielmo; MARIENI, Sara. La pupillometria: una tecnica recente per indagare sincerità e menzogna. *Il penalista*, Milano, p. 3, 23 febbraio 2021.

di comprimere la sua libertà di autodeterminazione e di ottenere, così, un risultato inattendibile.

## 5. IL PROCESSO MEDIATICO E I FATTORI ISTITUZIONALI COME CAUSA DELL'ERRORE GIUDIZIARIO

Le interazioni tra mezzi di informazione e processo penale condizionano inevitabilmente gli organi giurisdizionali, incidendo negativamente sull'esercizio del diritto di difesa fino a coinvolgere numerosi equilibri tra i diversi valori in gioco<sup>71</sup>. Nuocendo all'imputato e alla giustizia, l'uso mediatico del processo si pone, a pieno titolo, tra le cause dell'errore giudiziario<sup>72</sup> dando vita a pericolose forme di giustizia emozionale<sup>73</sup>. Infatti, la rappresentazione mediatica di vicende giudiziarie, insinuando verità alternative e dubbi interpretativi, svelando scenari nascosti può portare il giudicante ad assumere una decisione non scevra da pregiudizi ovvero può, nel confronto di opinioni tecnico-scientifiche, condizionare il convincimento dei giudici popolari di un reato di competenza della Corte d'assise<sup>74</sup>.

---

<sup>71</sup> Tra i valori che spesso vengono invocati allorché si tratta dei rapporti tra informazione e processo, oltre al principio di imparzialità del giudice, vi è la presunzione di non colpevolezza la quale, pur concepita come garanzia eminentemente endoprocessuale che contraddistingue il giusto processo, ha nondimeno assunto una valenza anche in relazione alla materia *de qua* in quanto è indubbio che nell'opinione collettiva la pubblicazione di notizie sulla stampa in ordine all'indagato/imputato determina inesorabilmente l'anticipazione di un giudizio di colpevolezza, v., TRIGGIANI, Nicola. *Giustizia penale e informazione. La pubblicazione di notizie, atti e immagini*, Padova, CEDAM, 2012, p. 13.

<sup>72</sup> Tra coloro che ritengono che l'influenza del processo mediatico possa generare errori giudiziari, v., TROISI, Paolo. *L'errore giudiziario tra garanzie costituzionali e sistema processuale*, Padova, CEDAM, 2011, p. 8-9.

<sup>73</sup> Così, GARAPON, Antoine. *La justice émotionnelle*. In: *Atti dell'incontro di studi Magistrati e mass-media* Organizzato dal CSM, Roma, 9 dicembre 2004.

<sup>74</sup> Cfr., SPANGHER, Giorgio. «Processo mediatico» e giudici popolari nei giudizi delle corti d'assise, *La corte d'assise*. Napoli, p. 119-120, 2012; DIDI, Alessandro. Processi mediatici e misure di protezione dell'imparzialità del giudice. In: ZAFFARONI, Eugenio Raul; CATERINI, Mario (a cura di). *La sovranità mediatica. Una riflessione tra etica, diritto ed economia*. Padova, CEDAM, 2014, p. 268.

Quando si celebra un processo che, secondo i mass media, ha già un colpevole - diversamente da quanto sostenuto dalla Cassazione in più occasioni<sup>75</sup>- vi è un sicuro effetto condizionante sul libero convincimento del giudice<sup>76</sup>. In questo caso si arriva al paradosso che i processi svolti nel pieno rispetto delle regole processuali vengano percepiti dall'opinione pubblica come esempi di errore giudiziario, dando vita ad istanze di revisione del tutto infondate. In altri casi, invece, qualora l'autorità giudiziaria assuma una decisione contrastante rispetto al convincimento che si è raggiunto nei salotti televisivi, parte una ulteriore campagna mediatica volta ad additare il giudice come nemico della verità e della volontà popolare<sup>77</sup>. Più rischiosa è l'ipotesi in cui gli inquirenti, influenzati dal convincimento comune, si *innamorano di una tesi* indirizzando le indagini verso un unico soggetto, cioè colui che è già stato giudicato come colpevole dall'opinione pubblica, perdendo di vista, consapevolmente o inconsciamente, le altre possibili piste investigative (*tunnel vision*)<sup>78</sup>.

Tra gli esempi più significativi di influenza mediatica all'interno del processo penale certamente rientra la vicenda giudiziaria che ha

<sup>75</sup> Cass., sez. III, 12 maggio 2015, n. 23962, secondo la quale «le campagne stampa, quantunque accese, astiose o martellanti o le pressioni dell'opinione pubblica non sono di per sé idonee a condizionare la libertà di determinazione del giudice, abituato ad essere oggetto di attenzione critica senza che per ciò solo ne resti menomata la sua imparzialità», giacché «proprio il debordare non commendevole della cosiddetta giustizia spettacolo, il vedere pagine di giornale o intere puntate di talk show occupate da vicende giudiziarie ancora in corso in cui si sviscerano tesi su tesi, talvolta fantasiose, spesso l'una contraria all'altra [...] ha finito per diventare un fenomeno talmente normale che nessuno ci fa più caso».

<sup>76</sup> Sul punto, v., AMODIO, Ennio. *Estetica della giustizia penale. Prassi, media, fiction*, Milano, Giuffrè, 2016, p. 139, secondo cui «non si riesce a comprendere perché la giustizia mediatica, che ha la forza di denigrare l'imputato o il giudice, non sia in grado di turbare il processo sotto il profilo della formazione del convincimento giudiziale»; in senso conforme, Cass., sez. II, 19 dicembre 2014, n. 2565; Cass., sez. VI, 21 ottobre 2013, n. 11499; Cass., sez. VI, 6 maggio 2013, n. 22113; Cass., sez. VI, 28 marzo 2013, n. 15741.

<sup>77</sup> Cfr., AMBROSETTI, Mario Enrico. *Le cause dell'errore giudiziario: condizionamenti di potere e pressioni mediatiche*. *Discrimen*, Pisa, p. 4, 19 febbraio 2019.

<sup>78</sup> Sul punto, v., GAROFANO, Luciano, PENSIERI, Maria Gaia, *La falsa giustizia. La genesi degli errori giudiziari e come prevenirli*, Modena, Infinito edizioni, p. 62-63, 2019.

visto coinvolto Alberto Stasi per l'omicidio commesso ai danni della sua fidanzata Chiara Poggi. In primo grado, il Gup del Tribunale di Vigevano ha escluso che fosse emersa la prova diretta a dimostrare la responsabilità dell'imputato oltre ogni ragionevole dubbio. La Corte d'assise d'appello di Milano ha confermato la sentenza assolutoria di primo grado rilevando che *«la prospettazione accusatoria non era affatto logica, coerente e l'unica possibile nell'ambito del complessivo quadro processuale emerso»*<sup>79</sup>. Nonostante una doppia conforme, la Corte di cassazione, a seguito del ricorso presentato dal Procuratore generale, muovendo dal preliminare rilievo che la prova di natura indiziaria o critica non costituisce uno strumento meno qualificato rispetto alla prova diretta o storica<sup>80</sup>, ha annullato la sentenza d'appello affermando che, a proprio giudizio, *«è difficile pervenire a un risultato, di assoluzione o di condanna, contrassegnato da coerenza, credibilità e ragionevolezza»* e quindi *«risulta impossibile condannare o assolvere Alberto Stasi»*<sup>81</sup>, preferendo però non confermare l'assoluzione disponendo ulteriori accertamenti scientifici. Nel giudizio di rinvio, il collegio giudicante ha ritenuto l'imputato colpevole dei reati ascrittigli sulla base di una serie di argomentazioni di difficile condivisione<sup>82</sup> e in base ad un ragionamento logico-giuridico che, a parere di chi scrive, è stato fortemente influenzato da un altro processo: quello

---

<sup>79</sup> Corte d'assise d'appello di Milano, sez. II, 6 dicembre 2011, Peres. Conforti, Est. Tucci, in: <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/d/1366-la-sentenza-d-appello-relativa-all-omicidio-di-garlasco>.

<sup>80</sup> Cass., sez. I, 18 aprile 2013, n. 44324, p. 73-80. Disponibile in: <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/d/2618-la-cassazione-sul-delitto-di-garlasco>.

<sup>81</sup> Cass., sez. I, 18 aprile 2013, n. 44324, p. 94. Disponibile in: <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/d/2618-la-cassazione-sul-delitto-di-garlasco>.

<sup>82</sup> Corte d'assise d'appello di Milano, sez. I, 17 dicembre 2014, n. 55, in: [https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/upload/1426517051AssiseApp\\_MI\\_Stasi.pdf](https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/upload/1426517051AssiseApp_MI_Stasi.pdf); Il giudicante ha ritenuto l'imputato colpevole sulla base delle seguenti argomentazioni: la vittima sicuramente è stata uccisa da una persona conosciuta; l'alibi fornito dall'imputato non lo elimina dalla scena del crimine; l'assassino è un uomo che calza scarpe n. 42 e Stasi indossa scarpe dello stesso numero (è opportuno notare che sulle scarpe dell'imputato non sono mai state trovate tracce di sangue riconducibili alla vittima); la narrazione fornita dall'imputato circa la scoperta del corpo è incongrua e illogica e, dunque, verosimilmente la versione fornita dallo Stasi corrisponde a quella dell'aggressore non dello scopritore.

mediatico. A distanza di anni la Cassazione<sup>83</sup> ha rigettato il ricorso contro la sentenza di condanna assunta dai giudici meneghini ed attualmente Alberto Stasi sta scontando la sua pena a sedici anni di reclusione. Orbene, in questa vicenda qualche dubbio sorge in relazione al rispetto dei principi consacrati nell'art. 111 della Costituzione e delle garanzie processuali dell'imputato a causa del processo mediatico attivatosi durante le indagini. Infatti, proprio in questa fase i giornali e i programmi televisivi iniziarono ad occuparsi del caso concentrando tutte le attenzioni sul fidanzato della ragazza. Ovunque si parlava dell'indagato come un ragazzo dal carattere introverso, addirittura il colore dei suoi occhi – definiti «azzurri come il ghiaccio» - rappresentava per i media un elemento di prova instillando la convinzione nell'opinione pubblica che in realtà quel viso angelico nascondesse la verità su un delitto così atroce. Ed allora il popolo televisivo, come un atto di fede e non secondo le leggi dello Stato, ritenne che soltanto lui potesse essere il colpevole. In questo senso, non si può negare che i *mass media* spesso creano, nell'opinione pubblica, un'idea sfavorevole dell'imputato, generando, di fatto, un desiderio di condanna. E non si può negare che una certa influenza possa essere esercitata anche sui giudici facendo venir meno la serenità nel giudizio e l'imparzialità. Il processo, dunque, se anche ineccepibile dal punto di vista procedurale, potrebbe essere viziato dall'opinione comune di stampo colpevolista conducendo, così, nei casi più gravi, ad un errore giudiziario<sup>84</sup>

Orbene, nel caso in esame non è difficile ipotizzare che i mezzi di informazione abbiano potuto influenzare l'arduo lavoro del magistrato e degli investigatori contaminando la delicatissima fase delle indagini che, precedendo il processo vero e proprio, ne ha potuto condizionare in maniera determinante lo sviluppo e la conclusione.<sup>85</sup> Ed allora,

<sup>83</sup> Cass., sez. V, 21 giugno 2016, n. 25799, in: [https://archiviodpc.dirittopena-leuomo.org/upload/1466779264Cass\\_25799\\_16.pdf](https://archiviodpc.dirittopena-leuomo.org/upload/1466779264Cass_25799_16.pdf)

<sup>84</sup> In tal caso si fa riferimento ad un errore giudiziario inteso in senso atecnico e, cioè, ai casi in cui una violenta campagna di stampa circa un caso giudiziario può nuocere all'equità del processo, cfr., Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, decisione 14 giugno 2001, Craxi c. Italia (n° 3), n° 63226/2000. *Deiure*.

<sup>85</sup> Il 5 ottobre 2020 la Corte d'appello di Brescia ha rigettato la richiesta di revisione presentata dai legali di Stasi sostenendo che gli elementi fattuali che si volevano provare non sarebbero stati idonei, ove eventualmente accertati,



condivisibili sono le parole di una autorevole filosofa la quale sosteneva che «*giudicare impone di non vedere, perché solo chiudendo gli occhi si diventa spettatori imparziali*». Sembra dunque necessario, in tale ambito, introdurre una disciplina rigorosa che vieti la strumentalizzazione dei processi penali nei programmi televisivi oppure creare norme dirette a garantire lo svolgimento di determinati processi a porte chiuse soprattutto quando la complessità tecnico-scientifica della materia possa condizionare l'opinione pubblica e condurre ad errori di valutazione in grado di influenzare anche l'organo giudicante.

## **6. GLI STRUMENTI RIPARATIVI DELLE IMPUTAZIONI E DELLE CONDANNE INGIUSTE**

Prevenire gli errori giudiziari significa non soltanto predisporre dei meccanismi di protezione di un soggetto all'interno del processo penale, ma anche proteggere la società da un esercizio arbitrario del potere punitivo Statale. La Costituzione, infatti, prevede dei rimedi straordinari per correggere l'errore qualora, dopo il passaggio in giudicato di una sentenza, emergano nuovi elementi di prova per i quali si può ritenere che il soggetto non doveva essere condannato. Gli artt. 643 ss. c.p.p. disciplinano le condizioni e le modalità per la riparazione dell'ingiusta condanna<sup>86</sup> vale a dire, da un lato, l'esistenza di una sentenza di proscioglimento pronunciata a seguito di un processo di revisione<sup>87</sup>

---

a dimostrare che il condannato, attraverso l'esame di tutte le prove, doveva essere prosciolto.

<sup>86</sup> Al momento dell'entrata in vigore della Costituzione, la norma di riferimento era l'art. 571 c.p.p. del 1930, che attribuiva la facoltà di richiedere la riparazione pecuniaria al solo condannato successivamente assolto in sede di revisione a condizione che provasse di averne bisogno per sé o per la sua famiglia. La disciplina muoveva dal presupposto che l'errore fosse causato dall'azione umana e, quindi, lo Stato era chiamato a riparare il danno non a titolo di responsabilità ma di «soccorso». La persona ingiustamente condannata non poteva vantare un vero e proprio diritto soggettivo al risarcimento del danno subito, ma solo l'aspettativa di un sussidio da parte dell'erario, così SPANGHER, Giorgio. Riparazione pecuniaria. *Enciclopedia del diritto*, Milano, Vol. 40, p. 1014, 1989.

<sup>87</sup> La revisione, che condivide con la riparazione i fondamenti costituzionali e finalità, è un mezzo di impugnazione non più diretto, come accadeva nel

e, dall'altro, la non riferibilità dell'errore in via esclusiva alla condotta del condannato<sup>88</sup>.

Quanto alla natura giuridica della riparazione, la Corte di Cassazione<sup>89</sup>, risolvendo un lungo dibattito dottrinale e giurisprudenziale<sup>90</sup>, ha escluso che essa abbia carattere risarcitorio, diversamente da quanto accade in diversi paesi europei, e pur riconoscendo l'equivocità del concetto di indennizzo, ha assimilato l'istituto disciplinato dall'art. 643 c.p.p. a quelle ipotesi di indennità corrisposte in presenza di attività conformi all'ordinamento che, però, producono un danno meritevole di essere riparato. In altre parole, la responsabilità statale deriva non dall'illegittimità della sentenza pronunciata dagli organi che amministrano la giustizia, ma dal successivo accertamento della sua erroneità. L'accoglimento della richiesta di revisione<sup>91</sup> fa sorgere due ordini di conseguenze. La prima, che ha carattere ripristinatorio, comporta la restituzione delle somme pagate a titolo di pena pecuniaria, di misura di sicurezza patrimoniale, di spese processuali e di mantenimento in carcere e di risarcimento dei danni in favore della parte civile nonché la restituzione delle cose confiscate, salvo i

---

codice Rocco, a dimostrare l'innocenza del condannato ma a verificare la giustizia delle sentenze, quale risolto *post iudicatum* dell'art. 27, comma 2 della Costituzione, in questi termini, D'AIUTO, Marcello. La riparazione dell'errore giudiziario. In: LUPÁRIA, Luca (a cura di). *L'errore giudiziario*. Milano, Giuffrè, 2021, p. 730.

<sup>88</sup> Per ottenere la riparazione il prosciolto non deve aver contribuito all'errore con dolo o colpa grave, infatti, l'art. 643 c.p.p., comma 1, stabilisce che «chi è stato prosciolto in sede di revisione, se non ha dato causa per dolo o colpa grave all'errore giudiziario, ha diritto a una riparazione commisurata alla durata dell'eventuale espiazione della pena o internamento e alle conseguenze personali e familiari derivanti dalla condanna» prevedendo come condizione ostativa alla riparazione.

<sup>89</sup> Cass. Pen., sez. IV, 22 gennaio 2004, n. 2050, *Deiure*.

<sup>90</sup> Sul punto, v., D'AIUTO, Marcello. La riparazione dell'errore giudiziario. In: LUPÁRIA, Luca (a cura di). *L'errore giudiziario*. Milano, Giuffrè, 2021, p. 737-741; GENTILE, Alessandra. La riparazione dell'errore giudiziario. In: LUPÁRIA, Luca; MARAFIOTI, Luca; PAOLOZZI, Giovanni (a cura di). *Errori giudiziari e Background processuale*. Torino, Giappichelli, 2017, p. 156 – 160.

<sup>91</sup> La domanda di riparazione deve essere proposta, a pena di inammissibilità, entro due anni dal passaggio in giudicato della sentenza di revisione dinanzi alla stessa Corte d'appello che l'ha pronunciata (art. 645 c.p.p.). La Corte decide in camera di consiglio con ordinanza ricorribile in Cassazione.

casi di confisca obbligatoria, e la cancellazione della sentenza di condanna dal casellario giudiziale. La conseguenza più rilevante dell'accertamento dell'errore è, però, la riparazione pecuniaria che è indeterminata nel massimo e deve essere «commisurata alla durata dell'eventuale espiazione della pena o internamento e alle conseguenze personali o familiari derivanti dalla *ingiusta condanna*» (art. 643, comma 1, c.p.p.)<sup>92</sup>. Sono oggetto di riparazione tutti i pregiudizi patrimoniali e non<sup>93</sup>, anche imprevedibili, che siano effetto diretto e immediato della decisione ingiusta, con l'unico limite del divieto di arricchimento della vittima<sup>94</sup>. La somma in concreto dovuta è determinata con riferimento a parametri equitativi nonostante il termine *equa*, espressamente indicato nell'art 314 c.p.p. con riferimento alla riparazione per ingiusta detenzione, sia stato estromesso dall'art. 643 c.p.p.<sup>95</sup>. Proprio il carattere equitativo della riparazione esclude l'esistenza di un onere probatorio in capo all'istante il quale sarà tenuto ad un mero onere di allegazione, a prospettare, cioè, che la illegittima restrizione della libertà personale abbia generato conseguenze negative sul piano personale e familiare, conseguenze delle quali si vuole che il giudice tenga conto nella determinazione del *quantum* da liquidare. Quale che

---

<sup>92</sup> In alternativa, l'art. 643, comma 2, prevede che la riparazione può essere attuata attraverso la costituzione di una rendita vitalizia o inserimento in un istituto a spese dello Stato, nei casi in cui il danneggiato versi in condizioni di salute che ne compromettano l'autosufficienza e chiedo espressamente tale modalità di indennizzo.

<sup>93</sup> Quanto al danno patrimoniale, potrà rilevare la nascita di obbligazioni risarcitorie a carico, la cessazione dell'impresa, il fallimento o, ancora la mancata conclusione di contratti, l'indegnità a succedere, l'interdizione da una professione o arte o la perdita di prospettive di carriera e di studio. Quanto al danno non patrimoniale, potrà assumere rilevanza la compromissione dello stato di salute dovuto alle angosce, il discredito sociale, il danno all'immagine, un'eventuale separazione o divorzio o, comunque, qualsiasi danno biologico ed esistenziale scaturito dell'ingiusto provvedimento.

<sup>94</sup> TROISI, Paolo, *L'errore giudiziario tra garanzie costituzionali e sistema processuale*, Padova, CEDAM, p. 291, 2011.

<sup>95</sup> Di contrario avviso, TURCO, Elga. Ingiusta detenzione e riparazione del danno esistenziale. *Cassazione Penale*, Milano, vol. 48, fasc. 2, p. 4740, 2008, secondo cui, «L'assenza del termine *equa* nell'art. 643 c.p.p. non è una dimenticanza del legislatore ma esprime la volontà di ancorare a parametri equitativi la liquidazione delle somme da corrispondere a titolo di riparazione per ingiusta detenzione e a parametri legislativamente tipizzati per le somme da elargire a titolo di riparazione dell'errore giudiziario».

sia la natura giuridica del ristoro economico riconosciuto alla vittima di una falsa giustizia, la libertà personale ha un valore inestimabile che non può essere quantificato in termini monetari<sup>96</sup>.

Il diritto alla riparazione dell'errore giudiziario si differenzia dalla riparazione per ingiusta detenzione prevista dagli artt. 314 e 315 c.p.p.<sup>97</sup> poiché quest'ultima consente all'imputato di ottenere un'equa riparazione per aver subito un'indebita custodia cautelare<sup>98</sup>. Essa assolve, in chiave solidaristica, alla funzione di compensare la vittima delle sofferenze ingiustamente patite e, dunque, non vi sono dubbi nel ritenere che anche questo strumento riparatorio abbia natura indennitaria determinando il sorgere di una responsabilità da atto lecito in capo allo Stato e di un diritto soggettivo pubblico in capo alla vittima<sup>99</sup>. La dottrina<sup>100</sup> ha individuato

<sup>96</sup> Nel caso Gulotta lo Stato Italiano ha dovuto pagare una delle più grandi somme di danaro a titolo di riparazione per errore giudiziario (circa sei milioni e mezzo di euro), indennizzo che non compenserà mai i danni fisici, morali, familiari ed economici cagionati alla vittima durante i suoi ventidue anni in carcere da innocente.

<sup>97</sup> Per una ricostruzione storica dell'istituto, v., MACRILLÒ, Armando. La riparazione per l'ingiusta detenzione cautelare. In: LUPÀRIA, Luca (a cura di). *L'errore giudiziario*, Milano, Giuffrè, 2021, p. 752-756.

<sup>98</sup> L'attuale disciplina esclude la riparazione per le misure cautelari reali e personali diverse dalla custodia cautelare nelle varie forme. Invero, oltre alla ipotesi base di custodia cautelare in carcere (art. 285 c.p.p.), il diritto alla riparazione è riconosciuto anche nelle ipotesi di custodia in luogo di cura (art.286, comma 1, c.p.p.) o negli istituti a custodia attenuata (art. 285 bis c.p.p.) e di arresti domiciliari (art. 284 c.p.p.). Non è condivisibile la scelta del legislatore di escludere dal diritto alla riparazione l'obbligo di dimora accompagnata dalla prescrizione di non allontanarsi dalla propria abitazione, infatti la dottrina maggioritaria considera tale misura non meno lesiva dei diritti individuali rispetto agli arresti domiciliari, in tal senso, COPPETTA, Maria Grazia, *La riparazione per ingiusta detenzione*, Padova, CEDAM, p. 164, 1993. Sono riparabili tutte le ipotesi di arresto e fermo che risultino ex post ingiuste o ex ante illegittime, v., Corte Costituzionale, 2 aprile 1999, n. 109, per approfondimenti, v., SPAGNOLO, Paola. *La riparazione per ingiusta detenzione: verso una tutela sostanziale del diritto alla libertà personale. La Legislazione penale*, Torino, p. 5-7, 8 novembre 2017.

<sup>99</sup> Cfr. COPPETTA, Maria Grazia. *La riparazione per l'ingiusta detenzione: punti fermi e disorientamenti giurisprudenziali. Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, Milano, fasc. 4, p.1317, 2017.

<sup>100</sup> SPAGNOLO, Paola. *La riparazione per ingiusta detenzione: verso una tutela sostanziale del diritto alla libertà personale. La Legislazione penale*, Torino,

due nozioni di ingiusta detenzione ricavabili dall'art. 314 c.p.p.: quella di *ingiustizia sostanziale*, prevista dal primo comma, e quella di *ingiustizia formale* ricavabile dal secondo comma. Nel primo caso, il diritto all'equa riparazione spetta a colui che, dopo aver subito una restrizione della libertà personale, sia stato assolto con sentenza irrevocabile con una delle formule indicate dal legislatore che evidenziano la volontà di rendere riparabili unicamente le decisioni particolarmente qualificate nel senso dell'innocenza<sup>101</sup>. Sono state così selezionate accanto alle tradizionali formule *in facto* (il fatto non sussiste, l'imputato non lo ha commesso) quelle *in iure* (il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato) che, benché possano lasciar sussistere profili di responsabilità civilistica, sono comunque espressive dell'insussistenza dei presupposti attinenti al fatto e alla responsabilità del suo autore, che legittimano l'esercizio della pretesa punitiva<sup>102</sup>.

Le ipotesi di ingiustizia formale, invece, si riscontrano quando, con decisione irrevocabile, risulta accertato che il provvedimento applicativo della misura custodiale è stato emesso o mantenuto in assenza delle condizioni previste dagli artt. 273 e 280 c.p.p.<sup>103</sup> In questo caso, i soggetti destinatari della riparazione sono sia il prosciolto che il condannato poiché ciò che rileva è l'illegittimità del provvedimento cautelare accertata con decisione irrevocabile assunta dal giudice cautelare o dallo stesso giudice di merito<sup>104</sup>. A differenza della riparazione dell'errore giudiziario,

---

p. 9-16, 8 novembre 2017; GALLUZZO, Fabrizio, Riparazione per ingiusta detenzione, *Il penalista*, p. 2, 8 settembre 2015.

<sup>101</sup> Il diritto sorge anche nelle ipotesi in cui sia pronunciata sentenza di non luogo a procedere o venga emesso un provvedimento di archiviazione, purché questi siano divenuti definitivi in quanto non impugnati.

<sup>102</sup> TURCO, Elga. L'equa riparazione tra errore giudiziario e ingiusta detenzione, Milano, Giuffrè, p. 124, 2007.

<sup>103</sup> Il legislatore non ha previsto la riparazione per ingiusta detenzione in caso di mancato rispetto della normativa di cui agli artt. 274 e 275. La difformità del trattamento è giustificata in giurisprudenza dal fatto che la carenza di esigenze cautelari e il mancato rispetto dei criteri di proporzionalità e adeguatezza sono legati a fattori o di prevenzione o di natura processuale caratterizzati da fluidità e variabilità, cui corrisponde un'ampia discrezionalità del giudice, così TONINI, Paolo, *Manuale di procedura penale*, Torino, Giuffrè, p. 490, 2020.

<sup>104</sup> Cass. Pen., sez. IV, 23 gennaio 2019, n. 5455, *Deiure*.

in caso di accoglimento dell'istanza per ingiusta detenzione<sup>105</sup> l'entità della riparazione non può eccedere il limite di 516.456,90 euro. Nella determinazione della somma da liquidare, secondo la giurisprudenza dominante, devono essere presi in considerazione una serie di fattori tra i quali la durata e le modalità di esecuzione della misura cautelare<sup>106</sup>, il pregiudizio psico-fisico e patrimoniale<sup>107</sup>, il danno all'immagine<sup>108</sup> e il tipo di sentenza emessa nei confronti del richiedente<sup>109</sup>. Viceversa, la domanda è rigettata quando si accerta la sussistenza di una delle cause ostative previste dall'art. 314 c.p.p., vale a dire che l'istante abbia dato causa o concorso a dar causa, con dolo o colpa grave, al provvedimento restrittivo. Il soggetto sottoposto a misura cautelare, per vedersi riconoscere la riparazione, non deve aver assunto un comportamento consapevole ed idoneo ad ingannare il giudice, preordinato all'adozione o al mantenimento della misura cautelare ovvero non deve aver posto in essere una condotta caratterizzata da non curanza, negligenza, incuria e indifferenza per le conseguenze dei propri atti ai fini penali<sup>110</sup>. D'altro canto, il giudice della

<sup>105</sup> Ai sensi dell'art. 315 c.p.p., la domanda di riparazione deve essere presentata, a pena di inammissibilità, entro due anni dal giorno in cui la sentenza di condanna o di proscioglimento è divenuta irrevocabile, la sentenza di non luogo a procedere è divenuta inoppugnabile o è stata effettuata la notificazione del provvedimento di archiviazione. Per un esame approfondito sullo svolgimento dell'udienza, v., COPPETTA, Maria Grazia. La riparazione per l'ingiusta detenzione: punti fermi e disorientamenti giurisprudenziali. *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, Milano, fasc. 4, p. 1329-1334, 2017.

<sup>106</sup> Cass. Pen., sez. IV, 22 aprile 2010, n. 17664, *Deiure*.

<sup>107</sup> Cass. Pen., sez. III, 2 ottobre 2019 (dep. 3 febbraio 2020), n. 4422, *Deiure*.

<sup>108</sup> Cass. Pen., sez. IV, 5 dicembre 2018, n. 58298, *Deiure*.

<sup>109</sup> Sul punto, la Corte Costituzionale, con sentenza 20 giugno 2008, n. 219, ha affermato che «[...] Per la parte in cui l'indennizzo si correla ad un ristoro del patimento morale subito dall'imputato, pare evidente, infatti, che il grado di sofferenza cui è esposto chi, innocente, subisca la detenzione sia in linea di principio amplificato rispetto alla condizione di chi, colpevole, sia ristretto per un periodo eccessivo rispetto alla pena. Spetterà, peraltro, ai giudici comuni valutare le peculiarità di ciascuna fattispecie loro sottoposta, al fine di adeguarvi l'indennizzo previsto dalla legge, alla luce della compromissione del fondamentale valore della persona umana».

<sup>110</sup> Cass. Pen., sez. IV, 27 novembre 1992, n. 1366, *CED Cassazione penale*, 1993. In dottrina, Cfr., GALLUZZO, Fabrizio, Riparazione per ingiusta detenzione, *Il penalista*, p. 4, 8 settembre 2015.

riparazione nel valutare la sussistenza del dolo o della colpa grave può utilizzare sia gli esiti delle intercettazioni, salvo che queste siano state dichiarate inutilizzabili nel giudizio di merito<sup>111</sup>, sia le dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari da soggetti che, poi, in dibattimento si siano sottratti all'esame o abbiano ritrattato, a meno che il giudice della cognizione, attraverso un esame dell'intero quadro probatorio, abbia ritenuto tali soggetti inattendibili<sup>112</sup>. Maggiori problematiche si pongono nei casi in cui l'interessato scelga, nell'esercizio del diritto di difesa, di serbare silenzio o rendere dichiarazioni false in sede di interrogatorio. Ci si chiede se in questi casi il silenzio, la reticenza o il mendacio possano essere valutati dal giudice della riparazione ostacolando di fatto il riconoscimento dell'indennizzo. Sul punto la giurisprudenza dominante riteneva che la facoltà di non rispondere poteva assumere astratta idoneità a costituire un requisito ostativo della ingiusta detenzione laddove «l'interessato sarebbe stato in grado di indicare specifiche circostanze idonee a prospettare una logica spiegazione al fine di escludere o far venir meno il valore indiziante degli elementi investigativi che determinarono l'emissione della misura cautelare»<sup>113</sup>. È su questo aspetto che la Corte d'appello di Firenze ha respinto la richiesta di indennizzo avanzata da Raffaele Sollecito definitivamente assolto dall'omicidio della studentessa inglese Meredith Kercher insieme all'ex fidanzata Amanda Knox. Il giudice, infatti, ha ritenuto che il giovane «già nel corso delle indagini preliminari, e specificamente nella loro fase iniziale, ha reso dichiarazioni contraddittorie o non veritiere, che hanno contribuito a far emettere e poi a far mantenere a suo carico la misura cautelare»<sup>114</sup>. Appare evidente che una diversa condotta avrebbe consentito una differente valutazione della sua pericolosità rispetto a quella che motivò l'emissione e il lungo mantenimento della misura coercitiva. Dunque, ad avviso del giudice,

---

<sup>111</sup> Cass. Pen., sez. IV, 3 dicembre 2021, n. 486, *Deiure*; Cass. Pen., sez. IV, 27 gennaio 2021, n. 6893, *Deiure*; Cass. Pen., sez. IV, 24 novembre 2017, n. 58001, *Deiure*; Cass. SS. UU., 30 ottobre 2008, n. 1153, *Deiure*.

<sup>112</sup> Cass. Pen., sez. IV, 9 novembre 2021, n. 482, *Deiure*.

<sup>113</sup> Cass. Pen., sez. IV, 7 aprile 2021, n. 32971, *Deiure*; Cass. Pen., sez. IV, 2 dicembre 2020, n. 36478, *Deiure*; Cass. Pen., sez. IV, 9 dicembre 2008, n. 4159, *Deiure*.

<sup>114</sup> Corte d'appello di Firenze, sez. III, n. 2/2016 (ordinanza), udienza 27 gennaio 2017, p. 2.

lo stesso indagato ha fortemente contribuito alla causazione dell'evento dannoso tale da ostacolare il riconoscimento del diritto all'indennizzo per l'ingiusta detenzione subita.

Sotto questo profilo, deve darsi conto della recente modifica dell'art. 314, comma 1, del codice di rito ad opera dell'art. 4, comma 1, lett. b) del d.lgs. 8 novembre 2021, n° 188: l'ultimo periodo della disposizione prevede ora espressamente che «l'esercizio da parte dell'imputato della facoltà di cui all'art. 64 comma 3 lett. b) non incide sul diritto alla riparazione». Sul punto è intervenuta anche la giurisprudenza specificando che la condotta dell'indagato che in sede di interrogatorio si sia avvalso della facoltà di non rispondere non incide sul diritto alla riparazione. Per l'effetto, ai fini della verifica della condizione ostativa al diritto alla riparazione di cui all'articolo 314, comma 1, ultima parte, (l'aver dato o concorso a dare causa alla custodia cautelare subita per dolo o colpa grave), non può più attribuirsi rilievo al solo silenzio eventualmente serbato dall'interessato nel corso degli interrogatori<sup>115</sup>. Dunque, con la modifica normativa in esame si è inteso adeguare la legislazione nazionale alle disposizioni della Direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali, con specifico riferimento, nel caso in esame, alla emanazione di norme comuni sulla protezione dei diritti procedurali di indagati e imputati<sup>116</sup>. L'ordinamento giuridico italiano non disciplina alcuno strumento riparatorio nei casi in cui non è applicabile la riparazione per ingiusta detenzione, cioè quando un soggetto viene ingiustamente processato perché colpito da una imputazione ingiusta e successivamente viene assolto con formula ampiamente liberatoria. Bisogna prendere atto che anche la mera pendenza del processo penale genera delle conseguenze negative nei confronti dell'accusato, a prescindere da una

---

<sup>115</sup> Cass. Pen., sez. IV, 8 febbraio 2022, n. 8616, *Deiure*.

<sup>116</sup> Prima dell'intervento del legislatore, la giurisprudenza costituzionale era già intervenuta sul tema ampliando progressivamente i casi di riparazione, che, allo stato, non possono più dirsi circoscritti alla sola assoluzione "per motivi completamente liberatori", v., Corte Costituzionale, 20 giugno 2008, sentenza n° 219. *Deiure*; Corte Costituzionale, 16 luglio 2004, sentenza n° 230. *Deiure*.



sentenza di assoluzione o di condanna. Soltanto con il D.M. 20 dicembre 2021, attuativo della legge n. 178 del 2020 (legge di bilancio)<sup>117</sup>, accanto alla riparazione per errore giudiziario e per ingiusta detenzione e alla riparazione del danno cagionato dalla durata irragionevole del processo, si è introdotto un meccanismo che riconosce al soggetto destinatario di una sentenza di assoluzione divenuta irrevocabile - pronunciata ai sensi dell'art. 129 c.p.p. o ex art. 530, comma 1, c.p.p., con la formula «perché il fatto non sussiste», «l'imputato non lo ha commesso», «perché il fatto non costituisce reato» o, infine, «perché il fatto non è previsto dalla legge come reato» - il diritto al rimborso delle spese legali sostenute per la difesa in giudizio. La normativa in esame lascia fuori dal novero dei provvedimenti per cui è possibile chiedere il rimborso sia la pronuncia di archiviazione che la sentenza di non luogo a procedere emessa all'esito dell'udienza preliminare. Se nel primo caso l'esclusione appare condivisibile, dato il mancato esercizio dell'azione penale, nella seconda ipotesi deve condividersi l'opinione di quella parte della dottrina che, facendo leva sulla identità delle formule di proscioglimento contenute negli artt. 129 e 530, comma 1 c.p.p., ritiene non comprensibile il mancato riferimento anche all'art. 425 c.p.p.<sup>118</sup>.

L'istanza, che deve essere presentata dall'imputato personalmente tramite piattaforma telematica sul sito del ministero della giustizia, deve essere corredata da una serie di documenti che attestano gli esborsi effettuati per remunerare il difensore di fiducia e le spese sostenute per consulenti tecnici, investigatori privati e interpreti<sup>119</sup>.

---

<sup>117</sup> Per un'analisi dell'iter legislativo che ha portato alla regolamentazione delle spese di lite nel processo penale, v., FODERÀ, Giovanni Samuele. Ingiusta imputazione: il rimborso delle spese di lite nel processo penale. *Giurisprudenza penale web*, fasc. 1, p. 21-26, 2022.

<sup>118</sup> In tal senso., SPAGNOLO, Paola, Il rimborso per “ingiusta imputazione”: una soluzione forse obbligata ma non pienamente soddisfacente. *La Legislazione Penale*, Torino, p. 6-7, 10 marzo 2022.

<sup>119</sup> Sul punto si condivide l'interpretazione estensiva del combinato disposto dell'art. 1 e 3 del decreto, cfr., SPAGNOLO, Paola, Il rimborso per “ingiusta imputazione”: una soluzione forse obbligata ma non pienamente soddisfacente. *La Legislazione Penale*, Torino, p. 10, 10 marzo 2022.

Tralasciando i dubbi di legittimità costituzionale che si annidano nella previsione di alcune cause ostative<sup>120</sup> e della cifra stanziata<sup>121</sup> che di per sé è insufficiente a soddisfare tutte le richieste, l'intervento normativo va salutato con favore in quanto ha colmato una irragionevole lacuna del sistema italiano garantendo, in virtù del principio di equità, un ristoro economico anche al soggetto che non avrebbe dovuto essere sottoposto ad alcun procedimento penale quando l'accusa elevata a suo carico si è rivelata infondata.

## CONCLUSIONI

Le riflessioni sin qui svolte fanno emergere la necessità, sempre più marcata, di prestare maggiore interesse al tema degli errori giudiziari attraverso un approccio che dia vita ad un mutamento culturale rispetto al fenomeno di cui si tratta in modo da predisporre dei meccanismi che siano in grado, prima ancora che di riparare, di prevenire il patimento di chi, ingiustamente condannato, finisce in carcere. L'obiettivo è quello di evitare di allontanare il processo penale dal suo traguardo ultimo tenendo conto che solo il rispetto rigido dei principi costituzionali può evitare la condanna di un innocente. Anche in ambito europeo il tema in esame non è stato ancora oggetto di attento dibattito; sussiste, infatti, un disallineamento delle tutele previste dai diversi Stati dell'Unione i quali regolamentano in maniera del tutto eterogenea i criteri di quantificazione degli indennizzi/risarcimenti<sup>122</sup>, come se il valore della libertà personale

<sup>120</sup> Tale diritto, però, non è riconosciuto a colui che abbia beneficiato del patrocínio a spese dello Stato; abbia ottenuto la condanna del querelante alla rifusione delle spese di lite; sia stato assolto da uno o più capi d'imputazione e condannato per altri o sia stata pronunciata sentenza che dichiara estinto il reato per prescrizione o amnistia; infine, nel caso in cui l'interessato abbia il diritto al rimborso delle spese legali dall'ente da cui dipende ex art. 18 d.l. 25 marzo 1997, n. 67, convertito in legge 23 maggio 1997, n. 135.

<sup>121</sup> Il rimborso avviene a carico del *Fondo per il rimborso spese legali per gli imputati assolti*, nei limiti delle risorse annualmente assegnate al capitolo di bilancio n. 1265 dello stato di previsione della spesa del Ministero (circa otto milioni l'anno). Ciascuna domanda è accolta nei limiti dell'importo massimo di euro 10.500,00 (art. 2, comma 2, lettera f D. M. 20 dicembre 2021, pubblicato in G.U., n. 15 del 20 gennaio 2022).

<sup>122</sup> Sul punto, v., RICADI, Riccardo. Errori giudiziari in Europa. *Filodiritto*, Bologna, 12 gennaio 2022.

dipendesse dall'appartenenza ad un determinato popolo. In quest'ottica, i governi potrebbero suggerire, nell'ambito delle iniziative da assumere nel settore della *Politica della giustizia e degli affari interni* dell'Unione europea (artt. 76 ss. TFUE), un'armonizzazione dei criteri suddetti al fine di assicurare un ristoro uniforme e un'equiparazione di ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione. Sul versante interno, poi, le sentenze e le imputazioni ingiuste risultano ancora tante, troppe. Studi statistici dimostrano che negli ultimi trent'anni i casi di ingiusta detenzione sono stati 29.752, settecentocinquanta soltanto nel 2020 mentre nello stesso anno i casi di errore giudiziario in senso stretto sono stati 16<sup>123</sup>, soltanto 7 nel 2021<sup>124</sup>, un po' meno rispetto agli anni precedenti perché l'emergenza sanitaria per Covid-19 ha rallentato la macchina giudiziaria. C'è da sottolineare che il numero esorbitante di errori incide in maniera significativa anche sul costo dell'amministrazione della giustizia che nel 2020 è stato di 43,9 milioni di euro<sup>125</sup>, ma il dato ancora più sconcertante è che i criteri di liquidazione degli indennizzi sono applicati in maniera difforme nei diversi distretti di Corte d'appello. Dunque, è auspicabile che i pubblici poteri effettuino un'inversione di marcia incoraggiando iniziative dirette a promuovere la consapevolezza delle problematiche investigative e giudiziarie attraverso l'analisi dei casi concreti, ad effettuare ricerche che individuino e classifichino le fonti umane di errore, ad elaborare protocolli e linee guida che andranno aggiornate sulla base delle esperienze e del

---

<sup>123</sup> È importante notare che in questo studio non vi rientrano le cosiddette *vitime invisibili* cioè coloro che o decidono di non presentare istanza di riparazione per mancanza di disponibilità economiche o si vedono rigettare la richiesta di indennizzo perché hanno contribuito con dolo o colpa grave a causare l'errore, cfr. LATTANZI, Benedetto; MAIMONE, Valentino. Errori giudiziari e ingiusta detenzione, ecco gli ultimi dati più aggiornati. Disponibile in: <https://www.errorigiudiziari.com/errori-giudiziari-quantanti-sono/>, 8 aprile 2021, accesso in: 18 febbraio 2022.

<sup>124</sup> RICADI, Riccardo. Errori giudiziari ed ingiuste detenzioni nel 2021, *Filodiritto*, Bologna, 26 marzo 2022.

<sup>125</sup> Delibera Corte dei Conti, sezione centrale e di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato, *Equa riparazione per ingiusta detenzione ed errori giudiziari*, 16 settembre 2021, n 15/2021/G; sul tema, v., PIERGIOVANNI, Silvia. I costi dell'amministrazione dell'ingiustizia: la relazione della Corte dei conti in tema di equa riparazione per ingiusta detenzione ed errori giudiziari. *Sistemapenale*, Milano, 24 novembre 2021.

progredire delle acquisizioni scientifiche<sup>126</sup>, a puntare alla formazione degli avvocati e dei soggetti deputati alla attività investigativa fornendo loro procedure standardizzate da seguire e, infine, a responsabilizzare gli organi di informazione in modo da preservare la verginità cognitiva del giudice e far sì che la sua decisione non sia influenzata dall'opinione pubblica ma sia frutto del libero convincimento basato esclusivamente sulla valutazione delle prove. Soltanto così si realizzerebbe un progresso in tale settore che consentirebbe di restituire al processo penale la sua vera identità: punire i criminali e assolvere gli innocenti.

## BIBLIOGRAFIA

ALESCI, Teresa. *Il corpo umano fonte di prova*. Padova, CEDAM, 2017.

AMBROSETTI, Mario Enrico. Le cause dell'errore giudiziario: condizionamenti di potere e pressioni mediatiche. *Discrimen*. Pisa, p. 4, 19 febbraio 2019.

AMODIO, Ennio. *Eстетica della giustizia penale. Prassi, media, fiction*. Milano, Giuffré, 2016.

BENE, Teresa. La verità giudiziaria e i suoi rapporti con il potere. In: LUPÁRIA, Luca; MARAFIOTI, Luca (a cura di). *Confessione, liturgie della verità e macchine sanzionatorie*. Torino, Giappichelli, 2015, p. 41-50.

BRAVO, Fabio. Indagini informatiche e acquisizione della prova nel processo penale. *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, Bologna, n. 3 - 1, p. 231 - 245, 2009 - 2010.

BROWN, Jhon. *Recall and recognition*, Ney York, John Wiley & Sons Inc., 1976.

BUZZELLI, Silvia. Contraddittorio e contestazioni nell'esame testimoniale: una sbrigativa ordinaria della Corte costituzionale. *Giurisprudenza costituzionale*, Milano, p. 337, 2002.

CAPITTA, Anna Maria. *Ricognizioni e individuazioni di persone nel diritto delle prove penali*. Milano, Giuffré, 2001.

---

<sup>126</sup> L'ingresso della scienza nel processo penale ha svolto un ruolo importante nella riparazione degli errori giudiziari «determinando la riapertura di casi irrisolti ovvero il *ribaltamento dei casi risolti* con eccessiva superficialità, poiché risalenti ad un periodo in cui l'impatto della scienza sul processo era di minore intensità», in questi termini, ALESCI, Teresa, *Il corpo umano fonte di prova*, Padova, CEDAM, p. 35-36, 2017.

CAVINI, Sofia. Le ricognizioni e i confronti. In: UBERTIS, Giulio; VOENA, Giovanni Paolo (diretta da). *Trattato di procedura penale*. Milano, Giuffrè, 2015, vol. 17, p. 1 ss.

CECANESE, Gianfederico. Aspetti problematici e snodi interpretativi dell'individuazione di persone e di cose. *Archivio penale*, Pisa, fasc. 1, p. 20 ss., 2018.

CECANESE, Gianfederico. La ricognizione nella dinamica e nella statica processuale. *Archivio penale*, Pisa, n. 1, p. 2, 2019.

COPPETTA, Maria Grazia, La riparazione per ingiusta detenzione, Padova, CEDAM, 1993.

COPPETTA, Maria Grazia. La riparazione per l'ingiusta detenzione: punti fermi e disorientamenti giurisprudenziali. *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, Milano, fasc. 4, p.1317, 2017.

COPPETTA, Maria Grazia. La riparazione per l'ingiusta detenzione: punti fermi e disorientamenti giurisprudenziali. *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, Milano, fasc. 4, p. 1329-1334, 2017.

CURTOTTI NAPPI, Donatella, SARAVO, Luigi. L'approccio multidisciplinare nella gestione della scena del crimine. *Diritto penale e processo*, Milano, n. 5, p. 623, 2011.

CURTOTTI NAPPI, Donatella; SARAVO, Luigi. L'errore tecnico-scientifico sulla scena del crimine. L'errore inevitabile e le colpe dello scienziato, del giurista, del legislatore. *Archivio Penale*, Pisa, n. 3, p. 1-7, 2011.

D'AIUTO, Marcello. La riparazione dell'errore giudiziario. In: LUPÁRIA, Luca (a cura di). *L'errore giudiziario*. Milano, Giuffrè, 2021, p. 730.

D'AIUTO, Marcello. La riparazione dell'errore giudiziario. In: LUPÁRIA, Luca (a cura di). *L'errore giudiziario*. Milano, Giuffrè, 2021, p. 737 – 741.

DE CATALDO NEUBURGER, Luisella; GULOTTA, Guglielmo. *Trattato della menzogna e dell'inganno*. Torino, Giuffrè, 2008.

DELLA RAGIONE Luca. *Compendio di procedura penale*. Roma, Nel diritto, 2014.

DIDDI, Alessandro. Processi mediatici e misure di protezione dell'imparzialità del giudice. In: ZAFFARONI, Eugenio Raul; CATERINI, Mario (a cura di). *La sovranità mediatica. Una riflessione tra etica, diritto ed economia*. Padova, CEDAM, 2014, p. 268.

EKMAN, Paul. *I volti della menzogna, gli indizi dell'inganno nei rapporti interpersonali*. Firenze, Giunti editore, 2014.

FELICIONI, Paola. La prova del DNA tra esaltazione mediatica e realtà applicativa. *Archivio Penale*, Pisa, n. 2, p. 17, 2012.

FERRUA, Paolo. Giustizia del processo e giustizia della decisione. *Diritto Penale e Processo*, Milano, n. 10, p. 1201 – 1204, 2015.

FILIPPI, Leonardo. Intercettazione: habemus legem!. *Diritto penale e processo*, Milano, n. 4, p. 460, 2020.

FODERÀ, Giovanni Samuele. Ingiusta imputazione: il rimborso delle spese di lite nel processo penale. *Giurisprudenza penale web*, fasc. 1, p. 21-26, 2022.

GALLUZZO, Fabrizio. Riparazione per ingiusta detenzione. *Il penalista*, Milano, p. 4, 8 settembre 2015.

GARAPON, Antoine. La justice émotionnelle. In: *Atti dell'incontro di studi Magistrati e mass media*. Organizzato dal CSM, Roma, 9 dicembre 2004.

GAROFALO, Giulio. Da Lavonio ad Avetrana: «appetito di confessione» e intolleranza alla ritrattazione. In: LUPÁRIA, Luca; MARAFIOTI, Luca (a cura di). *Confessione, liturgie della verità e macchine sanzionatorie*. Torino, Giappichelli, 2015, p. 115-128.

GAROFALO, Giulio. La caduta del mito della «prova regina»: confessione e testimonianza. In: LUPÁRIA Luca; MARAFIOTI, Luca; PAOLOZZI, Giovanni (a cura di). *Errori giudiziari e Background processuale*. Torino, Giappichelli, 2017, p. 42-43.

GAROFANO, Luciano; PENSIERI, Maria Gaia. *La falsa giustizia. La genesi degli errori giudiziari e come prevenirli*. Modena, Infinito edizioni, 2019.

GENTILE, Alessandra. La riparazione dell'errore giudiziario. In: LUPÁRIA, Luca; MARAFIOTI, Luca; PAOLOZZI, Giovanni (a cura di). *Errori giudiziari e Background processuale*. Torino, Giappichelli, 2017, p. 156 – 160.

GULOTTA, Giuseppe. *Innocenza e colpevolezza sul banco degli imputati*. Commento alle linee guida psicoforensi per un processo sempre più giusto. Milano, Giuffrè, 2018.

GULOTTA, Giuseppe; BIONDO, Nicola. *Alkamar*. La mia vita in carcere da innocente. Milano, Chiarelettere, 2015.

GULOTTA, Guglielmo; MARIENI, Sara. La pupillometria: una tecnica recente per indagare sincerità e menzogna, *Il penalista*, Milano, p. 3, 23 febbraio 2021.

LASAGNI, Giulia. La falsa confessione come causa di errori giudiziari. In: LUPÁRIA, Luca (a cura di). *L'errore giudiziario*. Milano, Giuffrè, 2021, p. 193-221.

LATTANZI, Benedetto; MAIMONE, Valentino. *Errori giudiziari e ingiusta detenzione, ecco gli ultimi dati più aggiornati*. Disponibile in: <<https://www.errorigiudiziari.com/errori-giudiziari-quantanti-sono/>>. 8 aprile 2021. Accesso in: 18 febbraio 2022.

LATTANZI, Benedetto; MAIMONE, Valentino. *Il cameriere innocente, vittima di uno scambio di persona*. Disponibile in: <<https://errorigiudiziari.com>>. 13 maggio 2020. Accesso in: 4 febbraio 2022.

LOCARD, Edmund, *Traité de criminalistique*. Lyon, Joannès Desvigne et ses fils, 1931.

LUPÁRIA, Luca, La confessione dell'imputato nel sistema processuale penale. Milano, Giuffré, 2006.

MACRILLÒ, Armando, La riparazione per l'ingiusta detenzione cautelare. In: LUPÁRIA, Luca (a cura di). *L'errore giudiziario*, Milano, Giuffré, 2021, p. 752-756.

MAIMONE, Valentino; PALMA, Alessandra; CAPUTO, Serena; FARINONI, Paola. Il caso di Giuseppe Gulotta. In: LUPÁRIA, Luca (a cura di). *L'errore giudiziario*. Milano, Giuffré, 2021, p. 907-920.

MAIMONE, Valentino; PALMA, Alessandra; SCALPELLI, Carlo; CARA, Valter; CANINO, Antonella. Il caso di Angelo Massaro. In: LUPÁRIA, Luca (a cura di). *L'errore giudiziario*. Milano, Giuffré, 2021, p. 952 - 955.

MARAFIOTI, Luca. Spinta alla confessione e macchine sanzionatorie: attenzione dei giuristi ed eredità di Foucault. In LUPÁRIA, Luca; MARAFIOTI, Luca (a cura di). *Confessione, liturgie della verità e macchine sanzionatorie*. Torino, Giappichelli, 2015, p. 129-142.

MONTAGNA, Mariangela, *L'assassinio di Meredith Kercher, Anatomia del processo di Perugia*, Roma, Aracne, 2012.

PERUGIA, Diletta. Prevenzione dell'errore e indagini preliminari. In: *Errori giudiziari e Background processuale*, LUPÁRIA, Luca, MARAFIOTI, Luca, PAOLOZZI, Giovanni (a cura di), Torino, Giappichelli, 2017, p. 29.

PIERGIOVANNI, Silvia. I costi dell'amministrazione dell'ingiustizia: la relazione della Corte dei conti in tema di equa riparazione per ingiusta detenzione ed errori giudiziari. *Sistemapenale*, Milano, 24 novembre 2021.

PIGNATARO, Fabio. L'errore imperscrutabile: ovvero la ricognizione di persona. In: LUPÁRIA, Luca; MARAFIOTI Luca; PAOLOZZI, Giovanni (a cura di). *Errori giudiziari e Background processuale*. Torino, Giappichelli, 2017, p. 57.

PIGNATARO, Fabio. L'errore imperscrutabile: ovvero la ricognizione di persona. In: LUPÁRIA, Luca; MARAFIOTI Luca; PAOLOZZI, Giovanni (a cura di). *Errori giudiziari e Background processuale*. Torino, Giappichelli, 2017, p. 59.

POGGI, Anna, CAVALERA, Cosimo, *Gli accertamenti tecnici della polizia giudiziaria nell'indagine preliminare*, Padova, CEDAM, 2000.

POPPER, Karl. *La società aperta e i suoi nemici*. In: ANTISERI, Dario (a cura di), Roma, Armando editore, p. 613, 2002.

PRESSACCO, Luca. Per un'integrazione «convenzionalmente orientata» della riparazione per l'ingiusta detenzione. *Rivista Italiana di diritto e Procedura penale*, Milano, fasc. 1, p. 319, 2021.

PRIORI, Silvia. La ricognizione di persone: dal modello teorico alla prassi applicativa. *Diritto penale e processo*, Milano, fasc. 3, p. 366-374, 2006.

RICADI, Riccardo. Errori giudiziari ed ingiuste detenzioni nel 2021. *Filodiritto*, Bologna, 26 marzo 2022.

RICADI, Riccardo. Errori giudiziari in Europa. *Filodiritto*, Bologna, 12 gennaio 2022.

RIVELLO, Pierpaolo. L'errore giudiziario nel dibattimento. In: LUPÁRIA Luca (a cura di). *L'errore giudiziario*. Milano, Giuffré, 2021, p. 468.

SARTORI, Giuseppe. *Linee guida sul riconoscimento di persona*. Disponibile in: <<https://www.testimonianzapenale.com/lista-argomenti/linee-guida-sul-riconoscimento-di-persona>>. Accesso in: 2 febbraio 2022.

SARTORI, Giuseppe. *Riconoscimento di persona ed errore giudiziario*. Disponibile in: <[www.testimonianzapenale.com](http://www.testimonianzapenale.com)>. Accesso in: 10 gennaio 2022.

SPAGNOLO, Paola. La riparazione per ingiusta detenzione: verso una tutela sostanziale del diritto alla libertà personale. *La Legislazione penale*, Torino, p. 5-16, 8 novembre 2017.

SPAGNOLO, Paola. Il rimborso per "ingiusta imputazione": una soluzione forse obbligata ma non pienamente soddisfacente. *La Legislazione penale*, Torino, p. 6-7, 10 marzo 2022.

SPANGHER, Giorgio. «Processo mediatico» e giudici popolari nei giudizi delle corti d'assise. *La corte d'assise*. Napoli, p. 119-120, 2012.

SPANGHER, Giorgio. Riparazione pecuniaria. *Enciclopedia del diritto*. Milano, Vol. 40, p. 1014, 1989.

TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*, Torino, Giuffré, 2020.

TRIGGIANI, Nicola. *Giustizia penale e informazione. La pubblicazione di notizie, atti e immagini*, Padova, CEDAM, 2012.

TRIGGIANI, Nicola. *Ricognizioni mezzo di prova nel nuovo processo penale*. Milano, Giuffré, 1998.

TROISI, Paolo. *L'errore giudiziario tra garanzie costituzionali e sistema processuale*. Padova, CEDAM, 2011.



TURCO, Elga. Ingiusta detenzione e riparazione del danno esistenziale. *Cassazione Penale*, Milano, vol. 48, fasc. 2, p. 4740, 2008.

TURCO, Elga. L'equa riparazione tra errore giudiziario e ingiusta detenzione. Milano, Giuffr , 2007.

VALLI, Roberto. Valutazione dell'affidabilit  dell'indagine genetica svolta con la violazione di «protocolli» e linee guida: utilizzabilit  del risultato raggiunto. *Diritto penale contemporaneo*, Milano, fasc. 12, p. 28-29, 2018.

WALCZYK, Jeffrey; GRIFFITH, Diana; YATES, Rachel; VISCONTE, Shelley; SIMONEAUX, Byron; HARRIS, Laura. Lie detection by inducing cognitive load: Eye movements and other cues to the false answers of «witnesses to crimes». *Criminal Justice and Behavior*, Texas, vol. 39, fasc. 7, p. 887-909, 2012.

### Authorship information

*Domenico Mastro*. Dottorando di ricerca in “Internazionalizzazione dei sistemi giuridici e diritti fondamentali” - Dipartimento di Giurisprudenza - Universit  degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli, S. Maria C.V., Caserta, Italia. [domenico.mastro@unicampania.it](mailto:domenico.mastro@unicampania.it)

### Additional information and author's declarations (scientific integrity)

*Conflict of interest declaration:* the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

*Declaration of authorship:* all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

*Declaration of originality:* the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; he also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

### Editorial process dates

(<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 13/05/2022
- Desk review and plagiarism check: 31/05/2022
- Review 1: 23/06/2022
- Review 2: 14/07/2022
- Preliminary editorial decision: 22/07/2022
- Transfer to V8N3: 03/08/2022
- Correction round return: 30/08/2022
- Final editorial decision: 12/10/2022

### Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 2 (MD KF)
- Reviewers: 2

### HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

MASTRO, Domenico. Le cause degli errori giudiziari e i meccanismi di prevenzione e riparazione delle condanne e imputazioni ingiuste. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, n. 3, p.1371-1416, set./dez. 2022. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i3.716>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.

**Teoria da Prova Penal**

***Criminal evidence theory***




# A vueltas con la duda razonable y la lógica difusa: ¿necesitamos una regla heurística?

*In between any reasonable doubt and the fuzzy logic: do we need a heuristic rule?*

**Juan Sebastián Vera<sup>1</sup>**

Universidad de Chile, Santiago, Chile

jsvera@derecho.uchile.cl

 <https://orcid.org/0000-0001-9578-8213>

---

**RESUMEN:** En este trabajo se explorará la utilización de la lógica de los enunciados difusos a la aplicación del estándar de la duda razonable que está presente en buena parte de los sistemas de justicia penal de la cultura del *common law* y del *civil law*. Sugeriré la construcción de una regla heurística que opere sobre la base de la ponderación de las generalizaciones epistémicas y la relación entre ellas respecto de la hipótesis inculpatoria a través de la aplicación de las propiedades de la unión y conjunción de la lógica difusa.

**PALABRAS-CLAVE:** lógica difusa; estándar de la duda razonable; probabilidad inductiva; valoración de la prueba.

**ABSTRACT:** *This paper considers making use of fuzzy logic in order to apply the standard of proof "beyond any reasonable doubt". This standard is used in many criminal justice systems on civil and common law. I will suggest the construction of an heuristic rule from the evaluation of epistemic's generalizations and the relationship between them, related to the essential facts of the case. It will employ the union and conjunction propriety of fuzzy logic.*

**KEYWORDS:** *fuzzy logic; standard of reasonable doubt; inductive probability; evaluating evidence.*

**CONTENIDO:** Introducción; 1. Probabilidad lógica y valoración probatoria; 2. Probabilidad lógica y EdR; 2.2. Algunas formulaciones del EdR en

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho Universidad de Barcelona. Profesor Asistente de Derecho procesal, Universidad de Chile. Correo electrónico: jsvera@derecho.uchile.cl.

el contexto de la probabilidad lógica; 3. Lógica de conjuntos o enunciados borrosos; 3.1. La ponderación o graduación de la fuerza de las inferencias como insumo para la regla heurística; 3.2 La propiedad de la unión y conjunción en los conjuntos borrosos y la prueba; 3.3 Haciendo gráfico el ejemplo; 4. Finalmente, la propuesta de regla heurística. Conclusiones; Bibliografía.

---

## INTRODUCCIÓN

La decisión de condena en materia penal resulta extremadamente compleja desde el punto de vista probatorio, especialmente porque se deben satisfacer ciertos criterios o baremos normativos en atención a los intereses en juego. Se empieza a instalar como una cuestión general y común a diversos ordenamientos jurídicos que los hechos inculpatórios deben estar acreditados “más allá de toda duda razonable” (en adelante, EDR). Sin embargo, lejos de ser una cuestión pacífica, la satisfacción de este estándar de prueba se contraponen con los altos niveles de vaguedad e incertidumbre que afectan a la determinación de su contenido. ¿Es posible asumir esta vaguedad y aplicar criterios racionales para determinar cuándo se ha satisfecho este estándar? ¿Precisamos de criterios que ayuden a la judicatura a identificar cuándo una hipótesis se halla acreditada más allá de toda duda razonable?

En este trabajo intentaré explorar la posibilidad de construir una regla heurística que permita la aplicación del estándar de la duda razonable en el contexto de la probabilidad lógica, a partir de la aplicación de reglas extraídas de la lógica de enunciados difusos (“*fuzzy logic*”). Es decir, intentaré responder el cuestionamiento acerca de la posible utilidad las propiedades de la lógica difusa para generar una formulación que permita identificar o reconocer cuándo se ha satisfecho el EdR considerando sus niveles de vaguedad.

En la primera parte de este trabajo expondré los que considero son los elementos esenciales del enfoque de la probabilidad lógica en materia probatoria y algunas formulaciones del estándar de la duda razonable en este contexto. En la segunda parte, exploraré los que considero son los elementos esenciales de la lógica de enunciados difusos, de la propiedad

de la conjunción y de la unión, que estimo pudieran ser aplicables a la determinación del EdR. En la tercera parte, mostraré las bondades y defectos de la vía explorativa sugerida a partir de la aplicación de lo expresado a un caso. En la cuarta parte de este trabajo, a partir de todo lo anterior, desarrollaré los elementos para la construcción de una regla heurística que permita una aplicación del EdR, en el contexto normativo de los procedimientos penales donde es aplicable.

## 1. PROBABILIDAD LÓGICA Y VALORACIÓN PROBATORIA

Como ya resulta un lugar común en materia probatoria, la racionalización de la incertidumbre que típicamente caracteriza a la determinación de los hechos del *thema probandi*, ha tratado de limitarse sobre la base de la aplicación del concepto de probabilidad<sup>2</sup>. Un primer gran impulso para recorrer este camino se ha intentado a través de la probabilidad cuantitativa o pascaliana, especialmente a partir de la aplicación del teorema de Bayes a la determinación judicial de los hechos<sup>3</sup>. Otro camino, más reciente –que aparece ya como mayoritario y que comparto– es el que se ha intentado a partir de la aplicación de la probabilidad lógica o baconiana que pone el énfasis en la relación lógica –cualitativa– entre el medio de prueba y en enunciado fáctico, desplazando de esta tarea a la probabilidad matemática –cuantitativa–.

Hay muchos puntos de contacto entre la determinación y comprobación de las hipótesis en el ámbito de las ciencias (filosofía de la ciencia de corte inductivista) y la determinación de los hechos en el plano judicial<sup>4</sup>. La *quaestio facti* puede ser entendida como una hipótesis que exige la cuantificación del grado o medida en que los antecedentes de la investigación permitan justificar a la misma como probable, en el entendido que existe una relación lógica (de implicación) entre la prueba y el enunciado fáctico que se prueba<sup>5</sup>. Sin embargo, no se trataría de una

---

<sup>2</sup> TARUFFO (2009), p. 223.

<sup>3</sup> Véase, NIEVA (2010), p. 130 ss; FERRER (2007), p. 108 ss.

<sup>4</sup> JACKSON (1996), p. 314; CARNAP (1962), p. 23.

<sup>5</sup> CARNAP (1962), p. 20; HORWICH (2011), p. 36; HO (2008), p. 113.

relación lógico-deductiva, sino principalmente inductiva, de carácter semántico, pues el significado de una proposición (la emanada de la información de los medios de prueba) permitiría inferir el significado del grado de confirmación de otra que se refiere a los hechos (“*semantical concepts of confirmation*”)<sup>6</sup>. En otras palabras, un proceso intelectual donde un elemento de prueba, a través de una inferencia, genera un resultado de prueba que, a su vez, debe ponerse en relación con el *thema probandum*<sup>7</sup>.

Así, la prueba de los hechos se reconduce al grado de fundamentación que emana de los elementos de confirmación (de prueba o de juicio) disponibles con relación a esa hipótesis<sup>8</sup>. La probabilidad lógica mide hasta qué punto un conjunto de pruebas confirma o no una hipótesis<sup>9</sup>. Si se quiere considerar probado un enunciado sobre los hechos en materia judicial, es necesario afirmar que esa hipótesis es la que posee el mayor grado de confirmación, de acuerdo con el material probatorio disponible. De esta forma, la probabilidad es equiparada al nivel del soporte inductivo que existe para la generalización que se intenta aplicar<sup>10</sup>. En efecto, el resultado probatorio refleja una relación de probabilidad respecto del enunciado fáctico que se prueba, de momento que no es posible hablar de certeza de los hechos en el marco de un reconocimiento genérico de la falibilidad del conocimiento.

Cohen, uno de los más importantes exponentes en sede probatoria del enfoque de la probabilidad lógica<sup>11</sup>, considera que la utilización de la probabilidad inductiva, entendida como un concepto que se basa en causas<sup>12</sup>, permite dar solución a varios de los problemas observados respecto de los modelos de probabilidad cuantitativa o matemática. Así, la probabilidad de acaecimiento de un fenómeno es equivalente a su prueba

---

<sup>6</sup> CARNAP (1962), p. 20; HO (2008), p. 113; PICINALI (2012), p. 199.

<sup>7</sup> UBERTIS (2017), p. 73 s.

<sup>8</sup> TARUFFO (2009), p. 224.

<sup>9</sup> HO (2008), p. 113.

<sup>10</sup> COHEN (1977), p. 33 ss.

<sup>11</sup> TARUFFO (2009), p. 225.

<sup>12</sup> Retoma las palabras de Hume y su distinción entre dos tipos de probabilidades: «*that which is founded on chance, and that which arises from cause*». Véase, COHEN (1977), p. 42.



(demostrabilidad)<sup>13</sup>, de ahí que se afirme que está probado lo que está demostrado por los antecedentes disponibles<sup>14</sup>. Ahora, la demostrabilidad de las hipótesis depende, a su vez, de la fuerza del nexo que vincula el dato con el resultado probatorio, y ello se produce por medio de la aplicación de una generalización o criterio de inferencia, lugar tradicionalmente ocupado por las máximas de experiencia<sup>15</sup>. Por ello no ha de extrañar que la doctrina reconozca que la generalización epistémica cumple una función de “pegamento” en la argumentación probatoria<sup>16</sup> y que, a su vez, existe una relación proporcional entre el incremento del grado de apoyo inferencial y el aumento de la probabilidad de la hipótesis que se prueba<sup>17</sup>. La probabilidad de un evento no se trataría simplemente de la repetición de la frecuencia relativa del evento bajo ciertas circunstancias<sup>18</sup>, sino de la satisfacción del antecedente y de la generalización en un caso particular cubierto por dicha generalización<sup>19</sup>. Y, en la mayoría de las veces, frente a la ausencia de datos estadísticos relevantes, se utiliza un gran número de *common sense presumptions*<sup>20</sup> y de generalización extraídas de la experiencia común<sup>21</sup>. Esto ha mostrado ser en algún sentido algo extremadamente peligroso, porque los tribunales se han visto tentados a utilizar el concepto de máximas de experiencia como una expresión que no amerita justificación, una “cláusula de estilo” o “a mayor a abundamiento”<sup>22</sup>, aplicando por esta vía generalizaciones espurias desde el punto de vista de su justificación epistémica. Ello hace necesario sugerir vías de control de la justificación de la generalización empleada y de su fuerza epistémica. De otro lado, también invita a cuestionarse si

---

<sup>13</sup> GASCÓN (2010), p. 155; NIEVA (2010), p. 102.

<sup>14</sup> Véase COHEN (1977), p. 13 ss; GASCÓN (2010), p. 155.

<sup>15</sup> Sobre este concepto véase STEIN (1990), p. 22.

<sup>16</sup> ANDERSON et. al (2015), p. 139; SCHUM (1994), p. 82. En el mismo sentido, BEX (2011), p. 36; PICINALI (2012), p. 200.

<sup>17</sup> TARUFFO (2009), p. 226.

<sup>18</sup> El desarrollo del ejemplo de la lluvia desde el punto de vista de las probabilidades puede verse en COHEN, (1977), p. 202 ss.

<sup>19</sup> COHEN (1977), p. 203.

<sup>20</sup> COHEN (1977), pp. 247 s. POLLOCK (1987), p. 483.

<sup>21</sup> TARUFFO (2009), p. 227; BEX (2011), p. 46.

<sup>22</sup> NIEVA (2010), p. 211. TARUFFO (2009), p. 235

es adecuado mantener el foco de análisis del control de la justificación probatoria casi en exclusiva en el resultado probatorio en relación con la satisfacción del EdR. Mi propuesta también quiere contribuir a dar mayor importancia—que la actual— a la fuerza epistémica de las generalizaciones para los efectos de justificar racionalmente que un hecho se halla probado más allá de toda duda razonable.

Lo anterior sugiere que la actividad probatoria, incluso en contextos institucionales como el judicial, esta mucho más cerca de la cotidianidad de las personas<sup>23</sup>—como originalmente fue asumida en el ámbito de la cultura del *evidence* anglosajón<sup>24</sup>—, y de lo cual aparentemente se intenta huir en sede románica-continental, por la necesidad de motivar racionalmente la decisión sobre los hechos.

Ahora, a mi modo de ver, desde un punto de vista exclusivamente pragmático, es mezquino el retrato de la operación cognitiva que implica el procedimiento probatorio “singular”<sup>25</sup> a partir de una simple inferencia lógica unidireccional desde el dato probatorio al resultado de la prueba. Se precisa también considerar una cierta “dirección de ajuste” de todas las piezas en el argumento probatorio que, —trayendo a colación a Haack—, tendría que ver con una concepción “fundherentista” de la epistemología<sup>26</sup>. Y, precisamente, esta concepción debe tener un reflejo en la determinación del EdR. Sin perjuicio de todo lo anterior, actualmente el razonamiento inferencial o lógico es la estructura más aceptada para dar cuenta de la labor que realiza el juez al valorar la prueba<sup>27</sup>.

González Lagier reconoce que existe un enlace entre los hechos que deseamos probar y las pruebas o indicios de que disponemos, donde

<sup>23</sup> Así, por ejemplo, BEX (2011), p. 46.

<sup>24</sup> También, algo hay de ello en STEIN (1990), p. 18, cuando vincula al concepto de máximas de experiencia a la identificación de relaciones vitales que *per se* son irreductibles y no admiten una exhaustiva recopilación.

<sup>25</sup> Con ello me refiero a la perspectiva atómica del análisis del razonamiento probatorio para diferenciarlo de un visión de conjunto o más cercana a una corriente holista en la valoración probatoria.

<sup>26</sup> HAACK (1997), pp. 105 ss; HAACK (2008 a), p. 993 ss; HAACK (1999), pp. 199 ss; HAACK (2010), pp. 394 ss. En un sentido similar, UBERTIS (2017), pp. 95. ss

<sup>27</sup> Una manifestación en la doctrina procesal puede verse en Montero (2011), pp. 598 ss.

se puede distinguir su “fundamento”, su “finalidad” y su “fuerza”. Así, considera a esta última como el grado de solidez de que ese enlace aporta a la inferencia probatoria. La fuerza del enlace se traduce en una mayor o menor resistencia a ser desplazado por inferencias con un enlace distinto. Y, a este respecto, por ejemplo, el mismo autor considera que la fuerza de una máxima de experiencia o generalización “viene determinada por la solidez del argumento inductivo en el que descansa”<sup>28</sup>. En efecto, señala expresamente que la solidez de la inferencia probatoria es gradual<sup>29</sup>. Por su parte, Gascón, indica que para determinar el grado de credibilidad racional de la máxima de experiencia, por ejemplo, hay que examinar el fundamento cognoscitivo de estas máximas y regularidades, de manera que se excluyan las generalizaciones apresuradas y los prejuicios. De esta forma, el grado de confirmación de la hipótesis final de la inferencia probatoria es mayor cuando las máximas de experiencia constituyen reglas científicas o vulgarizaciones de conocimientos ampliamente confirmados<sup>30</sup>. Es decir, la fuerza de las generalizaciones como garantía del argumento dependerá de la solidez de la fundamentación de su contenido. Esto nos permite identificar, por ejemplo, generalizaciones fuertes y generalizaciones espurias<sup>31</sup>. Por otro lado, García Amado considera que el razonamiento probatorio estará condicionado por la combinación de diversos elementos, entre ellos “el grado de seguridad que al contenido veritativo de los enunciados probatorios les proporciona su fuente *por razón del grado de seguridad que como regla general se asocia a sus enunciados* y en función de los medios y métodos de conocimiento utilizados”<sup>32</sup>. Taruffo considera que una regla de inferencia tendrá una mayor o menor repercusión en el valor de confirmación del hecho principal en cuanto la regla sea general y casi no contemple excepciones, o no se base en máximas de la experiencia de carácter vago. La fundamentación de la regla de inferencia utilizada afectará al grado de la aceptabilidad del hecho principal, y mayor será su

---

<sup>28</sup> GONZÁLEZ LAGIER (2003), p. 35 ss.

<sup>29</sup> GONZÁLEZ LAGIER (2013), p. 15

<sup>30</sup> GASCÓN (2010), p. 160; GONZÁLEZ LAGIER (2013), p. 17.

<sup>31</sup> Sobre el concepto de generalización espuria véase TARUFFO (2009), p. 444 ss.

<sup>32</sup> GARCÍA AMADO (2014), p. 65. El destacado en cursivas es nuestro.

influencia en cuanto se apoye en una vulgarización de leyes científicas o estadísticas, o en cuanto reduzca la vaguedad del fundamento cognoscitivo empleado<sup>33</sup>. Desde esta perspectiva, pese a la “oscuridad” epistemológica que envuelve al enlace inferencial, igualmente es posible identificar ciertos criterios que le otorgan una mayor solidez epistémica, pudiendo articularse una diferenciación respecto de otros que aparecen como más débiles.

El enfoque de la probabilidad lógica es mayoritariamente aceptado en sede probatoria, especialmente en aquellos autores que dan un genuino valor a la racionalidad de la valoración probatoria como una forma de favorecer el control intersubjetivo de la decisión sobre los hechos. Este enfoque es compartido por autores como Cohen<sup>34</sup>, Haack<sup>35</sup>, Taruffo<sup>36</sup>, Wroblewski<sup>37</sup>, Gascón<sup>38</sup>, Ferrer Beltrán<sup>39</sup>, Ubertis<sup>40</sup>, González Lagier<sup>41</sup>, Nieva Fenoll<sup>42</sup>, Andrés Ibañez<sup>43</sup>, Badaró<sup>44</sup>, entre otros. Por otro lado, la aceptación del principio de indeterminación en la generación de conocimiento de las ciencias naturales apoya la estimación basada en la probabilidad lógica del acaecimiento de los eventos.<sup>45</sup> Como señala Pauli, “...los razonamientos inductivos de las ciencias naturales son siempre probabilísticos”<sup>46</sup>.

Si adoptamos el enfoque de la probabilidad lógica es forzoso concluir que el resultado probatorio en relación con una determinada

---

<sup>33</sup> TARUFFO (2009), p. 273.

<sup>34</sup> COHEN (1986), p. 645, COHEN (1977), pp. 14, 27, 33 ss. Véase, también, JACKSON (1996), p. 313.

<sup>35</sup> HAACK (2008 b), p. 236.

<sup>36</sup> TARUFFO (2009), p. 256; TARUFFO (2010), p. 107.

<sup>37</sup> WROBLEWSKI (1989), pp. 171 ss.

<sup>38</sup> GASCÓN (2010), pp. 159 y 160.

<sup>39</sup> FERRER (2007), p. 27.

<sup>40</sup> UBERTIS (1996), p. 27 y 59; UBERTIS (2017), p. 73.

<sup>41</sup> GONZÁLEZ LAGIER (2003 b), p. 41.

<sup>42</sup> NIEVA (2010), p. 103 y 204.

<sup>43</sup> ANDRÉS (1992), p. 283.

<sup>44</sup> BADARÓ (2018), p. 49.

<sup>45</sup> POPPER (1982), p. 97 ss.

<sup>46</sup> PAULI (1954), p. 115. En el mismo sentido, HEMPEL (1977), p. 37; EDDINGTON (1929), p. 296; NAGEL (1974), p. 288 ss.

hipótesis será solo “probable” y que, además, podrán darse hipótesis más, menos o altamente probables en relación con otras<sup>47</sup>, lo cual sugiere una cierta graduación y vaguedad<sup>48</sup>. Y aquí se puede ver que el modelo de prueba es inconsistente si asumimos que la logicidad de la racionalidad probatoria sólo viene dada por la aplicación de la reglas de la lógica formal, de claro cuño bivalente, que omite dar valor probatorio a la gradualidad y vaguedad, y que obliga a los operadores a reconducir el variopinto escenario epistémico de la cuestión probatoria a dos opciones ciertas y determinadas: el enunciado X está probado/no probado, el enunciado X está probado/no probado más allá de toda duda razonable.

Desde esta perspectiva, tendremos una serie de proposiciones o enunciados fácticos que deben estar apoyados por elementos de juicio que, a su vez, podrán ser subsumidos en el supuesto de hecho como antecedente de la norma penal. Por su parte, el razonamiento inferencial de estos elementos será sostenido, además, por un criterio de inferencia o generalización, cuya fuerza epistémica moderará la mayor o menor probabilidad de acaecimiento del resultado probatorio. Sin embargo, situar el enfoque de análisis en el criterio de inferencia o generalización tampoco nos libera de trabajar con conceptos vagos y/o graduales. Especialmente en lo que dice relación con la ponderación o valoración de la fuerza epistémica de la generalización.

Un mismo enunciado fáctico podrá ser probado por diversos medios de prueba cuyas generalizaciones tengan diversas fuerzas epistémicas. ¿Cómo vincular la fuerza de diversas generalizaciones en relación con un mismo enunciado fáctico? Una posible vía de solución es la aplicación de la lógica difusa o de enunciados difusos al razonamiento probatorio, camino que ya ha sido abordado por algunos autores como Clermont<sup>49</sup>, Yablón<sup>50</sup>, Thorne<sup>51</sup> y al cual también hace referencia Schum<sup>52</sup>.

---

<sup>47</sup> FREUND (1987), p. 23; GASCÓN (2005), p. 128.

<sup>48</sup> Para WROBLEWSKI (1989), p. 102, desde un punto de vista semiótico, el resultado de carencia de claridad es resultado directo de la vaguedad del lenguaje.

<sup>49</sup> CLERMONT (2013), pp. 1062 ss; CLERMONT (2019), pp. 1457 ss.

<sup>50</sup> YABLON (1991), pp. 497 ss.

<sup>51</sup> THORNE (1981), p. 157 ss.

<sup>52</sup> SCHUM (1994), pp. 266 ss.

En efecto, la fuerza de la generalización epistémica, en cuanto concepto gradual, puede ser vinculada con otra—también gradual—, de forma lógica, a través de las propiedades de la lógica difusa. Ello puede proporcionar una cierta logicidad, estabilidad u objetivización en la interacción probatoria de estos conceptos, de cara a la determinación de si un enunciado fáctico se halla o no probado más allá de toda duda razonable.

## 2. PROBABILIDAD LÓGICA Y EdR

Como ya parece ser un lugar común en la teoría racionalista de la prueba, los estándares de prueba indican el nivel de suficiencia probatoria requerida para tener por probado un hecho. Es decir, los criterios que señalan cuándo está justificado aceptar como verdadera una hipótesis<sup>53</sup>. Los sistemas de justicia no están ajenos al establecimiento de dichos parámetros, precisamente porque es necesario fijar el grado de probabilidad requerido para estimar como probado un hecho subsumible en un supuesto de hecho como antecedente del enunciado normativo que se discute aplicar.

Los enfoques de la valoración probatoria, como el de la probabilidad lógica, cuyo desarrollo puede circunscribirse a la temática de la teoría de la prueba, pueden sufrir una fuerte tensión conceptual cuando se les intenta trasladar a un preciso enunciado normativo de un ordenamiento jurídico en concreto. Ello sucede, entre otros casos, cuando los ordenamientos jurídicos adoptan el concepto como el de estándar de prueba y, especialmente, cuando es una exigencia jurídica la condena penal más allá de toda duda razonable. En efecto, la satisfacción de este estándar expresa un esfuerzo justificativo mayor que el normalmente requerido para declarar verdadero un enunciado<sup>54</sup>.

Este difícil tránsito metodológico se ve perjudicado, además, por cuestiones propias de la aplicación y/o subsunción de las normas penales. Especialmente cuando aquellas contienen dos o más elementos con una base fáctica que deben ser probados para dar paso a la condena. ¿Cómo se proyecta el EdR a la prueba de estos elementos? ¿Puede presentarse

---

<sup>53</sup> GASCÓN (2005), p. 129.

<sup>54</sup> CAPRIOLI (2017), p. 324.

una duda razonable respecto de elementos accidentales del delito y, de igual forma, considerar que es procedente la condena penal?

Estas dos cuestiones grafican solo algunas problemáticas aplicativas que puede exhibir la decisión sobre los hechos en el contexto de la justicia penal.

## 2.2 ALGUNAS FORMULACIONES DEL EdR EN EL CONTEXTO DE LA PROBABILIDAD LÓGICA

En el ámbito de la probabilidad lógica, las formulaciones del EdR giran sobre la base de la aplicación de la inducción eliminativa de Bacon y Stuart Mill al razonamiento judicial a partir del trabajo de Cohen<sup>55</sup>. En efecto, Cohen teniendo como antecedente la férrea crítica a la utilización de la probabilidad matemática o pascaliana a la determinación de los hechos, se inclina por la aplicación de la inducción eliminativa, tanto común a la generación del conocimiento científico como a la realización de estimaciones por parte de las personas a través de generalizaciones de sentido común. A partir de aquí genera una discriminación entre variables relevantes e irrelevantes, como quien busca una explicación a un fenómeno científico a partir de causas<sup>56</sup>. En materia probatoria, especialmente en sede penal, ello se ha traducido en dos grandes consideraciones: a) la hipótesis fáctica prevaleciente debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y siendo capaz de explicar y confirmar la predicción de nuevos datos sobre la base de la misma. Y b) el EdR se halla satisfecho cuando, adicionada a la exigencia anterior, se han refutado todas las demás hipótesis fácticas que sean plausibles, explicativas de los datos, especialmente compatibles con la inocencia del acusado, excluidas las meras hipótesis *ad hoc*<sup>57</sup>. A partir de aquí los diferentes autores que son representantes de este enfoque introducen ciertos matices, pero manteniendo la estructura “inductiva-eliminativa” en su base.

---

<sup>55</sup> COHEN (1977), p. 144; GASCÓN (2010), pp.155 ss.; SCHUM (1994), pp. 245 ss.

<sup>56</sup> COHEN (1977), P. 144.

<sup>57</sup> FERRER (2007), p. 147. En el mismo sentido, ROBERTS y ZUCKER-MANN (2010), p. 258. Ello también puede apreciarse en VASCONCELLOS (2020), p. 19.

Sin duda, aunque se trata de formulaciones que presentan una mayor solidez para ser aplicadas al interior del sistema de justicia penal, igualmente subsiste un amplio margen de indeterminación, quizá siendo estas formulaciones más útiles desde una mera perspectiva argumentativa<sup>58</sup>, o considerando la indeterminación como una consecuencia asumida compensada por la confianza que se tenga en que el conglomerado de normas probatorias aplicables a todas las fases de los procedimientos termine por complementar o delinear adecuadamente la distribución de los riesgos de condenas erróneas.

Sin perjuicio de lo anterior, en el marco de la probabilidad lógica, las formulaciones sobre la determinación del EdR, si bien han logrado entregar herramientas que permiten un mejor control intersubjetivos sobre la base de criterios racionales<sup>59</sup>, igualmente incluyen expresiones cargadas de vaguedad<sup>60</sup>, donde es difícil trazar un límite de lo probado o no probado más allá de toda duda razonable, cuestión que contrasta con la bivalencia propia de la decisión jurisdiccional en sede penal, donde un acusado solo puede ser absuelto o condenado. Desde esta perspectiva, los esfuerzos de la probabilidad lógica siempre deberán asumir que el EdR es un concepto, *in natura*, difuso<sup>61</sup>.

### 3. LÓGICA DE CONJUNTOS O ENUNCIADOS BORROSOS

La vaguedad y la gradualidad de la expresión de algunos conceptos probatorios siembran la duda de que efectivamente la lógica formal bivalente sea adecuada y suficiente para colmar todos los espacios del razonamiento probatorio. Tal vez sea necesario el empleo de algún tipo de lógica no formal—como ya lo he enunciado— que vaya más con la línea de admitir diversos grados de fuerza probatoria de las inferencias o generalizaciones epistémicas. Véase ello a través de la paradoja del sorites<sup>62</sup>.

<sup>58</sup> CAPRIOLI (2017), p. 336., por ejemplo, apunta a que la expresión probado más allá de toda duda razonable equivale a considerar que hay buenas razones para estimar verdadera la hipótesis inculpatoria.

<sup>59</sup> GONZÁLEZ LAGIER (2014), p. 115.

<sup>60</sup> LAUDAN (2013), p. 61. Para Brasil, véase, VASCONCELLOS (2020), p. 10.

<sup>61</sup> SCHUM (1994), p. 265; GASCÓN (2005), p. 134.

<sup>62</sup> Véase, CLERMONT (2017), pp. 40 ss.



La paradoja del sorites se compone de dos premisas:

**Premisa 1:** si tu comienzas con un billón de granos de arena, entonces tienes un montón de arena.

**Premisa 2:** si tu remueves un solo grano de arena, sigues teniendo un montón.

Si tu remueves un grano una y otra vez hasta que quede un solo grano, entonces por aplicación de la lógica tu sigues teniendo un montón. Pero no hay un montón de arena. Es decir, en conclusión, un montón es igual a un no montón. Y ello, por supuesto, se opone al principio de contradicción de la lógica.

Siguiendo el ejemplo expresado, en algún momento el “montón de arena” dejó de serlo, ¿había un límite fijo de granos de arena para dejar de ser un montón? No<sup>63</sup>. Según Clermont, una forma de evitar la paradoja es admitiendo la posibilidad de existencia de una lógica multivalente<sup>64</sup>. Piénsese lo similar que puede ser esta paradoja con el cuestionamiento acerca de la fuerza epistémica de la generalización y algunos conceptos probatorios, ¿en qué momento una generalización de fuerza epistémica alta pasa a tener una fuerza epistémica baja o media?, ¿cuándo un enunciado pasa de estar probado a no estarlo? ¿En qué momento un enunciado probatorio pasa de estar probado más allá de toda duda razonable a no estarlo?

En efecto, como señala Schum, en una amplia gama de disciplinas las hipótesis son frecuentemente establecidas en términos difusos o borrosos<sup>65</sup>.

Zadeh, quien se considera impulsor de la lógica de enunciados difusos, en concordancia con la paradoja del sorites, logra observar que hay cosas con diversos grados de pertenencia o membresía y que, por tanto, no responden al principio del tercero excluido de la lógica formal<sup>66</sup>. Según este autor, dentro del grupo de los animales podemos incluir al perro o gato, jirafa, etc. De la misma forma podemos excluir a un lápiz, un libro, un móvil, etc. pero cuando debemos categorizar a una bacteria

---

<sup>63</sup> CLERMONT (2017), pp. 40.

<sup>64</sup> CLERMONT (2013), p. 1065; KLIR y YUAN (1995), p. 217; CLERMONT (2017), p. 40

<sup>65</sup> SCHUM (1994), p. 263.

<sup>66</sup> Véase, también, THORNE (1981), pp. 149 ss.

o una estrella de mar, estos tienen un estatus ambiguo respecto del grupo animales. Esta misma clase de vaguedad surge cuando intentamos relacionar el número 10 con el grupo o clase de los números reales mayores que 1<sup>67</sup>. Esto mismo que sucede con la estrella de mar o con el número 10 o con el grupo de personas bellas o el grupo de hombres altos no tiene un reflejo matemático. A partir de estas observaciones, Zadeh llama a estos grupos o clases indeterminados “*fuzzy sets*”. Así, los conjuntos difusos son aquellos que tienen un continuo de grados de pertenencia<sup>68</sup>.

Ahora, estos conjuntos borrosos admiten ciertas operaciones como de unión, conjunción, intersección, implicación, igualdad, etc<sup>69</sup>. Por otro lado, la interacción entre conjuntos borrosos nos permite construir cierta información y tomar determinadas decisiones usando reglas específicas. Cuando nos referimos al conjunto borroso “alto”, ello constituye una sola palabra de elaboración de la frase. Pero las oraciones están compuestas por muchas palabras que también condicionan acciones. Por ejemplo, si una persona es alta debe permanecer atrás respecto de las más pequeñas para no mermar su campo de visión. Si existen nubes negras en el horizonte, probablemente, lloverá y llegaré muy mojado a casa si no porto un paraguas. Como observa D’Agostini, en la lógica difusa, la estructura básica de la lógica clásica se puede preservar<sup>70</sup>, de lo que se puede inferir que no obstante operar con conjuntos difusos igualmente se pueden seguir aplicando—*mutatis mutandi*— ciertos principios lógicos. Ello podría ser el eslabón que permita cierta compatibilidad de la utilización de la lógica difusa en el tratamiento de los enunciados probatorios con el enfoque de la probabilidad lógica. De otro lado, tampoco ha faltado quien ha visto una correspondencia entre la “textura abierta” de los conceptos planteada por Hart y la “borrosidad” afirmada por Zadeh<sup>71</sup>.

Dicho esto, ¿por qué no explorar la posibilidad de aplicar las propiedades de los conjuntos difusos o borrosos a la vinculación de

<sup>67</sup> ZADEH (1965), p. 338.

<sup>68</sup> ZADEH (1965), p. 339.

<sup>69</sup> THORNE (1981), p. 151.

<sup>70</sup> D’AGOSTINI (2012), p. 231. En el mismo sentido, THORNE (1981), p. 152.

<sup>71</sup> CHAVKIN (1997), p. 172, afirma: “Hart’s ‘open texture’ thus corresponds to Zadeh’s view of words as ‘fuzzy sets’.”

la fuerza probatoria de las generalizaciones de los enunciados fácticos como si estas fueran conjuntos indeterminados o fuzzy sets? Desde esta perspectiva, Schum anota que las generalizaciones que usamos en materia probatoria ofrecen algunos de los mejores ejemplos de la omnipresencia de la imprecisión, destacando que en la materia es muy difícil evitar la borrosidad<sup>72</sup>. Así, las generalizaciones también se harán partícipes de este carácter difuso o borroso<sup>73</sup>. Lo mismo puede afirmarse del predicado relacional referido a la probabilidad que emergerá de dicha generalización<sup>74</sup>. Desde una perspectiva conceptual, las generalizaciones epistémicas y la interacción entre ellas en materia probatoria es un contexto muy conveniente para la aplicación de la “fuzzy logic” y compatible con ésta<sup>75</sup>, considerando, además, que dentro de las lógicas multivalentes, la formulación de Zadeh es el sistema lógico que está en condiciones de ofrecer mucho más que las otras opciones disponibles en materia de prueba<sup>76</sup>.

En efecto, la lógica difusa, no exenta de críticas –por cierto–, tiene la ventaja de permitir ciertas operaciones lógicas con conceptos indeterminados, pues asume como punto de partida las graduaciones verbales implícitas de cada término<sup>77</sup>. La lógica difusa, por ejemplo, permitiría vincular los diversos grados de la fuerza epistémica de las generalizaciones que conecten un elemento de juicio con un determinado resultado probatorio singular. Sin embargo, esto no quiere decir que la aplicación de la lógica difusa pueda resolver todos los problemas de vaguedad dentro de la valoración probatoria. A mi modo de ver, presenta otro enfoque de análisis de la *questio facti* que permite seguir trabajando con propiedades lógicas, pero aceptando la indeterminación de ciertos conceptos probatorios como algo necesario, imposible de evitar, y no como algo que se deba erradicar a todo evento. En efecto, como señala Wroblewski, la situación de duda, en el contexto de la vaguedad

---

<sup>72</sup> SCHUM (1994), p. 263. Agrega, (p. 264): “Generalizations in legal contexts are always dispositional in nature or are asserted in fuzzy terms”

<sup>73</sup> SCHUM (1994), p. 263.

<sup>74</sup> PICINALI (2012), p. 201.

<sup>75</sup> CLERMONT (2019), p. 1489.

<sup>76</sup> SCHUM (1994), p. 265. En un sentido similar, ADAMS y FARBER (1999), p. 1245.

<sup>77</sup> YABLON (1991), p. 511.

propia de la aplicación del derecho, es una situación pragmáticamente definida<sup>78</sup> y, desde esta perspectiva, posible de ser limitada, aunque no erradicada completamente.

La utilización de la lógica borrosa dentro del derecho ha sido ampliamente rechazada porque, precisamente, se trabaja sobre la base de enunciados difusos que aportan incerteza e inseguridad, como valores contra los cuales los sistemas jurídicos han de luchar en pro de la intersubjetividad de la justificación de la decisión sobre los hechos. En efecto, un primer problema persuasivo de la crítica hacia las visiones tradicionales del razonamiento judicial es que no es extraño advertir que quien se atreva a plantear los problemas con que se enfrenta la teoría lógico-deductiva de las decisiones judiciales sea inmediatamente acusado como irracionalista y condenado como un defensor del decisionismo y del subjetivismo arbitrario del poder judicial<sup>79</sup>. La “lógicidad” de la lógica difusa aplicada a este ámbito es una respuesta que se puede articular frente a dicha crítica. Siendo más precisos, se indica que la lógica borrosa nos capacita para explicar la mayoría de las dificultades teóricas con las que se encuentra la teoría lógico-deductiva de las decisiones judiciales, sin embargo, estos cálculos no nos habilitan para resolver las dificultades mismas<sup>80</sup>. Ello también debe ser anotado, y de ahí que se le considere simplemente otro enfoque compatible con otros de análisis de la cuestión, que en el mejor de los casos sirva para construir una regla heurística para que el juez corrobore cuándo se ha satisfecho el EdR. En este sentido, la propuesta exploratoria se intenta articular a través del análisis de la fuerza probatoria de las generalizaciones epistémicas, trasladando el punto de análisis desde el resultado probatorio hacia los condicionantes de dicho resultado, como una forma de generar una vía de control de los resultados actuales a través del empleo de otro punto de vista de tratamiento de la cuestión probatoria.

En este sentido, el juez tendrá que explicar o preguntarse a sí mismo cuál es el antecedente que le hace pensar que un criterio de inferencia genera una alta probabilidad de acaecimiento del enunciado

---

<sup>78</sup> WROBLEWSKI (1989), p. 103.

<sup>79</sup> MAZZARESE (1996), p. 203.

<sup>80</sup> MAZZARESE (1996), p. 202.

fáctico, de media probabilidad, o de baja probabilidad que condicione, a su vez, el resultado de su empleo. Un criterio de inferencia puede tener una fuerza alta cuando su fundamento cognoscitivo se base en reglas científicas<sup>81</sup>, pero siempre tomando en consideración que, como generalización que es, admite excepciones cuya concurrencia también han de ser acreditadas<sup>82</sup>. Como bien indica Haack, la ciencia no es sagrada y, como otras empresas humanas, es perfectamente falible, imperfecta, desigual en sus logros, a veces corrupta y, por supuesto, incompleta<sup>83</sup>. Por ello no ha de extrañar que se sostenga que la más precisa de las reglas científicas es potencialmente imprecisa<sup>84</sup>. Sin embargo, los resultados científicos, aunque falibles en algún aspecto, son suficientes para fundar una generalización aplicable a la prueba de un enunciado fáctico. Lo anterior, aun reconociendo que la decisión del juez sobre los hechos se enmarca en los límites de la probabilidad y, por tanto, dentro de una esfera de poder que nunca será del todo controlable<sup>85</sup>.

Por otro lado, también creo posible que la estimación del criterio de inferencia, en cuanto regla, puede presentar un entendimiento sensato con vocación de completitud si, bajo circunstancias normales, uno es capaz de especificar qué actos están conformes a esa regla<sup>86</sup> y a ese grado. En efecto, como bien señala Schauer, los científicos cognitivos, que han estudiado la formación y adquisición de los conceptos por parte de las personas, señalan que éstas no lo hacen a partir de las características esenciales (“*essential feature*”) que los conceptos suponen, sino a partir de los casos centrales (“*central case*”) que estos captan o agrupan<sup>87</sup>. En definitiva, las personas utilizan prototipos o paradigmas o casos centrales de los conceptos<sup>88</sup>, en los cuales suele tener una gran importancia las aportaciones

---

<sup>81</sup> En este sentido, GONZÁLEZ LAGIER (2003 b), pp. 42 s.

<sup>82</sup> Así, POLLOCK (1995), p. 61.

<sup>83</sup> HAACK (1999), p. 189.

<sup>84</sup> SCHAUER (2004), p. 94.

<sup>85</sup> ANDRÉS (1992), p. 257.

<sup>86</sup> MARMOR (1992), p. 153.

<sup>87</sup> SCHAUER (2015), p. 37.

<sup>88</sup> SCHAUER (2015), p. 37. En el mismo sentido, ADAMS y FARBER (1999), pp. 1247 ss.

de las generalizaciones epistemológicas. Así, desde un plano pragmatista es posible operar con conceptos probatorios indeterminados y generar con ello ciertas relaciones inferenciales sobre supuestos desconocidos.

Desde esta perspectiva, se pueden ponderar los criterios de inferencia en distintos grados, de forma de establecer una relación de correspondencia entre la fuerza de la generalización expresada en un determinado grado y la hipótesis que se considera prevaleciente. Ello, entre otras razones, porque el grado de confirmación o probabilidad de la hipótesis es directamente proporcional al fundamento y al grado de probabilidad expresados en los criterios de inferencias o generalizaciones usadas en la confirmación<sup>89</sup>, como ya anotaba. En otras palabras, la fiabilidad del grado de confirmación que se obtiene está en estrecha relación con la naturaleza y características que une al soporte inductivo con la hipótesis que se valora<sup>90</sup>. Es decir, la precisión y seguridad del criterio de inferencia, — que para mí se puede medir en términos de su fuerza—, será lo que nos permitirá distinguir entre una confirmación fuerte o débil<sup>91</sup>, o enunciados fácticos verdaderos, falsos o inciertos<sup>92</sup>. Por ello no llama la atención, entonces, que algunos autores equiparen probabilidad al grado de *inferential soundness*, es decir, al grado de inferencia que se puede extraer a partir del material disponible para confirmar la hipótesis valorada<sup>93</sup>.

Ahora, una complejidad adicional es determinar qué tipo de enunciados fácticos debo tener por acreditado por medio de una generalización fuerte, por ejemplo, para entender concurrente el supuesto de hecho de la norma penal. El enunciado 1 “Juan disparó a Pedro en la cabeza causándole la muerte” puede descomponerse a su vez en diversos enunciados singulares que presenten un determinado nivel de lejanía o cercanía con el enunciado 1. Cada uno de estos enunciados singulares estará o no apoyado por ciertos medios de prueba cuyo resultado probatorio singular depende de la generalización. Y, a su vez, la conjunción de cada uno de ellos determinará la justificación probatoria del enunciado 1. Sin

---

<sup>89</sup> GASCÓN (2010), p. 160.

<sup>90</sup> TARUFFO (2009), p. 272.

<sup>91</sup> TARUFFO (2009), p. 272.

<sup>92</sup> TARUFFO (2013), p. 75.

<sup>93</sup> COHEN (1977), pp. 14 y 27 ss.

embargo, la exigencia de satisfacción del EdR no puede trasladarse del enunciado 1 a los enunciados particulares por dos razones: a) la traslación de la EdR a cada uno de los enunciados particulares elevaría en exceso las exigencias probatorias de los enunciados fácticos singulares o elemento de las proposiciones complejas. Y b) porque ello pareciera dar por cierto que lo importante para la valoración probatoria solo es una visión holista o narrativa de lo sucedido, más allá de las particularidades de cada medio de prueba o de los enunciados singulares. Es decir, a mi modo de ver, no parece coherente con la adopción de modelos mixtos que conjugan elementos del atomismo con el holismo probatorio.

### **3.1 LA PONDERACIÓN O GRADUACIÓN DE LA FUERZA DE LAS INFERENCIAS COMO INSUMO PARA LA REGLA HEURÍSTICA**

Ahora, como veíamos, según la probabilidad lógica, el grado de confirmación de la hipótesis debatida en juicio estará en estrecha relación con la fuerza probatoria que posea la generalización o criterio de inferencia<sup>94</sup>. ¿Por qué no establecer reglas de control de la valoración de la prueba en la atribución de fuerza probatoria a los criterios de inferencia o generalizaciones para saber si se ha satisfecho o no el EdR? ¿Por qué no establecer una formulación en relación con cada enunciado fáctico de importancia que se ha de acreditar? Mi propuesta se encamina por este sentido.

En efecto, es posible atribuir múltiples e infinitos valores de fuerza probatoria de los criterios de inferencias o generalizaciones. Para los efectos de este trabajo utilizaré cuatro grados: a) muy fuerte o alta, b) fuerte o alta, c) media y d) baja. Esta enunciación, a su vez, refleja un orden decreciente de fuerza probatoria de las generalizaciones.

Cuando se trata de atribuir un grado de fuerza a una generalización epistémica, es difícil establecer criterios ciertos, seguros e infalibles. Sin embargo, el juez que valora la prueba, además de tener una habilidad natural para establecer estimaciones probabilísticas inductivas de los sucesos como mecanismo psicológico de adaptación al medio, también pertenece a una comunidad jurídica, cognitiva, epistemológica, donde

---

<sup>94</sup> GASCÓN (2010), p. 160.

existen ciertos criterios más o menos consensuados para interpretar los sucesos del mundo, y otros tantos excluidos. En efecto, el juez emplea generalizaciones que resultan de combinar la información obtenida por diversas fuentes con la prueba disponible en el juicio<sup>95</sup>.

Así, la ponderación de la fuerza de las generalizaciones puede realizarse tomando en consideración o en relación con un “modelo ideal” sobre la base de criterios intersubjetivamente compartidos por una comunidad<sup>96</sup>. Una fuerza de una generalización puede ser “muy alta” si se considera que presenta un sustento empírico científico serio. De la misma forma, una generalización tiene una fuerza “alta” si tiene como sustento una “ley de la naturaleza”<sup>97</sup> admitida como tal por la comunidad. Por su parte, una fuerza de una generalización tiene una fuerza “baja” si solo se basa en la creencia aislada del juez o en sesgos cognitivos sobre la base de su experiencia. Una generalización puede tener una fuerza probatoria “media” si existen más o menos las mismas probabilidades de que el resultado probatorio de la misma acaezca frente a la posibilidad contraria. Todo lo anterior, por supuesto, debe considerar circunstancias excepcionales del caso que, en concreto, podrían derrotar la aplicación de determinadas generalizaciones, de acuerdo con lo que plantea Cohen<sup>98</sup>.

Ahora, ¿cómo vincular los diversos grados de fuerza probatoria de las generalizaciones para saber si los enunciados fácticos de importancia para el tipo penal han satisfecho la duda razonable? Por ejemplo, supongamos que necesitamos acreditar el enunciado fáctico “Juan disparó a Pedro” y para ello tenemos dos medios de prueba: a) un testigo que vio salir a Juan del lugar de los hechos en un tiempo cercano al momento de la muerte y b) una grabación del momento del disparo. Pareciere ser—*prima facie*—que la fuerza de la generalización que apoya b) tiene

---

<sup>95</sup> En este sentido, PICINALI (2012), p. 217.

<sup>96</sup> Para PICINALI (2012), p. 212, habría una fuerte carga “analógica” al determinar el peso de la prueba.

<sup>97</sup> UBERTIS (2017), p. 81 s., quien reconoce, a priori, el mayor peso epistémico de las leyes científicas frente las máximas de experiencia.

<sup>98</sup> En un sentido similar, UBERTIS (2017), p. 76, plantea que, por lo bajo, la utilización de una máxima de experiencia no puede dejar de considerar el riesgo de que sea refutada por otra máxima de la experiencia eventualmente opuesta.



una mayor fuerza que la que apoya a). ¿Cómo se vincula la fuerza de ambas generalizaciones?

González Lagier haciendo referencia a los hechos probatorios señala: “*cuanto más hechos apunten en dirección a la hipótesis que queremos probar, más seguridad tendremos acerca de su corrección. Sin embargo, este criterio debe ser matizado, porque un solo hecho probatorio, pero con un alto grado de fiabilidad puede tener un peso mayor que varios hechos probatorios de escasa fiabilidad*”<sup>99</sup>.

Por su parte, García Amado señala que una prueba taxativa con vínculo de verdad necesaria y fiable desplaza a todas las otras pruebas, bien excluyendo su valor o bien haciéndolas innecesarias como pruebas de la hipótesis<sup>100</sup>.

Hoy en día la lógica de enunciados difusos se hace posible vincular los diversos grados de fuerza probatoria de las generalizaciones que apoyan diversos enunciados fácticos. En efecto, es posible aplicar la propiedad de la unión y de la conjunción de la lógica difusa sobre la base de una atomización de los enunciados fácticos más importantes para acreditar el tipo penal. Es decir, en primer lugar, aplicaremos la propiedad de la unión a la prueba de cada enunciado fáctico o proposición simple que compone el *núcleo fáctico del tipo penal* para luego, al resultado de ello, aplicar la propiedad de la conjunción de la lógica difusa en relación con la satisfacción general del estándar de la duda razonable. Así se integran aspectos derivados del atomismo y holismo en relación con la determinación de los hechos.

### 3.2 PROPIEDAD DE LA UNIÓN Y CONJUNCIÓN EN LOS CONJUNTOS BORROSOS Y LA PRUEBA

Zadeh<sup>101</sup>, considera que la operación de unión entre dos subconjuntos difusos se puede representar de la siguiente forma:

$$(A \cup B)_{(x)} = S(A_{(x)}, B_{(x)}) \text{ siendo } S \text{ una } t - \text{conorma}$$

<sup>99</sup> GONZÁLEZ LAGIER (2013), p. 16.

<sup>100</sup> GARCÍA AMADO (2014), p. 70.

<sup>101</sup> Véase, ZADEH (1965), p. 338; ZADEH (1969), p. 19; KOSKO (1995), p.145; ZIMMERMANN (2010), p. 317; KLIR y YUAN (1995), pp. 50 ss.

O de una manera más simplificada,

$$(A \cup B)_{(x)} = \text{Max}(A_{(x)}, B_{(x)})$$

Es decir, en relación con cada enunciado fáctico y considerando cada generalización, la unión del grado de fuerza de las diversas generalizaciones presentes determinará que el grado de apoyo inferencial esté representado por el máximo valor o fuerza, individualmente consideradas, de todas las generalizaciones que apoyen un determinado enunciado fáctico de importancia para el tipo penal. A la propiedad de la unión de la lógica difusa, de una manera más simplificada, llamaremos regla MAX.

Una vez determinado el valor inferencial de soporte de cada enunciado fáctico que componen la hipótesis, pasaremos a determinar el valor inferencial general de la hipótesis sobre la base de la aplicación de la propiedad de la conjunción de la lógica difusa como sigue:

Dados dos subconjuntos borrosos A, B en un mismo universo X, la conjunción de «A y B» se define mediante la siguiente fórmula<sup>102</sup>.

$$(A \cap B)_{(x)} = \text{Min}(A_{(x)}, B_{(x)})$$

Es decir, esto significa que las propiedades de conjunción de los subconjuntos borrosos A y B, se determinan por el mínimo valor atribuible a cada uno de ellos por separado.

Esto significa que el valor inferencial final de la fuerza epistémica de la hipótesis será igual al mínimo valor fuerza epistémica que presente la prueba de cada enunciado (su generalización) según la aplicación atomizada de la propiedad de la unión antes descrita. A la propiedad de la conjunción de la lógica difusa llamaremos regla MIN.

### 3.3 HACIENDO GRÁFICO EL EJEMPLO....

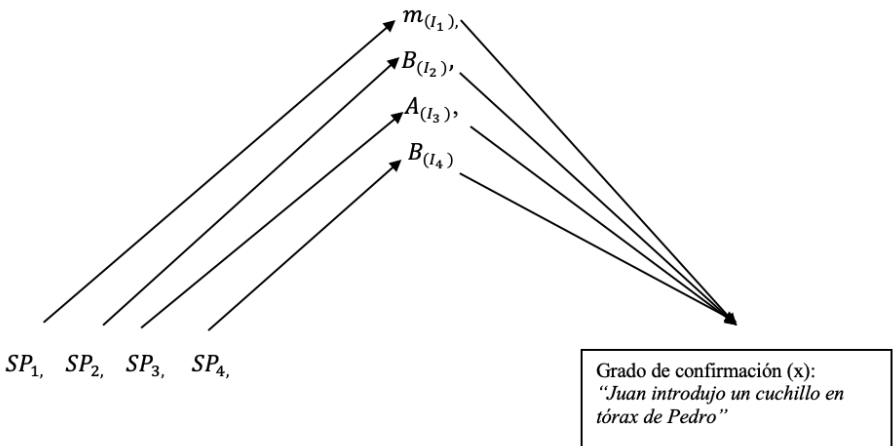
Supongamos que queremos acreditar que Juan introdujo un cuchillo en el pecho de Pedro causándole la muerte  $\overline{(x)}$  para lo cual

<sup>102</sup> KLIR y YUAN (1995), pp. 50 ss.

contamos con diversos medios de prueba  $(SP_1, SP_2, SP_3, SP_4)$  y, a su vez, con sus correlativos criterios de inferencia o generalizaciones  $(I_1, I_2, I_3, I_4)$ , cuya fuerza probatoria ha sido ponderada individualmente como sigue:

$I_1 = m$	$I_2 = B$	$I_3 = A$	$I_4 = B$
-----------	-----------	-----------	-----------

El esquema de valoración probatoria referido al grado de confirmación de la proposición fáctica, “Juan introdujo cuchillo en tórax de Pedro” queda así:



¿Cómo vinculamos los diversos grados de fuerza probatoria de las generalizaciones entre sí para saber si en este caso la proposición “Juan introdujo cuchillo en tórax de Pedro” está probada?

Como indicaba, la lógica difusa puede mantener los esquemas lógico-formales para la operatoria con dichos conceptos<sup>103</sup>. Desde esta perspectiva, es perfectamente posible concebir que cada grado de fuerza probatoria de cada generalización es un enunciado difuso que se puede vincular con otro del mismo tipo, considerando a todos como integrantes de un conjunto difuso, y a partir de allí realizar operaciones o inferencias

<sup>103</sup> D'AGOSTINI (2012), p. 231.

que nos permitan saber el grado de confirmación de un determinado enunciado fáctico.

Así, en el caso del ejemplo del enunciado “Juan introdujo cuchillo en tórax de Pedro” ( $x$ ), aplicando la regla MAX al valor probatorio de las inferencias la determinación de su grado de confirmación (GC) quedaría,

$$\overline{(A \cup B)_{(x)}} = \overline{Max(A_{(x)}, B_{(x)})}$$

$$\overline{(GC)_{(x)}} = \overline{Max(m_{(I1)}, B_{(I2)}, A_{(I3)}, B_{(I4)})}$$

$$\overline{(GC)_{(x)}} = \overline{Max(A_{(I3)})}$$

$$\overline{(GC)_{(x)}} = \overline{Alto}$$

Ahora, el enunciado ( $x$ ) se trata sólo de una proposición que, en conjunto con otras, podrán satisfacer el supuesto de hecho de la norma que sanciona “el que mate a otro será castigado con...”. A su vez, la conjunción de todas ellas permite subsumir la conducta en el tipo penal. Desde esta perspectiva, usando un esquema básico de la teoría del delito, debemos tener enunciados fácticos referidos a la acción ejecutada por el imputado ( $A$ ), otros enunciados referidos al resultado de pérdida de la vida o muerte ( $M$ ) y otros la relación de causalidad entre la acción y el resultado ( $RC$ ), etc. Es decir, todos “hechos materiales” que son necesarios acreditar para considerar normativamente que “Juan mató a Pedro”, cuyo valor probatorio ha sido determinado anteriormente y de forma individual aplicando la propiedad de la unión de la lógica difusa. Sin embargo, también se hace necesario vincular dichos valores para asumir un valor probatorio “de conjunto” de la hipótesis, para lo cual aplicaremos la propiedad de la conjunción de los conjuntos difusos.

De forma que el grado de confirmación de la hipótesis del homicidio podría expresarse— siguiendo la lógica difusa— conforme a la siguiente fórmula que constituye una aplicación de la regla MIN:

$$\overline{(A \cap RC \cap M)_{(H)}} = \overline{Min(A_{(H)}, RC_{(H)}, M_{(H)})}$$

Ahora, usando la graduación de las inferencias que anoté en los apartados anteriores, supongamos que la acción está probada por una inferencia alta ( $\overline{I_A}$ ), la muerte está apoyada con inferencia alta ( $\overline{I_M}$ ), y,

por diversas circunstancias, la relación de causalidad está probada con una inferencia cuya fuerza es media ( $I_m$ ). Entonces la fórmula anterior quedaría como sigue:

$$\overline{(I_A \cap I_A \cap I_m)_{(H)}} = \text{Min}(I_A \cap I_A \cap I_m)$$

Entonces,

$$\overline{(I)_{(H)}} = I_m$$

Esto significa, entonces, que se puede estimar que la hipótesis inculpatoria ha sido apoyada por inferencias o generalizaciones que presentan un valor medio. ¿Satisface el valor “medio” de la hipótesis el estándar de la duda razonable? Si solo tomamos como referencia una aproximación sociológica de lo que se estima que una hipótesis esté acreditada más allá de toda duda razonable, queda la duda si el valor “medio” como atribuible a toda la hipótesis inculpatoria satisface el EdR.

#### 4. FINALMENTE, LA PROPUESTA DE REGLA HEURÍSTICA

A partir de aquí se pueden utilizar los desarrollos anteriores de la lógica difusa para construir una regla heurística para que la judicatura y operadores jurídicos puedan comprobar si se ha satisfecho o no el EdR.

En efecto, la construcción de criterios o reglas heurísticas no es algo ajeno al derecho, ni tampoco al derecho probatorio. Por ejemplo, Wigmore sugiere un test provisional, desde el punto de vista de la valoración de las inferencias, para apreciar el nivel de probabilidad aportado por cierto hecho probatorio: “*Does the evidentiary fact point to the desired conclusion (not as the only rational inference but) as the inference (or explanation) most plausible or most natural out of the various ones that are conceivable?*”<sup>104</sup>.

De otro lado, Allen señalaba en un trabajo del año 1986, por ejemplo, que los enfoques Bayesianos de la probabilidad matemática pueden usarse mejor heurísticamente como guías para el pensamiento racional más que como específicos modelos o planos (“*specific blueprints*”)

---

<sup>104</sup> TWINING (1985), p. 128.

para la toma de decisiones forenses<sup>105</sup>, de igual forma que los jurados se basan principalmente en prueba probabilística<sup>106</sup>. Asimismo, se ha considerado que los estándares de prueba en el proceso de valoración racional de la prueba cumplen, además de una función justificadora, una de tipo heurística en cuanto criterios guías de una valoración racional<sup>107</sup>.

En el caso de la aplicación del EdR, por sus problemas de ambigüedad y precisión<sup>108</sup>, es que en los sistemas de enjuiciamiento del *common law* ha existido una cierta desconfianza o reticencia a que los jueces elaboren instrucciones para los jurados especificando lo que se entiende por duda razonable; ya sea porque no se entiende formar parte de la cláusula de debido proceso, ya sea porque no es necesario al poder transmitirse la cuestión a los jurados cuando entienden las instrucciones como un todo<sup>109</sup>. En este sentido, ha sido preferible que la cláusula hable por sí sola<sup>110</sup>, sin comentarios<sup>111</sup>, porque las instrucciones resultan altamente ineficaces<sup>112</sup>, pueden acrecentar ciertos sesgos<sup>113</sup> y tienen el potencial de confundir a los jurados<sup>114</sup>. La razón de ello, además de la falta de precisión y de consenso académico en los términos aplicativos del concepto<sup>115</sup>,

<sup>105</sup> ALLEN (1986), p. 402; CALLEN (1982), p. 44.

<sup>106</sup> ALLEN (1986), p. 402.

<sup>107</sup> GASCÓN (2005), p. 129.

<sup>108</sup> Como señalan GARDNER y ANDERSON (2016), p. 79., las instrucciones dadas por los jueces a los jurados respecto de qué se debe entender como condena más allá de toda duda razonable puede variar de Estado en Estado, incluso entre diversas cortes de un mismo Estado. Véase, también, MULRINE (1997), p. 198 ss.

<sup>109</sup> GARDNER y ANDERSON (2016), p. 79.

<sup>110</sup> Véase la decisión, “United State v. Glass”, 846 F.2d 386 (1988): “<Reasonable doubt> must speak for itself. Jurors know what is <reasonable> and are quite familiar with the meaning of <doubt>”. También, cómo retrata la situación de los Estados Unidos, LAUDAN (2013), p. 63 ss.

<sup>111</sup> ANDERSON (2016), p. 65 s; MULRINE (1997), p. 210 s.

<sup>112</sup> En este sentido, por ejemplo, TARUFFO (2005), p. 120, señala que aunque el juez elaborase una formulación impecable del estándar de la duda razonable, igualmente de podría dudar de la capacidad de los jurados de entender correctamente su significado.

<sup>113</sup> HOROWITZ y KIRKPATRICK (1996), p. 669.

<sup>114</sup> KEANE y MCKEOWN (2018), p. 111; WALTON (2014), p. 57.

<sup>115</sup> LAUDAN (2013), p. 62.

se basa en el peligro de condicionar la decisión del jurado a través de la explicación de los alcances del EdR en un determinado caso, y generar institucionalmente un vehículo en contra de la igualdad de los ciudadanos al permitir diversas significaciones del estándar entre cortes diferentes.

En efecto, en el Reino Unido, especialmente luego del 2017, en relación con la determinación del EdR por parte de los jurados con las mismas problemáticas anteriores<sup>116</sup>, se ha empleado algo muy similar a lo que podríamos denominar regla o criterio heurístico<sup>117</sup>. En el documento “*The Crown Court Compendium*” (2019), –que tiene por objeto proporcionar directrices para dirigir al jurado en los procedimientos judiciales seguidos ante The Crown Court–, se señala que si un abogado utiliza la frase “más allá de toda duda razonable” se debe indicar al jurado que esto significa lo mismo que “estar seguro”<sup>118</sup>. Se considera, basado en jurisprudencia, que es insensato (“unwise”) elaborar una formulación del EdR y además, se provee de un ejemplo a seguir acerca de cómo los jurados deben ser dirigidos: “*If reference has been made to beyond reasonable doubt by any advocate, the following may be added: You have heard reference to the phrase ‘beyond reasonable doubt’. This means the same as being sure*”<sup>119</sup>.

Igual camino se ha seguido cuando la doctrina norteamericana cita la propuesta de instrucciones de jurado del Federal Judicial Center que han sido, a su vez, referenciado en un voto concurrente (Justice Ginsburg) en el caso in *Victor v. Nebraska*<sup>120</sup>. En efecto, el citado documento dispone: “*Proof beyond a reasonable doubt is proof that leaves you firmly convinced of the defendant’s guilt. There are very few things in this world that we know with absolute certainty, and in criminal cases the law does not require proof that overcomes every possible doubt. If, based on your consideration of the evidence, you are firmly convinced that the defendant is guilty of the crime charged, you must find him guilty. If on the other hand, you think there is*

---

<sup>116</sup> Sobre la dificultad de aplicación, véase, EDGE et. Al (2018), p. 28 ss; MUNDAY (2018), p.166.

<sup>117</sup> Para ver críticas al empleo del estándar “sure” véase, KEANE y MCKEOWN (2018), p. 111.

<sup>118</sup> Judicial College, *The Crown Court Compendium*, part.I, 2019, Pt. 5.1. Véase, también, LAUDAN (2013), p. 63.

<sup>119</sup> Judicial College, *The Crown Court Compendium*, part. I, 2019, Pt. 5.1.

<sup>120</sup> *Victor v. Nebraska*, 511 U.S. 1(1994).

*a real possibility that he is not guilty, you must give him the benefit of the doubt and find him not guilty*<sup>121</sup>.

Estudios posteriores, en el ámbito de la psicología, han mostrado la claridad de la comprensión de este criterio por parte de los jurados frente a otros conceptos que han intentado lo mismo<sup>122</sup>.

El caso inglés muestra que, frente a la necesidad de seguir operando con un estándar de prueba con múltiples problemas de precisión y concreción, se hace necesaria una fórmula de entendimiento que permita seguir empleando dicho estándar, especialmente por parte de los jurados. Este contexto, *mutatis mutandi* replicable a los enjuiciamientos penales del *civil law*, es un excelente escenario normativo para que un criterio o regla heurística pueda prestar utilidad frente a las opiniones diversas respecto de cuestiones debatidas, en donde sea muy difícil o complejo modificar o cambiar “lo discutido” (el EdR) por su asentamiento en la cultura jurídica, en cuanto elemento constitutivo o estrechamente vinculado con la presunción de inocencia del acusado<sup>123</sup>, como garantía reconocida internacionalmente. En efecto, en el ámbito de *common law*, el estándar de la duda razonable ha ocupado un rol central en el sistema angloamericano de justicia penal desde fines del siglo XVIII<sup>124</sup> y, pese a sus críticas, las voces abolicionistas no han tenido mayor éxito, entre otras razones, porque sigue graficando bien la mayor exigencia probatoria de los juicios penales en comparación con los juicios civiles. Con todas sus fortalezas y defectos, el estándar de la duda razonable ha sido recepcionado<sup>125</sup>, expresamente, en buena parte de los procedimientos penales iberoamericanos reformados desde fines de los años 1990

---

<sup>121</sup> Federal Judicial Center (1987): 28. Otras formulaciones del estándar de la duda razonable en la jurisprudencia norteamericana pueden consultarse en LEE (2017), p. 30 s.

<sup>122</sup> HOROWITZ y KIRKPATRICK (1996), p. 669.

<sup>123</sup> ROGERS (2014), p. 197

<sup>124</sup> SHAPIRO (2014), p. 19; Lee (2017), p.1; MULRINE (1997), p. 199. Sin perjuicio de lo afirmado, el autor señala que su origen preciso es incierto.

<sup>125</sup> Sobre la confluencia de las culturas jurídicas del *common law* y del *civil law* en la materia, véase, ARMENTA (2012), pp. 19 ss.



en la región<sup>126</sup> y en otros europeos (Italia)<sup>127</sup> o supranacionales<sup>128</sup> e, implícitamente, a nivel doctrinario, de manera más amplia a través de la interpretación de la presunción de inocencia<sup>129</sup> o del *in dubio pro reo* en el resto de los ordenamientos jurídicos europeos de mayor importancia<sup>130</sup>.

<sup>126</sup> Así, por ejemplo, el artículo 340 del Código Procesal penal de Chile dispone: “Convicción del tribunal. Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, *más allá de toda duda razonable*, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por ley”. El artículo 381 del Código de procedimiento penal de Colombia (2004), señala que: “Conocimiento para condenar. Para condenar se requiere el conocimiento *más allá de toda duda*, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio”. El artículo 371 ter del Código procesal penal de la Provincia de Buenos Aires (1996) dispone: “1. Cumplido lo dispuesto en el artículo anterior, el juez hará ingresar al jurado a la sala de juicio. Primero le explicará al jurado las normas que rigen la deliberación, le entregará una copia de ellas por escrito junto con las instrucciones, les explicará cómo se confecciona el veredicto y les informará sobre su deber de pronunciar un veredicto en sesión secreta y continua. Les explicará en qué consiste la presunción de inocencia y que para declarar culpable a una persona se debe probar su autoría *más allá de toda duda razonable*. (...)”. El Artículo 5.3 del Código Orgánico Integral de Ecuador (2014) dispone: “Duda a favor del reo: la o el juzgador, para dictar sentencia condenatoria, debe tener el convencimiento de la culpabilidad penal de la persona procesada, *más allá de toda duda razonable*.” (En todos los casos la negrita es mía). En Brasil, si bien no existe expresa previsión normativa, la doctrina lo utiliza y recomienda su adopción. Véase, VASCONCELLOS (2020), p. 17.

<sup>127</sup> El art. 533.1 del Codice di procedura penales dispone: “Il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio. Con la sentenza il giudice applica la pena e le eventuali misure di sicurezza.” (La negrita es mía). Más antecedentes véase en CARPONI (2008), pp. 36 ss; CORDERO (2006), p. 1001; ARMENTA (2012), pp. 170 ss.

<sup>128</sup> El artículo 66.3 del Estatuto de la Corte Penal Internacional dispone: “Para dictar sentencia condenatoria, la Corte deberá estar convencida de la culpabilidad del acusado *más allá de toda duda razonable*”.

<sup>129</sup> Por ejemplo, HO (2012), pp. 260 ss, reconoce en el ámbito del *common law* que la presunción de inocencia, en uno de sus sentidos, puede describe los términos del estándar de prueba penal. En un sentido similar, IGARTÚA (1995), p. 66.

<sup>130</sup> Véase, por ejemplo, MULRINE (1997), p. 219 ss, que hace un análisis de Alemania, Italia y Suiza. Respecto de España véase, NIEVA (2016), p. 181; ARMENTA (2013), p. 242. En relación con Alemania, véase, ROXIN y SCHÜNE-MANN (2019), p. 572; PETERS (1985), p. 287 ss; ROXIN (2000), pp. 97 ss.

De esta forma, resulta altamente conveniente destinar los esfuerzos a generar vías de aplicación del EdR, pues sus problemas ya son conocidos y, sin embargo, es una institución jurídica asentada, que atraviesa culturas jurídicas, que se ha aplicado hace más de 200 años, y que pareciere no desaparecer en el futuro.

Todas las dificultades expresadas en relación con el sentido y alcance del EdR fortalecen una posición escéptica acerca de encontrar al interior de la probabilidad lógica una formulación contundente, que sea capaz de hacerse cargo de todas las críticas que se han realizado a las opiniones ya existentes. Aun cuando fuere posible la formulación objetiva de estándares de prueba como el comentado, como señala Gascón, conviene no exagerar ni su valor heurístico ni su valor justificatorio<sup>131</sup>.

Frente a ello, a mi modo de ver, merece más bien la pena dedicar los esfuerzos teóricos a desarrollar una fórmula o regla heurística, que integre aspectos de la epistemología y de la lógica de enunciados difusos. Es más, no sería raro afirmar frente a las problemáticas expuestas que, más que una definición del EdR precisa y sin vaguedad—cuestión prácticamente imposible— sea más útil y necesaria la formulación de una regla o criterio heurístico que, basándose en la acervo teórico de la lógica difusa, ayude a identificar desde otra perspectiva cuándo una hipótesis se halla probado más allá de toda duda razonable.

La experiencia en el ámbito anglosajón muestra que quizá es mejor abandonar la búsqueda de una definición del EdR correcta y consistente en favor de la generación de insumos que permitan una comprensión de su esencialidad y su aplicación, asumiendo que ello se intenta respecto de una noción con serios problemas de vaguedad, pero que quiere reflejar esencialmente una elevada exigencia de calidad epistémica de la decisión probatoria conforme a ella. De otro lado, no son del todo replicable las formulaciones heurísticas dadas en el *common law*, entre otras razones, porque parecen apoyarse en una subjetividad propia de la decisión de los hechos por parte de los jurados. En este sentido, no pareciere ser importante cómo se arriba a una decisión correcta, sino más bien que se alcance la misma, constituyendo los criterios heurísticos verdaderos instrumentos pedagógicos para arribar a la decisión adecuada. En lo que

---

<sup>131</sup> GASCÓN (2005), p. 137.

refiere a la mayoría de los enjuiciamientos penales enmarcables en la tradición románica continental, la decisión de los hechos debe motivarse, por lo que no es válido cualquier método de arribar a la decisión correcta. En este sentido, reconociendo los problemas de vaguedad del EdR en nuestra tradición y la utilidad para ella de las reglas o criterios heurísticos, la motivación exige que la formulación que se sugiera al respecto integre elementos que puedan servir para dar una justificación epistemológica de la decisión sobre los hechos, de forma de acercar en la mayor medida posible dicha formulación a los cánones de racionalidad. Y mi propuesta aspira a ello a través de la integración en la formulación heurística de los elementos ya mencionados.

En este sentido, y de acuerdo con todo lo anterior, es posible construir una regla heurística de satisfacción del EdR que considere los siguientes aspectos:

- a) La dependencia del grado de confirmación de la hipótesis respecto de la fuerza epistémica de la generalización que sirve como nexo entre el elemento de juicio y el enunciado fáctico.
- b) La fuerza epistémica de las generalizaciones que apoyan cada enunciado fáctico o proposición simple del núcleo fáctico del tipo.
- c) La vaguedad o gradualidad de la fuerza de las generalizaciones.
- d) La vinculación entre la fuerza epistémica gradual de las generalizaciones.
- e) La formulación diversa de la exigencia de satisfacción probatoria respecto del una perspectiva atomista y holista de la valoración probatoria.

Siguiendo a Clermont, la utilización de la lógica difusa en ámbitos probatorios podría tener un buen rendimiento para dar cabida a la verdad parcial. En efecto, la regla MIN es la forma matemática sólida de unir verdades parciales y, por tanto, un reconocimiento implícito de que la ley adhiere al enfoque de la prueba de elemento por elemento de la hipótesis (“*element-by-element approach*”)<sup>132</sup>. Para mí, este es un buen

---

<sup>132</sup> CLERMONT (2017), p. 66.

punto de inicio para dar una traducción lógica a la gradualidad de ciertos enunciados probatorios, y para desmarcarse de la regla del producto de la probabilidad matemática. Sin embargo, la posición de Clermont al respecto debe adecuarse a ciertos mínimos asumidos por la teoría racionalista de la prueba, basados en ciertos conceptos de la epistemología y en el entendimiento de ciertos términos probatorios contenidos en las leyes. Así, la tesis de Clermont por lo bajo debe lograr integrar la relación holismo/atomismo que se da en materia probatoria como, asimismo, la mayor exigencia probatoria que refleja el EdR frente a otros estándares de prueba (prevalencia de la evidencia en sede civil, por ejemplo). En relación con lo primero, hay que distinguir entre el conjunto de generalizaciones referido a cada uno de los elementos esenciales del tipo penal, y el conjunto de generalizaciones de todos los elementos esenciales del tipo penal. A la vinculación de los diversos grados de fuerza de las generalizaciones referidas a un solo elemento del tipo debiésemos aplicar la regla MAX. Entre otras razones, porque ello se aviene con la tesis de la probabilidad lógica de que importa que un enunciado fáctico esté demostrado para considerarse probado, con independencia si ello se consigue con uno o varios medios de prueba. Es decir, en este sentido, solo bastaría la presencia de un medio de prueba apoyado por una generalización epistémicamente fuerte para considerar probado el enunciado referido a dicho elemento. A su vez, determinado el valor representativo de cada elemento esencial del tipo, la vinculación de ellos considerándolos como un conjunto difuso debiera venir de la mano de la aplicación de la regla MIN, pues ello refleja propiamente la operación de conjunción y, además, a mi entender, muestra la mayor exigencia del EdR frente a otros estándares de prueba. En efecto, si aplicásemos la regla MIN para la prueba en procesos civiles y penales, por ejemplo, se generaría con ello algo muy similar a lo que se criticaba a la aplicación de la regla del producto de la probabilidad matemática: hacer transitar las exigencias probatorias de una sede jurisdiccional hacia otra, generando, además, con ello contrasentidos e inconsistencias. A este respecto, planteo la mantención de la regla MIN para el ámbito penal (EdR) debiendo buscarse otra opción para el ámbito civil –por ejemplo– de forma que se refleje en dicha sede una menor exigencia probatoria. Una alternativa sería seguir aplicando la regla MAX para el ámbito civil, pero también es posible recurrir a otros operadores de lógica

difusa<sup>133</sup>. Incluso, quizá, podría ser factible reconsiderar la aplicación de la regla del producto, con algunas matizaciones que puedan contener las inconsistencias denunciadas con anterioridad. Como sea, no es este el lugar para tratar la proyección de la lógica difusa a la prueba en los juicios civiles. De otro lado, la aplicación de la regla MIN para juicios civiles no refleja la menor exigencia probatoria de dicha sede desde el punto de vista sistemático de las normas probatorias de diversas jurisdicciones. En efecto, parece un contrasentido afirmar que sólo basta para considerar probada una hipótesis que está solo prevelezca sobre otra o su contraria, pero asumiendo como su valor general el del elemento apoyado por la prueba más débil. Siendo así, una hipótesis no prevalecería sobre otra, sino más bien la prueba débil de una respecto de la prueba débil de otra. A mi parecer, ello es epistémicamente inconsistente.

Todo lo anterior me lleva a sostener, en el marco de la exigencia del EdR y de la probabilidad lógica, que la regla MAX se mantenga para cada enunciado fáctico en particular y que la regla MIN se aplique a la hipótesis en conjunto como expresión de la mayor exigencia probatoria contenida en el EdR.

Si se asume lo anterior, una posible formulación de una regla heurística podría situarse en su esencialidad en la forma de hacer interactuar la prueba de los diversos enunciados que permiten apreciar como concurrentes los elementos del tipo penal que podríamos denominar como esenciales.

Así, lo anteriormente desarrollado puede ser resumido en la aplicación de una regla o criterio heurístico que el juez puede aplicar de acuerdo con la siguiente formulación:

“Si la prueba de la hipótesis inculpatoria fuere igual al menor valor de la fuerza epistémica de la prueba de los enunciados fácticos individualmente considerados del núcleo fáctico del tipo penal, ¿podríamos considerar satisfecho el estándar de la duda razonable en este caso?”

---

<sup>133</sup> Por ejemplo, operadores compensatorio ZETA, Véase, ZIMMERMANN y ZYSNO (1980), p. 37 ss.

O, en otros términos: “Si el grado de corroboración de la hipótesis inculpatoria fuera igual a la prueba más débil de los enunciados fácticos que son necesarios dar por acreditado en el caso, ¿ud, entendería satisfecho el estándar de la duda razonable?”

Una posible ventaja, además de los elementos considerados enunciados anteriormente, es que esta regla o criterio, como mecanismo de control, no se basa en lo que desde el punto de vista de la probabilidad lógica de Cohen podríamos considerar “demostrado” (aspectos más fuertes de la prueba) sino, por el contrario, en lo que la prueba indica como mínimamente demostrado (aspecto débil de la prueba). Es decir, el grado de confirmación no se juzga desde la fortaleza de la prueba, sino desde su debilidad. Ello, por lo demás, puede presentar una gran utilidad de cara a la aplicación de la presunción de inocencia como regla de juicio. Del mismo modo, refleja de manera adecuada una visión intermedia entre hacer extrema las exigencias probatorias del EdR que lo hacen inconsistente e inaplicable (crítica de la conjunción matemática de Cohen) y una rebaja a mínimos probatorios que no permitirían distinguir entre las exigencias probatorias del EdR (en sede penal) y del balance de la evidencia (en sede civil), desconociéndose con ello la importancia de la distinción en atención a la aplicación del consecuente de la norma penal (en el peor de los casos pena privativa de libertad).

Ahora, finalmente, esta regla heurística no pretende ser un reemplazo o una opción de las diversas formulaciones del EdR desde la perspectiva de la probabilidad lógica, sino un criterio de control alternativo sobre las mismas, cuya fortaleza se halla en los elementos que la integran. En efecto, más bien, se ha querido formular una regla que permita la aplicación del EdR asumiendo sus falencias de precisión e integrando en ella, por más que se trate de una regla heurística de claro corte “subjetivo”, elementos de racionalidad probatoria. Esta situación difiere de lo que acaece en el ámbito anglosajón, cuyas formulaciones heurísticas del EdR se concentran principalmente en la aplicación que haga del estándar un jurado lego, con escasa preocupación de la integración en ella de criterios de racionalidad probatoria que sean expresados. La regla heurística explorada, basada en asunciones de la probabilidad lógica y de la lógica de enunciados difusos, puede ser vista como una formulación con mayores

elementos “racionales”<sup>134</sup> que los intentos heurísticos basados en la mera experiencia práctica en juicios.

En efecto, la simplificación de una fórmula aplicativa del EdR, que concentre en ella los elementos esenciales referidos, además se aviene con lo señalado por la psicología cognitiva que aconseja la utilización de formulaciones breves y simples en la toma de decisiones, para evitar con ello los resultados sesgados por la aplicación del “efecto dilusorio” (“The dilution effect”) Este sesgo cognitivo se presenta cuando, en un contexto de información o datos complejos, se articula información relevante con una que no lo es. De esta forma, se corre el riesgo de que la información irrelevante termine por diluir la fuerza de la información relevante<sup>135</sup>. En este sentido, formulaciones muy complejas del EdR, con variados elementos a tener en cuenta, pueden favorecer el efecto dilusorio respecto de los elementos que pudieran llegar a ser esenciales en la formulación. Así, la aplicación de la regla MIN de la lógica difusa para juzgar la concurrencia general de la hipótesis inculpatoria puede hacer el complejo proceso de la prueba de los hechos en materia penal mucho más simple y entendible<sup>136</sup>.

## 5. CONCLUSIÓN

En este trabajo se ha intentado proponer una vía explorativa de aplicación del estándar de la duda razonable a través de la aplicación de ciertas propiedades de la lógica difusa. Pero ello sólo a través de la construcción de una regla heurística que ayude a los jueces a saber cuándo una hipótesis se halla probada más allá de toda duda razonable. Se ha justificado en el texto que la construcción de esta regla o criterio heurístico no es solo conveniente sino necesaria, pues capta como elemento integrante de ella la vaguedad ínsita a algunos conceptos probatorios.

---

<sup>134</sup> Por ejemplo, para CLERMONT (2019), p. 1490, la función de la conjunción de la lógica difusa aplicada a la prueba (“the MIN rule”) puede derivarse de la prueba formal (“formal proof”), pero también puede ser intuitiva.

<sup>135</sup> BEECHER-MONAS (2007), pp. 23 ss.

<sup>136</sup> CLERMONT (2017), p. 56.

En el marco general de la probabilidad lógica, se sugiere situar el foco de análisis en las generalizaciones epistémica o inferencias que comunican un medio de prueba con un determinado resultado probatorio, en cuanto la fuerza epistémica de éstas presenta una relación proporcional con el grado de confirmación del enunciado fáctico. Se propone que la fuerza epistémica de las generalizaciones sea graduada a partir de cuatro niveles (baja, media, alta y muy alta) tomando como contexto de referencia ciertos criterios aceptados por la doctrina probatoria. Para determinar el valor inferencial de soporte de cada enunciado fáctico del tipo utilizaremos la propiedad de la unión de la lógica difusa, aplicando la propiedad de la conjunción para determinar el grado de corroboración general de la hipótesis. A partir de todo ello, y de manera simplificada que facilite su aplicación, se puede formular la siguiente regla heurística para considerar satisfecho o no el EdR: “Si el grado de corroboración de la hipótesis inculpatoria fuere igual al menor valor de la fuerza epistémica de la prueba de los enunciados fácticos individualmente considerados del *núcleo fáctico del tipo*, ¿podríamos considerar satisfecho el estándar de la duda razonable en este caso? En otros términos: “Si la prueba de la hipótesis inculpatoria fuera igual a la prueba más débil de los enunciados fácticos que son necesarios dar por acreditado en el caso, ¿ud, entendería satisfecho el estándar de la duda razonable?”

Esta propuesta de regla heurística no puede ser considerada una formulación alternativa respecto de las que ya se han dado dentro de la probabilidad lógica, sino, a lo sumo, un criterio complementario respecto de ellas. En efecto, tampoco es antitética la lógica difusa respecto de la lógica formal bivalente<sup>137</sup>, pues en ambos casos es posible identificar un núcleo de logicidad que es común.

Esta propuesta es sólo una vía exploratoria de conceptos escasamente tratados en el ámbito probatorio, por lo que bajo ningún punto tiene la pretensión de dar solución a todos los problemas de vaguedad e indeterminación que se observan en el fenómeno probatorio. Sólo puede verse como una propuesta aplicativa del EdR que, adoptando ciertos elementos ya observados en la doctrina, tiene la pretensión de adecuar elementos de la racionalidad probatoria en el uso de una herramienta propia

---

<sup>137</sup> CLERMONT (2017), p. 49.



de corrientes subjetivas como es la utilización de criterios heurísticos ya empleados en la justicia penal del *common law*. Con ello, además, se acerca el fenómeno probatorio a los procesos cognitivos que las personas utilizamos en nuestros comportamientos sociales habituales. Se trata, en definitiva, de una primera mirada de los aportes de la lógica difusa respecto a la decisión sobre los hechos en la justicia penal.

## BIBLIOGRAFÍA

ADAMS, Edward; FARBER, Daniel. "Beyond the formalism debate: Expert reasoning, fuzzy logic, and complex statutes". *Vanderbilt Law Review*, Vol. 52, N° 5, pp. 1241-1340, 1999.

AÍSA MOREU, Diego. *El razonamiento inductivo en la ciencia y en la prueba judicial*. Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza, 1997. <https://doi.org/10.6018/daimon/198571>

ALLEN, Ronald. "Reconceptualization of civil trials". *Boston University Law Review*, Vol. 66, N° 3, pp. 401-438, 1986.

ALLEN, Ronald; PARDO, Michael "The problematic value of mathematical models of evidence", *Journal of Legal Studies*, Vol.36, N° 1, pp.107-140, 2007. <https://doi.org/10.1086/508269>

ANDERSON, John. *Uniform Evidence Law*. Sydney, The Federation Press, 2016.

ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto. "Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal", *Doxa*, N°12, pp. 257-299, 1992. <https://doi.org/10.14198/doxa1992.12.08>

ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William. *Análisis de la prueba*. Trad. Flavia Carbonell y Claudio Agüero. Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo: Marcial Pons, 2015.

ARMENTA, Teresa. *Sistema procesales penal. La justicia penal en Europa y América*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2012.

ARMENTA, Teresa. *Lecciones de derecho procesal penal*. 7º edición. Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo: Marcial Pons. 2013.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Editorial dossiê "Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos". *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 4, n. 1, p. 43-80, jan./abr. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.138>

BEECHER-MONAS, Erica. *Evaluating Scientific Evidence*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

BEX, Floris. *Arguments, Stories and Criminal Evidence*. Dordrecht/Heilderberg/London/New York: Springer, 2011.

CALLEN, Craig. Notes on grand illusion: Some limits on the use of bayesian theory in evidence law. *Indiana Law Journal*, Vol.57, N° 1, pp. 1-44, 1982.

CAPRIOLI, Francesco. Verità e giustificazione nel processo penale. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 317-342, jan./abr. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.30>

CARNAP, Rudolf. *Logical foundations of probability*. London: The University of Chicago Press, 1962.

CARPONI, Domenico. *Al di là del ragionevole dubbio e oltre*. Milano: Giuffrè Editore, 2008.

COHEN, Jonathan. L. *The probable and the provable*. Oxford: Clarendon Press, 1977.

FERRER, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2007.

COHEN, Jonathan. The role of evidential weight in criminal proof. *B.U.L.Rev* Vol. 66, N° 4), pp. 635-650, 1986.

CORDERO, Franco. *Procedura penale*. 8° edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2006.

CHAVKIN, David. Fuzzy thinking: borrowed paradigm for crisper lawyering. *Clinical Law Review*, Vol.4, N°1, pp. 163-194, 1997.

CLERMONT, Kevin. Death of paradox: The killer logic beneath the standards of proof. *Notre Dame Law Review*, Vol, 88, N° 3, pp. 1061-1138, 2013.

CLERMONT, Kevin. Conjunction of Evidence and Multivalent Logic. En: Glenn & Smith (eds.), *Law and the New Logics*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 32-68, 2017. <https://doi.org/10.1017/9781316227329.003>

CLERMONT, Kevin. Staying faithful to the standards of proof. *Cornell Law Review*, Vol.104, N° 6, pp. 1457-1512, 2019.

D'AGOSTINI, Franca. *I mondi comunque possibili. Logica per la filosofia e il ragionamento comune*. Torino: Bollati Boringhieri, 2012.

EDDINGTON, Arthur. *The Nature of the Physical World*. New York/Cambridge: The Mac Millan company/ Cambridge University Press, 1929.

EDGE, Romilly; GRIFFITHS, James; MCKEOWN, Paul; MCPHAKE, Robert; MILLS, Alexander. *Evidence*. 19 th. Edition, Oxford: Oxford University Press, 2018.

FREUND, Georg. *Normative Probleme der "Tatsachenfeststellung"*. Heidelberg: Müller, 1987.

GARCÍA AMADO, Juan. "Elementos para el análisis de la prueba y del razonamiento probatorio en el derecho". En: GARCÍA AMADO/BONORINO (coords.) *Prueba y razonamiento probatorio en el derecho*. Granada: Comares, 2014. <https://doi.org/10.4067/s0718-68512009000100010>

GARDNER, Thomas; ANDERSON, Terry. *Criminal Evidence: Principles and Cases*. 9º Edition. Boston, Cengage Learning, 2016.

GASCÓN ABELLÁN, María. *Los hechos en el derecho*. 3º edición Madrid/Barcelona/Bs. Aires: Marcial Pons, 2010.

GASCÓN ABELLÁN, María. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *Doxa*, n. 28, p. 127-139, 2005. <https://doi.org/10.14198/doxa2005.28.10>

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Hechos y argumentos (racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (I). *Jueces para la democracia*, N° 46, pp. 17-26, 2003 a. <https://doi.org/10.2307/j.ctv1dv0v2k.38>

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Hechos y argumentos (racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (II). *Jueces para la democracia*, N° 47, pp. 35-51, 2003 b. <https://doi.org/10.2307/j.ctv1tqcx90.5>

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. *Questio facti*. México D.F: Fontamara, 2013.

HAACK, Susan. *Evidencia e investigación*. Hacia la reconstrucción en epistemología. Trad. María Ángeles Martínez García. Madrid: Tecnos, 1997.

HAACK, Susan. Defending science-within reason. *Principia*, vol.2, N° 3, pp. 187-211, 1999.

HAACK, Susan. Of Truth, in Science and in Law. *Brooklyn Law Review*, Vol.73, N°3, pp. 985-1008, 2008 a.

HAACK, Susan. Proving causation: The holism of Warrant and the Atomism of Daubert. *Journal of Health and Biomedical Law*, Vol. 4, pp. 253-258, 2008 b.

HAACK, Susan. Federal Philosophy of science: A deconstruction and a reconstruction. *New York University Journal of Law and Liberty*, Vol.5, N° 2, pp. 394-435, 2010.

HEMPEL, Carl. *Filosofía de la ciencia natural*. 3º ed., Trad. Alfredo Deaño. Madrid: Alianza Editorial, 1977.

HOROWITZ, Irwin/KIRKPATRICK, Laird. A Concept in Search of a Definition: The Effects of Reasonable Doubt Instructions on Certainty of Guilt Standards and Jury Verdicts. *Law and Human Behavior*, Vol. 20, N°6, pp. 655-670, 1996. <https://doi.org/10.1007/bf01499236>

HORWICH, Paul. *Probability and evidence*. Cambridge/London/New York/New Rochelle/Melburne/Sydney: Cambridge University Press, 2011.

HO, Hock Lai. *A Philosophy of Evidence Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

IGARTÚA, Juan. *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1995. <https://doi.org/10.53054/bmj.v75i2237.6063>

JACKSON, John. Analysing the New Evidence Scholarship: Towards a New Conception of the Law of Evidence. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol.16, n° 2, pp. 309-328, 1996. <https://doi.org/10.1093/ojls/16.2.309>

KEANE, Adrian/MCKEOWN, Paul. *The modern Law of Evidence*. 12 th. Edition. Oxford: Oxford University Press, 2018.

KLIR, George/YUAN, Bo. *Fuzzy sets and fuzzy logic*. Upper Saddle River: Prentice Hall P T R, 1995. <https://doi.org/10.1080/03081079708945184>

KOSKO, Bart. *El pensamiento borroso*. Trad. Juan Pedro Campos. Barcelona: Crítica, 1995.

LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal*. Trad. Carmen Vázquez y Edgar Aguilera, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo: Marcial Pons, 2013.

LEE, Youngjae. Reasonable doubt and disagreement. *Legal Theory*, Vol. 24, N° 4, pp. 203-257, 2017. <https://doi.org/10.1017/s1352325217000180>

MARMOR, Andrei. *Interpretation and legal theory*. Oxford: Clarendon Press, 1992.

MAZZARESE, Tecla. “Lógica borrosa y decisiones judiciales: el peligro de una falacia racionalista”. *Doxa*, N°19, pp. 201-227, 1996. <https://doi.org/10.14198/doxa1996.19.12>

MONTERO, Juan. *La prueba en el proceso civil*. 7º ed.. Pamplona: Civitas, 2011.

MULRINE, Thomas. Reasonable Doubt: How in the World Is It Defined?. *American University International Law Review*, Vol. 12, N°1, pp. 195-225, 1997.

MUNDAY, Roderick. *Cross and taper on Evidence*. 30 th edition. Oxford: Oxford University Press, 2018.

NAGEL, Ernest. *La estructura de la ciencia*. 2º ed., Trad. Néstor Míguez. Buenos Aires: Paidós, 1974.

NIEVA, Jordi. *La valoración de la prueba*. Barcelona: Marcial Pons, 2010.

NIEVA, Jordi: "Tema 22. La sentencia penal: presunción de inocencia, motivación, congruencia y cosa juzgada". En: NIEVA, Jordi/ BUJOSA, Llorenç (Dir.): *Nociones preliminares de Derecho procesal penal*, Barcelona: Atelier, 2016. <https://doi.org/10.26439/advocatus2008.n017.2947>

PAULI, Wolfgang, Wahrscheinlichkeit und Physik. *Dialéctica*, N° 8, 1954.

PETERS, Karl. *Strafprozess*. 4º Auflage. Heilderberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1985.

PICINALI, Federico. Structuring inferential reasoning in criminal fact finding: An analogical theory. *Law, Probability & Risk*, vol. 11, nº2/3, pp. 197-224, 2012. <https://doi.org/10.1093/lpr/mgs006>

POLLOCK, John. Defeasible Reasoning. *Cognitive Science*, Vol.11, pp. 481-518, 1987. [https://doi.org/10.1207/s15516709cog1104\\_4](https://doi.org/10.1207/s15516709cog1104_4)

POLLOCK, John: *Cognitive Carpentry. A Blueprint for how to build a person*. Cambridge/ London: The MIT Press, 1995. <https://doi.org/10.7551/mitpress/1887.001.0001>

POPPER, Karl. *Quantum theory and the schism in physics*. London: Hutchinson, 1982.

ROBERTS, Paul/ ZUCKERMANN, Adrian. *Criminal Evidence*. Second Edition. Oxford: Oxford University Press, 2010.

ROGERS, Glen. The Chaos of Reasonable Doubt. *Trinity College Law Review*, Vol.17, p. 182-200, 2014.

ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Derecho procesal penal*. Trad. Mario Amoretti y Darío Rolón, Buenos Aires: Ediciones Didot, 2019.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Trad. Gabriela Córdoba y Daniel Pastor, Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 2000.

SCHAUER, Frederick. *Profile, probabilities and stereotypes*. Cambridge/ London/ England: Belknap Press, 2003.

SCHAUER, Frederick. *Las reglas en juego*. Trad. Claudina Orunesu y Jorge L. Rodríguez, Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2004.

SCHAUER, Frederick. *The force of law*. Cambridge/ London: Harvard University Press, 2015.

SCHUM, David: *The evidential foundations of probabilistic reasoning*. Evanston: Northwestern University Press, 1994.

SHAPIRO, Barbara. Beyond Reasonable Doubt: The Neglected Eighteenth-Century Context., *Law and Humanities*, Vol. 8, N° 1, p. 19-52, 2014. <https://doi.org/10.5235/17521483.8.1.19>

STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Trad. Andrés De la Oliva Santos, Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.

TARUFFO, Michele. Tres observaciones sobre ‘Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar’ de Larry Laudan, *Doxa*, N° 28, pp. 115-126. Trad. Jordi Ferrer Beltrán, 2005. <https://doi.org/10.14198/doxa2005.28.09>

VASCONCELLOS, Vinicius. “Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro. *Revista Direito GV*, v. 16, n. 2, maio/ago. 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201961>

### **Authorship information**

*Juan Sebastián Vera*. Doctor en Derecho Universidad de Barcelona. Profesor Asistente de Derecho procesal, Universidad de Chile. [jsvera@derecho.uchile.cl](mailto:jsvera@derecho.uchile.cl)

### **Additional information and author's declarations (scientific integrity)**

*Conflict of interest declaration:* the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

*Declaration of authorship:* all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

*Declaration of originality:* the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; he also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

### **Editorial process dates**

(<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 12/08/2022
- Desk review and plagiarism check: 15/08/2022
- Review 1: 29/08/2022
- Review 2: 30/08/2022
- Preliminary editorial decision: 13/09/2022
- Correction round return: 01/10/2022
- Final editorial decision: 08/10/2022

### **Editorial team**

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Reviewers: 2

#### HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

VERA, Juan Sebastián. A vueltas con la duda razonable y la lógica difusa: ¿necesitamos una regla heurística? *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, n. 3, p. 1419-1462, set./dez. 2022. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i3.750>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.




# O *malware* como meio de obtenção de prova e a sua implementação no ordenamento jurídico brasileiro


*Malware as a means of obtaining evidence and its implementation in the Brazilian legal system*

## **Gustavo Alves Magalhães Ribeiro<sup>1</sup>**

Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

gustavo\_alvesribeiro@hotmail.com


 <http://lattes.cnpq.br/2412046702757861>


 <https://orcid.org/0000-0002-3677-2710>

## **Pedro Ivo Rodrigues Velloso Cordeiro<sup>2</sup>**

Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

pedroivo.cordeiro@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/7389277522042037>


 <http://orcid.org/0000-0002-3854-9651>

## **Débora Moretti Fumach<sup>3</sup>**

Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

debmoretti@hotmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/63853545190701>

 <http://orcid.org/0000-0003-1552-5400>

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito Penal pela Faculdade de Direito da USP. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da USP. Advogado.

<sup>2</sup> Doutorando em Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da USP. Mestre em Direito e Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Advogado.

<sup>3</sup> Doutoranda em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da USP. Mestre em Direito Público - Administration et Politiques Publiques pela Université Paris 2 Panthéon-Assas (Título revalidado pela UNB). Promotora de Justiça.

**RESUMO:** O *malware* constitui um novo meio de obtenção de prova em matéria criminal. A sua operacionalização ocorre a partir da instalação, de forma oculta, de um *software* malicioso no equipamento ou sistema informático de um terceiro, a partir do qual será possível o acesso aos dados e informações nele contidos. Dado o seu elevado grau de invasividade, essa técnica enseja um impacto sobre diversos direitos fundamentais e garantias processuais dos cidadãos. O presente artigo faz uma análise dos principais aspectos problemáticos envolvendo o emprego do *malware* na esfera investigativa e averigua se é possível a sua utilização no Brasil no ordenamento jurídico vigente e, em quais termos, a sua utilização seria lícita. Ao final, o artigo conclui pela impossibilidade de seu emprego com base na legislação vigente e fornece parâmetros que devem orientar uma norma que vise futuramente regular essa medida no Brasil.

**PALAVRAS-CHAVE:** *malware*; meio de obtenção de prova; direitos fundamentais; garantias processuais.

**ABSTRACT:** *Malware is a new means of obtaining evidence in criminal matters. Its operation takes place from the installation, in a hidden way, of malicious software on the equipment or computer system of a third party, from which it will be possible to access the data and information contained therein. Given its high degree of invasiveness, this technique has an impact on several fundamental rights and procedural guarantees of citizens. This article analyzes the main problematic aspects involving the use of malware in the investigative sphere and investigates whether its use in Brazil is possible in the current legal system and, in what terms, its use would be lawful. In the end, the article concludes by the impossibility of its use based on the current legislation and provides parameters that should guide a norm that aims to regulate this measure in Brazil in the future.*

**KEYWORDS:** *malware*; means of obtaining evidence; fundamental rights; procedural guarantees.

---

## 1. INTRODUÇÃO.

A vertiginosa evolução das tecnologias de informação nas últimas décadas, com destaque para o desenvolvimento da internet, revolucionou o modo como as pessoas se comunicam e organizam as suas tarefas cotidianas, bem como obtém e armazenam dados e informações. Atualmente, os equipamentos informáticos estão presentes desde as atividades afetas à vida privada dos indivíduos, até aquelas de natureza profissional.

Os efeitos dessa realidade, naturalmente, alcançaram a seara processual-penal. De um lado, o desenvolvimento e a popularização da internet e dos meios informáticos impactou a prática delitiva, permitindo o surgimento de ilícitos tipicamente virtuais, além da expansão do uso de meios digitais para a consecução de crimes não exclusivamente virtuais. De outro, é crescente o interesse do Estado no uso de meios digitais para otimizar atividades relacionadas à prevenção e repressão de delitos. É sob este contexto que se situa o presente artigo, que trata da análise da possibilidade de utilização dos chamados *malwares* na esfera processual-penal brasileira, sobretudo na apuração da autoria e materialidade de práticas criminosas.

O termo *malware* se refere a um conjunto específico de *softwares* que, instalados de modo oculto em um equipamento ou sistema informático, permitem a um terceiro não usuário o acesso às informações e dados neles contidos, além de um controle contínuo e secreto sobre uma pluralidade de suas funcionalidades. Comumente referidos como *softwares* espíões, os *malwares* permitem o recolhimento de uma diversidade de informações e dados contidos nesses equipamentos e sistemas informáticos, estejam eles em processamento ou simplesmente armazenados, além de possibilitarem a captação de sinais audiovisuais emitidos no raio de alcance dos seus componentes.

Esse grau de invasividade faz que diversas críticas sejam feitas à utilização do *malware*, qualificando-o como uma forma de *hacking* estatal. Isso porque ao tempo que tais *softwares* podem gerar um ganho de eficiência extraordinário na seara investigativa, as suas especiais características podem ensejar questionáveis restrições a direitos fundamentais e a garantias processuais constitucionalmente consagradas.

O emprego de *malwares* em investigações está cada vez mais difundido ao redor do mundo, existindo experiências nesse sentido em países como os Estados Unidos, a Espanha e a Alemanha. No Brasil, particularmente, embora o interesse pela utilização de *softwares* espíões por autoridades de polícia judiciária já tenha sido noticiado<sup>4</sup>, não se tem conhecimento da sua efetiva aplicação como meio investigativo.

Diante dessas circunstâncias, o presente artigo tem por objetivo refletir sobre as seguintes questões: em nosso ordenamento jurídico é admissível a utilização dos chamados *malwares* na esfera processual-penal, sobretudo na apuração da autoria e materialidade de práticas criminosas? A disciplina legal vigente relativa aos meios de obtenção de prova é suficiente ou o emprego de *malwares* na esfera processual-penal depende do estabelecimento de um regramento jurídico próprio?

Para enfrentar tais questionamentos, buscou-se inicialmente caracterizar os *malwares*, bem como identificar o seu impacto sobre os direitos fundamentais e garantias processuais de um indivíduo investigado. Em seguida, faz-se uma análise da disciplina dos meios de obtenção de prova já legislados e que guardam relação com o objeto de estudo, os quais estão previstos no Código de Processo Penal e nas Leis n. 9.296/1996, 12.850/2013 e 8.069/1990. Ao final, são indicados possíveis caminhos para a conformação de um regramento seguro para a operacionalização do *malware* no Brasil.

## 2. MALWARE: CONCEITUAÇÃO E FUNCIONALIDADES.

### 2.1. NATUREZA, ATRIBUTOS E ESPÉCIES.

A palavra *malware* nasce da conjugação do adjetivo *malicious* e do substantivo *software*<sup>5</sup>, referindo-se àqueles programas simples ou

<sup>4</sup> ANTONIALLI, Dennys; ABREU, Jacqueline de Souza. Vigilância das comunicações pelo Estado brasileiro. Disponível em: <[https://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2016/01/ILAB\\_Vigilancia\\_Entrega\\_v2-1.pdf](https://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2016/01/ILAB_Vigilancia_Entrega_v2-1.pdf)>. Acesso em: 22 mai. 2022.

<sup>5</sup> BATISTA, Lydie Jorge Batista. *O malware como meio de obtenção de prova em processo penal*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018, p. 25-26.

autorreplicativos que, sem o conhecimento do seu utilizador, são inseridos de forma sub-reptícia em um sistema informático de modo a permitir que o seu controlador tenha acesso a dados já armazenados ou ainda em processamento, bem como faça o controle sobre diversas de suas funcionalidades. Uma vez secretamente instalados, tais instrumentos aproveitam-se de falhas ou aberturas do sistema informático para criar um portal de acesso remoto e invisível ao utilizador, a denominada *backdoor*, por meio da qual se obtém, à distância, acesso aos dados e funcionalidades do dispositivo<sup>6</sup>.

A utilização de *malwares* permite ao controlador do *software* uma ampla gama de funcionalidades, tais como acessar arquivos, senhas e informações armazenadas no sistema informático, bem como transferi-los e armazená-los em servidor remoto e independente do meio invadido. Além disso, essas funcionalidades ainda podem ser instrumentalizadas de maneira a possibilitar o monitoramento e recolhimento de dados sobre atividades e hábitos do usuário na internet, como data/hora de acessos, páginas *web* ou de e-mail acessados, endereço IP e tipo de navegador utilizado.

O *malware* não constitui um *software* único, tratando-se de uma série de dispositivos que, a depender da sua natureza e funções, assumem variados nomes, como cavalos de Tróia, *logic bombs*, *spyware*, *keylogger* e *screenlogger*, *rootkits*, *worms*, vírus, *blended threats* e *bots*<sup>7</sup>. Todos têm

---

<sup>6</sup> Ao fazer o estudo dos *malwares*, Eduardo Bolsoni Riboli, define-os como “a categoria de programas informáticos desenvolvidos com a finalidade de extração de informações contidas em um dispositivo eletrônico ou sistema informático sem o consentimento e o conhecimento do utilizador quanto à sua instalação e execução. Embora existam diferentes espécies de softwares de espionagem — cada qual com sua(s) função(ões) própria(s), por vezes desempenhando mais de uma função —, todos os softwares de espionagem compartilham a característica de ocultação de sua instalação e funcionamento, sendo normalmente — ao menos em um momento inicial — executados a partir de outro programa que seja útil ou inofensivo ao usuário”. RIBOLI, Eduardo Bolsoni. “Eu sei o que vocês fizeram no verão passado”: o uso de software de espionagem como meio de obtenção de prova penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 156, p. 91-139, jun.. 2019, p. 101-103.

<sup>7</sup> Para uma exposição sobre cada uma das funcionalidades dessas categorias de *malware*, ver: BATISTA, Lydie Jorge Batista. *O malware como meio de obtenção de prova...* Op. cit., p. 25-30.

em comum o fato de poderem ser instalados de forma dissimulada em um equipamento ou sistema informático, sem o conhecimento do seu utilizador, comprometendo as funções do meio invadido<sup>8</sup>.

Alguns programas espiões, como os *keylogger* e *screenlogger*, registram toda a informação digitada no teclado pelo indivíduo, permitindo ao seu controlador ter conhecimento das atividades desenvolvidas por meio das teclas<sup>9</sup>. Outros *softwares* viabilizam o acionamento de *webcam* e microfone, com a conseqüente captação de sinais ópticos e acústicos do ambiente em que está localizado o equipamento informático invadido. Além disso, há aqueles que possibilitam a captura de dados de geolocalização do indivíduo, que pode ser realizada em tempo real e com o indivíduo em deslocamento, e até mesmo o monitoramento do fluxo das comunicações em tempo real de áudio ou texto, eludindo-se tecnologias de criptografia.

Por fim, importante ressaltar que os dispositivos ocultos podem necessitar de acoplamento físico a um sistema informático para serem executados. Ou, como tem sido mais comum nos dias atuais, podem ser instalados pela via exclusivamente digital, sem nenhum contato físico com os alvos e equipamentos os eletrônicos visados, por meio de e-mails com links falsos ou outros meios maliciosos.

## 2.2. MALWARE E A PERSECUÇÃO PENAL.

A utilização de *malwares* em atividades investigativas é reivindicada sobretudo pelo elevado grau de eficiência que eles podem oferecer, ainda mais por se valer de um cenário de crescente integração de mecanismos informáticos ao cotidiano dos indivíduos e da utilização

---

<sup>8</sup> Apesar de determinados *malwares* terem ficado célebres por sua origem e utilização para fins ilícitos, algumas de suas aplicações podem ter uso comercial e estão legitimamente integradas ao dia a dia, podendo-se destacar a utilização de programas *spyware* nos processos de sondagem de hábitos de usuários de internet e de oferta de anúncios publicitários via *pop-ups*.

<sup>9</sup> Essa técnica, por exemplo, pode ser utilizada para a obtenção de senhas, inclusive para fins de decodificação de arquivos criptografados, permitindo também que mesmo aqueles textos digitados que venham a ser apagados ou armazenados sem o conhecimento de terceiros sejam conhecidos.

dos meios digitais para a prática de delitos. A diversidade e extensão dos dados e informações possíveis de serem acessados permite a eles alcançar resultados superiores àqueles que seriam obtidos pelos meios tradicionais de obtenção de prova. De fato, tais *softwares* viabilizam o acesso a elementos que dificilmente poderiam ser acessados por outras vias, permitindo inclusive o dribble de mecanismos que elidem o acesso a informações contidas em sistemas informáticos, tais como a criptografia ou a dissimulação do IP do computador de onde a comunicação é realizada.

Entende a doutrina que a utilização do *malware* na seara processual-penal funcionará como um novo meio de investigação ou obtenção de prova, técnica que diz respeito, nas palavras de Antônio Magalhães Gomes Filho, “a certos procedimentos (em geral, extraprocessuais) regulados pela lei, com o objetivo de conseguir provas materiais, e que podem ser realizados por outros funcionários (policiais, por exemplo)”<sup>10</sup>. No âmbito do processo penal, esse artifício tem por finalidade o encontro de informações e elementos concretos que corroborem ou infirmem uma assertiva acerca da consumação de um fato penalmente típico.

Os meios de investigação de prova são, como regra, mecanismos extraprocessuais. Consistem em iniciativas que buscam localizar elementos, informações e dados pertinentes à verificação ou não de um fato determinado, que preexiste ao processo e cuja demonstração interessa a este. Diante disso, eventualmente, os meios de obtenção de prova são irrepetíveis e, após obtidos, são oportunamente juntados ao processo. Não raras vezes, ademais, eles são realizados por autoridades outras que não o juiz, mas os responsáveis pela fase investigativa da persecução penal, como policiais e membros do Ministério Público, a quem também é conferido um poder de investigação.

Os meios de investigação de prova são frequentemente operacionalizados sem o prévio conhecimento do sujeito contra o qual ele se

---

<sup>10</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos sobre o processo penal brasileiro). In: YARHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Orgs.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 309.

dirige, caracterizando-se pelo elemento surpresa<sup>11</sup>, o que visa impedir a frustração do seu uso. Isso porque a prévia ciência do investigado poderia motivá-lo a destruir evidências ou interromper condutas delitivas ainda em prática e que estão sendo monitoradas. Nessas hipóteses, o contraditório não é realizado previamente à realização do meio de investigação de prova, mas diferido para momento posterior, desenvolvendo-se a diligência de forma oculta.

Nada obstante os benefícios possíveis de advir do *malware* como um novo e poderoso meio de obtenção de prova, a sua operacionalização na seara processual penal enfrenta dúvidas e questionamentos. A primeira delas relaciona-se a uma característica inerente a essa própria técnica probatória, que é o fato de o acesso ao equipamento ou sistema informático ocorrer de modo oculto, sem o prévio conhecimento do seu utilizador. Isso significa que o controlador do *software* espião utiliza-se de um meio ardiloso para acessar o sistema informático-alvo e, de forma secreta, ter acesso aos dados e informações armazenadas e em processamento nesse sistema, além de operar diversas de suas funcionalidades, ocorrendo tudo isso em um cenário no qual diversas informações afetas à intimidade e privacidade do indivíduo poderão ser profundamente acessadas.

A segunda delas diz respeito à diversidade de *malwares* existentes, que dispõem de funcionalidades plurais e permitem o acesso a variados elementos dos sistemas informáticos invadidos. A possibilidade de utilização combinada desses *softwares* oferece um controle extenso sobre o conteúdo acessado, os hábitos *online* do usuário, as informações em processamento e comunicações realizadas e, inclusive, as ações, atividades, diálogos e deslocamentos geográficos realizados pelo indivíduo.

A terceira delas trata da operacionalização das funcionalidades inerentes ao sistema informático atingido. Após o invasor ter obtido acesso ao meio desejado, ele poderá operar diversos dos seus programas e funcionalidades, gerando dúvidas quanto à integridade dos dados e informações recolhidas.

---

<sup>11</sup> TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 242-243.



A quarta delas guarda relação com a possibilidade de a vigilância recair sobre sistemas informáticos não visados, bem como indivíduos diversos aos desejados, fazendo com que dados e informações de terceiros estranhos sejam acessados e escrutinados.

A evolução das práticas criminosas, cada vez mais complexas, vertiginosas na utilização de meios digitais para sua consecução e, não raras vezes, desrespeitando barreiras territoriais, evidenciam ser incontornável e necessária a paralela evolução dos meios de obtenção de prova<sup>12</sup>: nesse cenário se inserem os *malwares* como meios de obtenção de prova que, embora mais invasivos da intimidade e vida privada, apresentam-se como veículos para conferir maior eficiência às investigações. O desafio que se apresenta é justamente o de se estabelecer um equilíbrio, dentro da ordem constitucional, entre emprego de *malwares* e a restrição a direitos fundamentais e garantias processuais que dele decorre<sup>13</sup>. Necessário, de

---

<sup>12</sup> Nesse sentido: “Así, el derecho de la prueba y a la prueba debe responder dinamicamente a los momentos evolutivos de la sociedad, y el desarrollo tecnológico es uno de estos contextos de mayor evolución em las últimas décadas, com incidência plena em el comportamiento humano, por su recurrente tránsito a la interacción virtual” BUSTAMANTE RÚA, Mónica María; TORO GARZÓN, Luis Orlando. La prueba digital producto de la vigilancia secreta: obtención, admisibilidad y valoración en el proceso penal en España y Colombia. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 7, n. 2, p. 1347-1384, mai./ago. 2021, p. 1352.

<sup>13</sup> Manuel M. G. Valente, referindo-se a meios de obtenção de prova que ele denomina de “especializados, especiais e excepcionais”, exemplificando com a “ampliação do âmbito das interações telefônicas, registo de voz off e imagem, gravações ambientais, gravações e fotografias por meio de câmaras de videovigilância, agentes infiltrados física e digitalmente, rastreios e perseguições digitais, localizações celulares, controlo e monitoramento concreto de IP, IMEI e GPS, recurso a IMSI-Carther(IMEI), buscas e apreensões preventivas no sistema digital a nível nacional, regional e internacional sem qualquer conhecimento do visado, e a admissibilidade e utilização como meios de prova os relatórios elaborados pelos serviços secretos”, afirma que “Os textos assentam numa tónica central que devemos ter sempre no nosso pensamento jurídico-científico: as investigações preliminares, os meios ocultos de obtenção de prova e as novas tecnologias de comunicação representam uma restrição aos direitos, liberdades e garantias fundamentais pessoais, mas que se impõe como necessária e excepcional na persecução de uma criminalidade organizada e estruturada nacional, regional e internacionalmente, e, por essa razão, as restrições inatas e inerentes a tais ações e meios devem, a par de uma rigorosa legislação, ser conformes ao quadro

início, breve incursão sobre os possíveis riscos a que sujeitos direitos fundamentais e garantias processuais em razão da utilização de *malwares* na seara investigativa criminal.

### 3. REFLEXOS DO MALWARE SOBRE O ORDENAMENTO JURÍDICO.

#### 3.1. O IMPACTO SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS INDIVÍDUOS.

O uso de *malwares* em investigações criminais tem o potencial de comprometer direitos fundamentais constitucionalmente afirmados. No Brasil, por exemplo, os seus reflexos sobre a Constituição de 1988 podem ser identificados na afetação à intimidade, vida privada, honra e imagem do cidadão (art. 5º, X), à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI) e ao sigilo das comunicações telemáticas (art. 5º, XII).

Isso se dá porque tais *softwares* permitem o acesso a uma grande variedade de dados e informações contidos no sistema informático alcançado (fotos, vídeos, informações bancárias, senhas, dados financeiros, arquivos e comunicações escritas etc), efeitos que podem ainda ser potencializados caso eles provoquem um acionamento da *webcam* e do microfone dos equipamentos eletrônicos, permitindo a captação de imagens e sons de locais íntimos, bem como se associe a tecnologias de geolocalização<sup>14</sup>, possibilitando um monitoramento contínuo do sujeito

---

jurídico-constitucional legítimo, válido, vigente e efetivo sob pena de negarmos o Estado constitucional democrático” VALENTE, Manuel M. G. Editorial dossiê “Investigação preliminar, meios ocultos e novas tecnologias”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 3, n. 2, p. 473-482, mai./ago. 2017, p. 474 e 481.

<sup>14</sup> Como adverte Carlos Hélder C. Furtado Mendes: “A modalidade de investigação por geolocalização não corresponde a qualquer forma de interceptação. Primeiro, pelo fato de que monitorar as coordenadas espaço-temporais do sujeito não corresponde a interceptação de fluxo de dados entre pessoas. De um lado se tem como objeto de aquisição o conteúdo de uma comunicação entre duas ou mais pessoas, de outro a posição e o movimento de uma pessoa ou coisa.” MENDES, Carlos Hélder C. Furtado. *Tecnoinvestigação criminal: entre a proteção de dados e a infiltração por software*. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 206.

investigado, com mapeamento de todos os seus deslocamentos e o acesso à multiplicidade de suas comunicações.

Há vasta jurisprudência estrangeira que versa sobre o emprego de *malwares* em atividades investigativas na seara processual-penal. No âmbito norte-americano, por exemplo, as primeiras experiências remontam à década de 1990, quando da utilização pelo FBI de um *malware* chamado *Carnivore*<sup>15</sup>. Naquele país, o emprego de *malware* situa-se no âmbito da quarta emenda, que proíbe a busca domiciliar sem decisão judicial e sem uma justa causa. A discussão é jurisprudencial e está centrada no critério da expectativa razoável de privacidade. Caso determinada medida ofenda essa expectativa, deve haver um mandado judicial amparado em uma causa provável<sup>16</sup>.

Diferentemente do que ocorre no âmbito norte-americano, os ordenamentos jurídicos europeus têm evoluído para exigir a necessidade de lei para o emprego de *malwares* em investigações

---

<sup>15</sup> Para mais informações, vide <https://www.aclu.org/press-releases/fbi-rena-mes-carnivore-internet-wiretap>

<sup>16</sup> Um bom exemplo da aplicação do critério da razoável expectativa de privacidade é o caso *United States vs. Nicodemo S Scarfo e Frank Paolercio*. Nesse caso, o FBI de Nova Jersey obteve autorização judicial para acessar e instalar por sessenta dias um *keylogger* em um computador que acessava um banco de dados denominado Factors. Em razão disso, os agentes daquele departamento investigativo iam de tempos em tempos ao escritório do suspeito visando obter senhas e diversas outras informações relevantes. Embora a defesa tenha suscitado que tal atuação superou os limites do mandado, dado que o dispositivo implantado registrou tudo o que foi digitado enquanto a autorização se deu apenas para o acesso àquele código, o Tribunal negou o requerimento da defesa sob o fundamento de que não houve interceptação de comunicações. Posteriormente, sobrevieram diversos outros casos jurisprudenciais sempre em torno do mesmo parâmetro da razoável expectativa de privacidade.

criminais, como ocorre, por exemplo, na Itália<sup>17</sup>, na Espanha<sup>18</sup>, na França<sup>19</sup> e em Portugal<sup>20</sup>.

Embora escape dos objetivos do presente artigo esmiuçar experiências e casos internacionais de emprego de *malwares*, cumpre tratar especificamente de um precedente da Alemanha que teve grande influência na compreensão do tema em nosso país. Em 2008, a Corte Constitucional alemã julgou reclamação constitucional ajuizada contra dispositivos da Lei de Proteção da Constituição do Estado de Nordrhein-Westfalen que permitiam “às autoridades locais de inteligência fazerem a busca remota

---

<sup>17</sup> Na Itália, o malware chegou a ser admitido por julgados oscilantes da Corte de Cassação sem lei específica. Posteriormente, foi editada lei sobre a matéria. Vide CAPPARELLI, Bruna. Técnicas investigativas italianas articuladas com a utilização dos denominados captadores informáticos: qui custodiet custodes? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 137, p. 253-286, nov. 2017; CAPRIOLI, Francesco. O “captador informático” como instrumento de busca da prova na Itália. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 483-510, mai./ago. 2017.

<sup>18</sup> A operacionalização de malwares em atividades investigativas na Espanha vinha sendo autorizada pelo meio judicial antes mesmo da entrada em vigor de uma norma reguladora, a Ley Orgánica 13/2015, de 05 de outubro de 2015, que acrescentou novos dispositivos à Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Vide: VACIAGO, Giuseppe; RAMALHO, David Silva. Online searches and online surveillance: the use of trojans and other types of malware as means of obtaining evidence in criminal proceedings. *Digital Evidence and Electronic Signature Law Review*, v. 13, 2016; ALAMILLO, Javier Rubio. La informática en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. *Diario La Ley*, n. 8662, 2015; PÉREZ ESTRADA, Miren Josune. La protección de los datos personales en el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 5, n. 3, p. 1297-1330, set./dez. 2019.

<sup>19</sup> Na França, o malware passou a ser regulado pela loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure

<sup>20</sup> Vide ALVES, Daniel Bento. Uso de *malware* em investigação criminal. *Atualidade Jurídica Uría Menéndez*, v. 16, n. 47, p. 19-30, out./dez. 2017.

de informações e o monitoramento online de computadores de suspeitos de cometerem práticas criminosas”<sup>21</sup> (BVerfGE 120, 274)<sup>22</sup>.

Não obstante a base constitucional para o questionamento da referida norma tenha sido o direito fundamental à autodeterminação informativa, reconhecido no histórico precedente BVerfGE 65<sup>23</sup>, de 1983, sobre a lei do censo, a Corte Constitucional alemã entendeu por reconhecer um novo direito fundamental: o da confiabilidade e da integridade dos sistemas informáticos, o qual deveria abranger equipamentos que armazenam dados e informações e que, em alguma medida, pudessem refletir a imagem da personalidade do indivíduo<sup>24</sup>.

Isto é, para além dos dados e informações contidos em um determinado sistema, deveria também haver uma proteção inerente ao próprio dispositivo informático. Nas palavras de Luis Grego e Orlandino Gleizer, “o Tribunal constrói, assim, um novo direito fundamental, com um âmbito de proteção próprio, para dar conta de novos setores em que

---

<sup>21</sup> MENDES, Laura Schertel. Uso de softwares pela polícia: prática legal? Programas permitem controle remoto da câmera e microfone do aparelho, JOTA, 2015. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/uso-de-softwares-espioes-pela-policia-pratica-legal-04062015>. Acesso em: 20/06/2022.

<sup>22</sup> Disponível em: <<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv120274.html>>. Acesso em: 22 mai. 2022.

<sup>23</sup> Disponível em: <<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv120274.html>>. Acesso em: 22 mai. 2022. A Corte declarou a lei do censo inconstitucional por autorizar que o Estado realizasse o cruzamento de dados coletados dos cidadãos para aferição da distribuição geográfica da população, permitindo um processamento automático daqueles elementos e restringindo o direito dos indivíduos em ter ciência e decidir sobre quais deles deseja divulgar. A decisão garantiu aos cidadãos proteção contra a recolha, armazenamento, uso e transmissão ilimitada de dados pessoais, salvo na hipótese de interesse geral da comunidade e sempre dentro dos limites da Constituição. Surgiu, assim, o direito à autodeterminação informativa, nos moldes que se espriaram por diversos ordenamentos jurídicos

<sup>24</sup> Posteriormente, por ocasião do julgamento do BVR 966/09, a Corte Constitucional alemã julgou constitucional a Lei de Prevenção dos Perigos do Terrorismo Internacional pelo Departamento Federal de Investigações (BKA) que permitiu o emprego de *malware* apenas para os delitos de terrorismo.

a personalidade tem de poder livremente desenvolver-se e dos novos perigos que ali se põe”.<sup>25</sup>

Esse importante precedente da Corte Constitucional alemã evidencia que as repercussões do *malware* em investigações criminais alcançam, portanto, não apenas aqueles direitos fundamentais já historicamente conhecidos, como também outros que estão sendo desenvolvidos por razão da evolução das tecnologias de informação e a consequente necessidade de proteção de dados pessoais.

### 3.2. O IMPACTO SOBRE AS GARANTIAS PROCESSUAIS DO ACUSADO.

Para além dos direitos fundamentais, a utilização de *malwares* em investigações criminais também tem o potencial de oferecer sensíveis riscos a diversas garantias processuais.

Os dados digitais notabilizam-se por sua efemeridade, vez que podem ser alterados e suprimidos com facilidade, além de poderem ser acessados a partir de equipamentos conectados em rede. Tal realidade, associada à constatação de que o operador do *malware* pode controlar várias funcionalidades do sistema informático invadido, levanta questionamentos quanto à confiabilidade e integridade dos dados e informações colhidos por meio de um *software* malicioso, cujas implicações impactam o exercício da garantia do contraditório e ampla defesa.

As funcionalidades dos *malwares* permitem também a sua utilização em investigações com caráter prospectivo, isto é, sem identificação mínima de possíveis suspeitos e relativa a delitos que podem sequer ainda ter se consumado<sup>26</sup>. Tais situações, contudo, levantam

<sup>25</sup> GRECO, Luís; GLEIZER, Orlandino. A infiltração online no processo penal – Notícia sobre a experiência alemã. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 5, n. 3, p. 1483-1518, set./dez. 2019, p. 1493.

<sup>26</sup> Mais uma vez, as investigações realizadas pelo FBI envolvendo o site de pedofilia *Play Pen* serve de ilustração. No bojo de referida investigação e com a utilização de *malwares* o FBI monitorou inúmeros usuários do site para investigar quais deles eram reais consumidores de pornografia infantil e autores de delitos de natureza criminal. ANTONIALLI, Dennys; ABREU, Jacqueline de Souza. E quando o policial vira hacker? As principais justificativas, técnicas e discussões jurídicas sobre hacking estatal. Disponível em: <<https://www>

questionamentos sobre os limites da ação do Estado na realização da persecução penal, especialmente quando ausente alguma regulamentação acerca da utilização de um *software* malicioso. Isso porque a sua operacionalização pode jamais chegar ao conhecimento do investigado, dificultando a ciência por parte dele quanto à real origem das provas obtidas em seu desfavor e, conseqüentemente, obstaculizando o exercício da sua defesa e a produção de eventual contraprova. Para além disso, terceiros que não estão relacionados aos fatos investigados e sobre os quais não pesa qualquer suspeita real podem acabar sendo atingidos pelas medidas investigativas.

Outra dificuldade é no tocante à identificação do juiz natural responsável pela apreciação do requerimento de uso do *malware*. Isso porque o uso da internet permite que os sistemas informáticos conectem diversos equipamentos eletrônicos em redes de diferentes extensões e complexidades. Soma-se a isso o fato de que a armazenagem de dados não se faz mais exclusivamente no interior de um equipamento, mas de forma externa, nas denominadas nuvens, bem como que existem expedientes de navegação na rede mundial de computadores que visam justamente fazer a ocultação do equipamento informático que realizou uma ação e do local onde está situado o usuário.

Por fim, afirma-se que princípio do *nemo tenetur se detegere* igualmente estaria sob risco de indevidas constrições em razão da invasividade dos *softwares* espíões, que permitem o monitoramento audiovisual de condutas realizadas nos ambientes de maior intimidade do indivíduo e nos quais ele tem uma real expectativa de não estar sendo visto ou ouvido<sup>27</sup>. Logo, como o emprego do meio investigativo não é do conhecimento do investigado, coloca-se em dúvida se em tais circunstâncias uma declaração autoincriminadora, por exemplo, poderia ser admitida e valorada em seu desfavor.

---

[internetlab.org.br/pt/privacidade-e-vigilancia/e-quando-o-policial-vira-hacker/](http://internetlab.org.br/pt/privacidade-e-vigilancia/e-quando-o-policial-vira-hacker/)>. Acesso em: 22 mai. 2022.

<sup>27</sup> MENDES, Carlos Hélder C. Furtado. *Tecnoinvestigação criminal...* Op. cit., p. 96.

#### 4. (A) TIPICIDADE DOS MALWARES NO BRASIL COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA.

O emprego de meios de obtenção de prova, geralmente e em diferentes graus, restringe direitos fundamentais e garantias processuais constitucionalmente asseguradas. Em razão disso, apesar de no ordenamento jurídico brasileiro vigor o princípio da liberdade na produção da prova, na conformidade do art. 369 do Código de Processo Civil, aplicável analogicamente ao processo penal, há posicionamentos no sentido de que somente meios de obtenção de prova legalmente previstos poderiam ser utilizados no âmbito processual penal<sup>28</sup>. O rol dos meios de obtenção de prova seria, assim, taxativo.

Nesse sentido, distinguir-se-iam os meios de obtenção de prova típicos daqueles atípicos. Os típicos, são os previstos no ordenamento jurídico por meio de uma norma legal autorizadora e regulamentadora do respectivo procedimento. A atipicidade, por sua vez, pode ser de duas ordens: ou o meio de obtenção de prova não está previsto legalmente em absoluto, ou, embora haja norma autorizadora da sua utilização, não há disciplina legal que indique hipóteses de cabimento, pressupostos e limites para que isso ocorra<sup>29</sup>. Em caso de atipicidade dos meios de investigação de prova, questiona-se a legitimidade da sua utilização mediante a aplicação analógica de dispositivos relativos a meios de investigação de prova típicos<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> Nesse sentido, vide: MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 315-316.

<sup>29</sup> Segundo Guilherme Madera Dezem, “tem-se que uma prova é atípica em duas situações: (1) quando ela seja prevista no ordenamento, mas não o seja seu procedimento probatório; (2) quando nem ela nem seu procedimento probatório sejam previstos em lei”. DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 445.

<sup>30</sup> A possibilidade de utilização da analogia para legitimar a operacionalização de meios de obtenção de prova é relevante no que tange às novas tecnologias de comunicação e informação, na medida em que a legislação não consegue acompanhar a velocidade com que tais técnicas evoluem. Nesse sentido, Gianluca Martins Smanio observa que novas tecnologias ou o uso inovativo de técnicas já existentes costuma surgir na rotina dos agentes policiais. É



No que se refere ao uso de *malwares*, a discussão centra-se justamente em verificar se a sua utilização se coaduna, ainda que por aplicação analógica, com algum dos meios de obtenção de prova já regulamentados, ou, diversamente, se é necessária prévia regulamentação legal para tanto.

A esse respeito, Gustavo Soares Torres defende que inovações tecnológicas que ainda não tenham sido reguladas como meio de investigação devem ser toleradas de forma excepcional, desde que encontrem espaço em “condutas investigativas análogas ou fruto da interpretação extensiva de instrumentos já consolidados no ordenamento jurídico”<sup>31</sup>.

Tratando especificamente dos *malwares*, Diego Roberto Barbiero defende que, enquanto não há legislação que autorize o uso de tal meio de investigação, é possível concretamente empregá-lo em casos complexos que envolvam crime organizado e organizações criminosas. Isso se daria porque “impedir o uso da tecnologia investigativa por não haver o Poder Legislativo, até o momento, deliberado sobre o tema de forma individualizada e concreta resulta, em larga medida, no desbalanceamento das forças de segurança em relação às da criminalidade organizada”<sup>32</sup>. Diante desse posicionamento, o autor entende ser cabível a interpretação extensiva

---

somente num segundo momento, diante da eventual difusão do uso de uma nova técnica, que questionamentos acerca da sua eventual atipicidade, da possibilidade de utilização de analogia ou da necessidade de sua regulamentação própria exsurgem. Nesse interim, pode ocorrer que novas tecnologias sejam empregadas na seara investigativa sem prévia regulamentação, de forma que “deve-se observar que não se pode ser conivente com o uso da nova técnica sem regulamentação legislativa por muito tempo, por estarmos tratando de restrições a direitos fundamentais cada vez mais intensas permitidas pelas novas tecnologias da informação”. SMANIO, Gianluca Martins. *A vigilância policial em meio digital...* Op. cit., p. 158.

<sup>31</sup> SOARES, Gustavo Torres. *Investigação criminal e inovações técnicas e tecnológicas*. Belo Horizonte: D’ Plácido, 2020, p. 327.

Nesse caso, o método investigativo poderia ser empregado, mesmo impactando direitos fundamentais, “obedecido o mandamento de proporcionalidade, seja compensado seu déficit de regulamentação por método judicial que a trate como praeter legem, excepcional, provisória, decorrente de interpretação extensiva ou aplicação analógica e inserida em contexto de evolução legislativa progressiva”.

<sup>32</sup> BARBIERO, Diego Roberto. *Implantação de Malwares em Investigações Complexas*. Curitiba: Juruá, 2021, p. 139.

por ser semelhante à interceptação telefônica, a busca e apreensão, a captação de sinais sonoros, e cabível ao juiz deferir a medida, desde que necessária, adequada e proporcional<sup>33</sup>.

Por sua vez, Greco e Gleizer propugnam, de modo contrário, que “se quisermos dotar as nossas instâncias persecutórias de uma faculdade de intervir nesse direito [confiabilidade e integridade dos sistemas informáticos], precisaremos, assim, de lei específica”.<sup>34</sup>

Assim, diante de tal controvérsia, passa-se nos tópicos seguintes, a verificar se é possível encaixar o *malware* nos referidos ordenamentos legais com o fim de se responder à inicial formulada no presente artigo.

#### 4.1. O MALWARE COMO BUSCA E APREENSÃO?

Em primeiro lugar, convém verificar se o *malware* pode ser analogicamente considerado um meio de busca domiciliar, tal como ocorre nos Estados Unidos da América.

A respeito de tal hipótese, Eduardo Guardia consigna que não existe um regime apropriado para a busca de prova digital e que “a precisão terminológica exige diferenciação entre as diversas operações técnicas que viabilizam a obtenção de dados digitais”. Isso porque “os processos de busca, captação, registro e monitoramento de dados, demandam atuações específicas dos órgãos policiais, que repercutem de modo particular nos direitos e garantias individuais”.<sup>35</sup>

Ademais, tanto a previsão constitucional do art. 5º, inciso XI, quanto a disciplina do Código de Processo Penal são bastante específicos em tratar da proteção da casa, do domicílio. É impossível, nesse contexto, comparar casa com dispositivo informático, sobretudo porque a Constituição de 1988, diferentemente da norte-americana,

<sup>33</sup> BARBIERO, Diego Roberto. *Implantação de Malwares...* Op. cit., p. 150.

<sup>34</sup> GRECO, Luís; GLEIZER, Orlandino. A infiltração online no processo penal... Op. cit., p. 1498.

<sup>35</sup> GUARDIA, Gregório Edoardo R. S. *Meios de busca de provas e inovações tecnológicas penal: obtenção e tratamento de dados digitais no processo penal*. São Paulo: Max Limonad, 2018, p. 285.

estabeleceu um campo de proteção próprio para os dados, no âmbito do art. 5º, inciso XII.

Outro argumento interessante para afastar essa analogia foi dado por Luiz Augusto Sartori de Castro. Segundo o autor, é indevida qualquer hipótese de encaixe do *malware* na disciplina legal da busca domiciliar, uma vez que tanto o sistema constitucional como legal identifica a busca como um meio invasivo de atuação do estado que deve ser implementado de forma ostensiva. Nesse contexto, a Constituição exige que a medida seja diurna e o Código de Processo Penal impõe que a entrada no domicílio seja tentada com o consentimento do morador e que seja garantida a presença de testemunhas. Tais características reforçam que a busca domiciliar não é um meio de investigação oculto. Diante disso, Castro afirma que é vedado “o uso de meio fraudulento ou artificioso visando reduzir a percepção do acusado quanto à efetiva realidade dos fatos, justamente o que ocorre quando se usa um *malware* para propiciar a realização de uma busca e apreensão”.<sup>36</sup>

Diante de tais considerações, fica claro não haver encaixe do emprego de *malware* na sistemática da busca domiciliar.

#### 4.2. O MALWARE NA LEI N. 9.296/1996?

A Lei n. 9.296/1996 trata da interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática para o uso em investigações criminais e em instrução processual penal. Ao passo que o primeiro sistema consiste no tratamento das informações por meio do uso de equipamentos e procedimentos na área de processamento e dados, o segundo diz respeito à manipulação e utilização da informação mediante o uso combinado do computador e meios de telecomunicações<sup>37</sup>.

Para a utilização dessa técnica, é necessária uma autorização judicial e o preenchimento dos requisitos legais previstos no art. 2º da norma: (i) a existência de indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; (ii) a prova não puder ser feita por outros meios

---

<sup>36</sup> CASTRO, Luiz Augusto Sartori de. Busca e apreensão mediante uso de *malware*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 21, n. 251, p. 6-8, out.. 2013, p. 7.

<sup>37</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 357.

disponíveis; e (iii) o fato investigado constituir infração penal punida, no mínimo, com pena de reclusão. Uma questão importante a seu respeito é o fato de que ela apenas abrange aquelas comunicações caracterizadas por sua instantaneidade, realidade presente nas comunicações telefônicas e em determinados tipos de dados. O acesso a correspondências, comunicações telegráficas e dados não instantâneos, quando desejados, deverá ocorrer pela via das medidas de busca e apreensão.

Disso já se vê, portanto, as limitações e diferenças que permeiam o emprego desse meio de obtenção de prova se comparado ao *malware*. De início, deve-se ponderar que, na interceptação telemática ou telefônica, o acesso à informação interceptada faz-se por expediente técnico externo ao sistema informático alvo; diferentemente, quando se utiliza um *malware*, o responsável pela infiltração insere-se num dos sistemas informáticos, isto é, naquele responsável pela emissão ou recepção da informação. Via de consequência, o agente malicioso possibilita uma coleta de dados muito mais ampla e invasiva do que aquela realizada a partir dos meios de obtenção de prova disciplinados na Lei n. 9.296/1996; para além da captação de um tráfego específico de dados, por vezes codificado e cujo conteúdo permanecesse inacessível, o *software* permite a coleta mais ampla deles, com possibilidade de acesso ao conteúdo decodificado das comunicações assim como aos dados que permanecem armazenados no sistema informático<sup>38-39</sup>. Sob uma perspectiva constitucional, é possível ainda dizer que enquanto a interceptação das comunicações incide diretamente sobre o direito à livre comunicação, a esfera de afetação do *malware* é maior, posto que também recai sobre o direito à intimidade e à imagem.

---

<sup>38</sup> MENDES, Laura Schertel. Uso de softwares espíões pela polícia: prática legal? *Jota*, 2015. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/uso-de-softwares-espies-pela-policia-pratica-legal-04062015>>. Acesso em: 22 mai.05. 2022.

<sup>39</sup> Carlos Hélder C. Furtado Mendes observa que “O *malware* a serviço da investigação não incide no fluxo comunicacional que se encontra por vezes protegido pela técnica criptográfica, mas transforma aquela interceptação passiva em “ativa”(intercettazioni ative), na medida em que permite a interceptação após sua decodificação internamente nos dispositivos informáticos” *Tecnoinvestigação criminal: ... Op. cit.*, p. 175.

Logo, a Lei n. 9.296/1996 não pode funcionar como fundamento para o emprego do *malware* no Brasil, sob pena de ampliar de forma desmedida o âmbito de abrangência dessa norma, autorizando o seu uso para fins que não são por ela previstos.

#### 4.3. O MALWARE NA LEI N. 12.850/2013?

A Lei n. 12.850/2013 disciplinou alguns meios de obtenção de prova que poderão ser utilizados para investigar organizações criminosas e delitos correlatos. Um primeiro deles, que está descrito no art. 10 da norma, previu a figura do agente infiltrado, o qual “pode ser entendido como o funcionário de investigação criminal ou um terceiro (subordinado à polícia) que atua ocultando sua qualidade, visando conquistar a confiança dos possíveis criminosos e, conseqüentemente, à obtenção de provas que possam incriminá-los”<sup>40</sup>. Consoante já afirmou a jurisprudência do STF em paradigmático julgamento envolvendo a diferenciação entre agente infiltrado e agente de inteligência, enquanto a atuação daquele “possui finalidades repressivas e investigativas, visando à obtenção de elementos probatórios relacionados a fatos supostamente criminosos e organizações criminosas específicas”, a deste último “tem uma função preventiva e genérica, buscando informações de fatos sociais relevantes ao governo”<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> GONÇALVES, Vinícius Abdala. *O agente infiltrado frente ao processo penal constitucional*. Belo Horizonte: Arraes, 2014, p. 12.

<sup>41</sup> Nesse sentido foi o que afirmou a 2ª Turma do STF ao julgar o HC 147.837, em 16.02.2019, cujo acórdão foi relatado pelo Ministro Gilmar Mendes. Sobre a diferenciação entre agente infiltrado e agente de inteligência no âmbito da segurança pública, Luis Fernando de França Romão sustenta que “i) a infiltração é apenas um método de trabalho, comum tanto às atividades de Inteligência quanto às investigações criminais; ii) a lei veda a infiltração de agentes policiais de Inteligência no âmbito de investigação criminal, não no âmbito das atividades de Inteligência; iii) a finalidade e a amplitude da ação policial são critérios para distinção entre a infiltração em ação de Inteligência (função preventiva e voltada às complexidades das conjunturas sociais) e a efetuada em investigação criminal (reativa, concentrada em apuração exclusiva dos fatos imputados e de que pode decorrer prisão); iv) a fiscalização judicial é critério distintivo da ação de infiltração de agentes policiais em tarefa de investigação, e exige-se decisão judicial prévia nos termos da Lei nº 12.850/2013; v) como só a infiltração do agente policial no âmbito da

A partir da Lei n. 13.964/2019, a referida norma passou a também admitir em seus arts. 10-A, B, C e D a ação de “agentes de polícia infiltrados virtuais”, modalidade que, por agir sobre um ambiente virtual, guarda maior aproximação com o *malware*. Esse meio de obtenção de prova somente poderá ser utilizado após uma autorização judicial e ante o preenchimento dos requisitos previstos nos arts. 10, *caput*, e 10-A da Lei n. 12.850/2013, consistentes: (i) na existência de indícios de infração penal; (ii) a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis; (iii) estiver demonstrada a necessidade dessa medida e (iv) forem indicados o alcance das tarefas dos policiais, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e, quando possível, os dados de conexão ou cadastrais que permitam a identificação dessas pessoas.

O ordenamento jurídico brasileiro admitiu, portanto, a criação de perfis falsos pelas autoridades investigativas a fim de que elas estabeleçam relações de confiança em um ambiente criminoso virtual, bem como se integrem na atividade criminosa, com o intuito de obter informações. Vale destacar que a novidade da lei não está na criação de um perfil falso e a consequente obtenção de informações públicas dos usuários na internet (fotos, mensagens, endereço, nomes de amigos e familiares etc.), uma vez que a coleta de dados em fontes abertas já era possível mesmo sem autorização judicial. A particularidade do agente infiltrado virtual é que ele poderá atuar no sentido de obter dados alocados na internet de forma

---

investigação criminal passa por controle judicial, é vedado o compartilhamento em investigação criminal de informações provenientes de infiltração de agentes de Inteligência; vi) embora o meio excepcional de obtenção de prova da infiltração de agentes policiais seja cabível apenas nas persecuções penais de delitos relacionados a organizações criminosas, os procedimentos probatórios regulados pela Lei nº 12.850/2013 devem ser respeitados por analogia em casos de omissão legislativa, e há incidência legítima para exigir prévia autorização judicial do agente policial para obtenção de prova em investigações criminais que envolvam outros delitos, como o de associação criminosa, verificado no caso *Black blocs*”. ROMÃO, Luis Fernando de França. Agente infiltrado e agente de inteligência: distinções a partir de estudo de caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Inteligência*, Brasília, v.16, n. 14, p. 85-99, 2019, p. 96-97.

restrita, isto é, aqueles nos quais o interlocutor renuncia à sua intimidade em razão da confiança depositada em um terceiro<sup>42</sup>.

A despeito de tal inovação que foi trazida na Lei n. 12.850/2013, a utilização do *malware* não poderá ser realizada a partir do regime jurídico previsto para o agente infiltrado virtual. Isso porque aquela norma não trata especificamente da implantação de um agente malicioso no dispositivo informático de um terceiro com o objetivo de acessar os dados e informações que estão nele armazenados ou sendo a partir dele produzidos<sup>43</sup>. Diante disso, e em sendo o *malware* uma técnica investigativa bastante invasiva, não é possível a realização de uma interpretação ampla do conceito de infiltração sem que isso implique uma violação ao princípio da legalidade processual.

Outra figura retratada na Lei n. 12.850/2013 e cuja diferenciação é importante de ser feita em relação ao *malware* corresponde à ação controlada, que está regulada no art. 8º da norma. Segundo Fernanda Regina Vilares:

“A ação controlada consiste no retardamento da atuação estatal com relação à prática delituosa cometida por membros de organização criminosa sob a condição de mantê-la (a prática criminosa) sob vigilância policial com o escopo de efetivar a atuação policial no momento mais oportuno no que tange à obtenção de informações para subsidiar a investigação criminal. Há uma flexibilidade diante da flagrância delitiva para tentar aumentar a eficiência da investigação.”<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Lei 13.441/17 instituiu a infiltração policial virtual. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-16/academia-policia-lei-1344117-instituiu-infiltracao-policial-virtual>>. Acesso em: 22 mai. 2022.

<sup>43</sup> ANTONIALLI, Dennys; ABREU, Jacqueline de Souza. E quando o policial vira hacker? As principais justificativas, técnicas e discussões jurídicas sobre hacking estatal. Disponível em: <<https://www.internetlab.org.br/pt/privacidade-e-vigilancia/e-quando-o-policial-vira-hacker/>>. Acesso em: 22 mai. 2022.

<sup>44</sup> VILARES, Fernanda Regina. *Ação controlada: limites para as operações policiais*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 50.

A despeito de o inciso III do art. 3º da Lei n. 12.850/2013 qualificar a ação controlada como sendo um meio de obtenção de prova, a professora paulista sustenta, com acerto, que tal expressão, na verdade, “indica o controle e a vigilância que as autoridades devem manter sobre a prática criminosa para colher o maior número de elementos informativos possível, sem que a situação flagrancial desapareça”<sup>45</sup>, não se tratando propriamente de um meio de obtenção de prova. A ação controlada seria, portanto, um método, e não uma técnica, porquanto ela não se refere “ao conjunto de meios de obtenção de prova e técnicas de investigação eleitos pela autoridade policial para solucionar uma ‘situação indeterminada’”, apesar de esses meios poderem vir a ser utilizados para procurar e extrair dados relevantes durante o processo de monitoramento estatal<sup>46</sup>.

Disso se depreende que a ação controlada dispõe de uma natureza mais ampla do que qualquer meio de obtenção de prova sigiloso existente, inclusive aquele decorrente do uso de agentes maliciosos, não se confundindo com essas medidas. É dizer, a ação controlada é um método que poderia se valer de tais *softwares* como uma técnica a ser utilizada em investigações contra organizações criminosas, não consistindo em um fundamento legitimador da sua utilização. Todavia, ante a inexistência de uma norma autorizadora ou reguladora do *malware* no Brasil, sequer a sua utilização é possível de ser feita no transcurso de uma ação controlada.

Logo, tampouco a ação controlada prevista na Lei n. 12.850/2013 respalda a utilização do *malware* no ordenamento jurídico nacional.

#### 4.4. O MALWARE NA LEI N. 8.069/1990?

A Lei n. 8.069/1990 dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. A partir da Lei n. 13.441/2017, essa norma passou a prever em seus arts. 190-A, B, C, D e E a possibilidade de “infiltração de agentes de polícia na internet para a investigação de crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes”, figura bastante similar àquela prevista na Lei n. 12.850/2013.

---

<sup>45</sup> VILARES, Fernanda Regina. *Ação controlada...* Op. cit., p. 51.

<sup>46</sup> VILARES, Fernanda Regina. *Ação controlada...* Op. cit., p. 51-52.



A utilização desse agente infiltrado dependerá de autorização judicial, sendo que os requisitos para a sua realização, estão disciplinados no art. 190-A da norma: (i) a demonstração da necessidade da medida; (ii) a indicação do alcance das tarefas dos policiais, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e, quando possível, os dados de conexão ou cadastrais que permitam a identificação dessas pessoas; (iii) a prova não puder ser produzida por outros meios e (iv) a investigação disser respeito aos crimes previstos nos arts. 240, 241, 241-A, 241-B, 241-C e 241-D da Lei n. 8.069/1990, bem como nos arts. 217-A, 218, 218-A e 218-B do Código Penal.

O agente infiltrado da Lei n. 8.069/1990 tampouco poderá se valer de um *malware* para promover uma investigação, haja vista que esta norma igualmente não trata especificamente do emprego de dispositivos espíões em atividades daquela natureza. Diante desse cenário, e do fato de que a referida técnica traz consigo significativos impactos sobre a esfera de intimidade e à imagem dos indivíduos, o seu emprego sobre tais contornos legais implicaria uma violação ao princípio da legalidade processual.

## 5. CAMINHOS PARA A IMPLANTAÇÃO DO MALWARE NO BRASIL.

Na atual conformação do ordenamento jurídico nacional, não existe um corpo normativo que regule ou autorize a utilização do *malware* em investigações criminais<sup>47</sup>. Tal realidade, somada à constatação de que o uso de *softwares* maliciosos representa risco de restrições sérias a direitos fundamentais e garantias processuais, implica sua inadmissibilidade como um meio de obtenção de prova<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> Em consulta ao sítio eletrônico dos Tribunais Federais e Estaduais de 2ª instância, bem como do STJ e STF mediante a utilização dos termos '*malware*' e '*software* malicioso', as ações judiciais que foram identificadas relativas ao uso do *malware* não estão vinculadas ao seu emprego por uma autoridade investigativa, mas sim a fraudes realizadas por terceiros mediante a instalação de um vírus no dispositivo eletrônico da vítima, em regra visando a subtração de dinheiro de contas bancárias.

<sup>48</sup> ALVES, Daniel Bento. Uso de *malware* em investigação criminal... Op. cit., p. 21.

Diante disso, para que a operacionalização de *malwares* seja possível na seara investigativa do Brasil, é necessário que o legislador discipline um comando legal específico nesse sentido (*nulla coactio sine lege*)<sup>49</sup>, medida que servirá para conter abusos pelo Estado e servir como um instrumento de garantia aos cidadãos<sup>50</sup>.

A regulação do *malware* em lei ainda possibilitará uma adequada operacionalização deste particular meio de obtenção de prova segundo a regra da proporcionalidade. Com efeito, nada obstante a proteção da intimidade e da privacidade esteja constitucionalmente resguardada no Brasil, o que também encontra referência em diversas esferas do sistema global de proteção e defesa dos direitos humanos<sup>51</sup>, é verdade que as variadas estratégias atualmente existentes para o acesso de informações em uma investigação criminal não guardam a mesma intensidade e invasividade se comparadas àquela possibilitada pelo agente malicioso. Nestes casos, os requisitos exigidos para a autorização da medida investigativa devem ser articulados a partir das próprias características diferenciais desta técnica, que guardam um caráter excepcional, a modo de contemplar a adequação, necessidade e proporcionalidade (em sentido estrito) que se esperam na sua utilização<sup>52</sup>.

<sup>49</sup> LOPES JR, Aury; MENDES, Carlos Hélder Carvalho Furtado. “Vírus espião” como meio de investigação: a infiltração por *softwares*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jun-07/limite-penal-virus-espiao-meio-investigacao-infiltracao-softwares>>. Acesso em: 22 mai. 2022.

<sup>50</sup> Segundo Paulo Pinto de Albuquerque, “quando o meio de obtenção de prova implicar um elevado grau de intrusão na privacidade do suspeito (ou um potencial aditivo de perigo inerente ao ataque aos direitos fundamentais (...), ele deve ser previsto por uma lei expressa”. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto. *Comentários do Código de Processo Penal*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, p. 332.

<sup>51</sup> ÁVILA, Ana Paula Oliveira; WOLOSZYN, André Luis. A tutela jurídica da privacidade e do sigilo na era digital: doutrina, legislação e jurisprudência. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 3, p. 167-200, set./dez. 2017, p. 171-173.

<sup>52</sup> A regra da proporcionalidade deve ser compreendida a partir de três subelementos diversos e independentes: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. O meio será “adequado” quando ele promover o fim buscado; será “necessário” quando a realização do objetivo perseguido não puder ser promovido, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido; e haverá uma

A importância de uma reserva de lei em relação a esta matéria pode ser verificada, por exemplo, a partir da experiência de Portugal. Por ocasião da aprovação da Lei do Cibercrime (Lei nº 109/2009, de 15 de setembro), instalou-se um debate quanto à admissibilidade ou não do uso do *malware* como um meio de obtenção de prova naquele país, e até mesmo com relação a qual dispositivo legal teria instituído essa previsão (se o art. 15º ou o art. 19º, nº 2, da norma)<sup>53</sup>. Além disso, mesmo os autores que entendem ser possível o uso de agentes maliciosos a partir da referida lei são críticos ao regime a eles aplicável, apontando a sua inconstitucionalidade<sup>54</sup>.

Tal cenário, para além de dar causa a uma grande insegurança jurídica, pode ensejar uma indevida violação de direitos fundamentais de terceiros. Por essa razão é que a previsão em lei de um regime jurídico próprio ao *malware* deve ocorrer de forma conjunta à formalização de um conjunto de garantias que visem regular o seu uso, tanto no plano

---

“proporcionalidade em sentido estrito” quando um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva revelar uma maior vantagem na promoção da medida. SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, 2002, p. 36-41.

<sup>53</sup> Nesse sentido, vide: ALVES, Daniel Bento. Uso de *malware* em investigação criminal... Op. cit., p. 25-30. BATISTA, Lydie Jorge. *O malware como meio de obtenção de prova...* Op. cit., p. 123-131.

<sup>54</sup> Nesse sentido, David Silva Ramalho, que admite a possibilidade de uso de *malware*, sustenta (i) que não existe uma regulação clara e precisa das suas condições e pressupostos; (ii) que não é feita uma definição dos tipos de dados que podem ser apreendidos e da finalidade possível de ser conferida ao seu uso; (iii) que o catálogo de crimes possíveis de autorizar a utilização de um agente malicioso é excessivamente amplo, absorvendo até mesmo crimes de reduzida gravidade; e (iv) que o prazo de duração dessa medida é indevido por ser igual ao aplicável às escutas telefônicas, técnica que é menos gravosa. RAMALHO, Silva David. *Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital*, Lisboa: Almedina, 2017, p. 351-355. Paulo Pinto de Albuquerque, por sua vez, embora sustente a previsão do *malware* por dispositivo legal diverso, igualmente conclui pela inconstitucionalidade deste meio de obtenção de prova na Lei do Cibercrime em razão de a norma implicar uma intrusão na privacidade da pessoa visada desproporcional e que é feita sem um controle prévio ou posterior da “pesquisa” por um juiz. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto. *Comentários do Código de Processo Penal...* Op. cit., p. 502.

constitucional como infraconstitucional, a bem de haver um adequado equilíbrio entre eficiência e garantismo na esfera processual.

Dadas as particularidades do *malware*, é de se questionar, em um primeiro momento, se a própria ordem constitucional vigente no Brasil oferece uma esfera de proteção adequada aos efeitos dele decorrentes, para o que é interessante observar a experiência alemã.

Segundo o Tribunal Constitucional Federal alemão, os direitos fundamentais então existentes não eram capazes de abarcar toda a esfera de afetação do *malware*, razão pela qual havia uma lacuna geral de proteção aos indivíduos. A insuficiência do direito à inviolabilidade do domicílio, por exemplo, deve-se ao fato de que ele não encontraria respaldo caso o sistema informático se encontrasse fora do espaço privado: se o sujeito começasse a escrever um e-mail no seu domicílio, editasse-o em um local público e o enviasse quando retornasse novamente à sua residência, na mesma atividade ele estaria protegido e desprotegido pelo direito. Por outro lado, o direito à autodeterminação informacional, que também é uma criação jurisprudencial germânica, relaciona-se a uma escolha do indivíduo em armazenar ou não informações nos sistemas informáticos (fotografias, vídeos, dados bancários, correspondência etc.). A sua insuficiência, quando da intervenção por um *software* malicioso, decorre do fato de que o cidadão não tem um poder de disposição sobre diversos dados que são criados automaticamente pelos sistemas informáticos e que são altamente sensíveis, os quais poderão ser acessados por meio do dispositivo espião<sup>55</sup>. Por essa razão, houve o reconhecimento de um novo direito fundamental, que foi denominado de direito à integridade e confidencialidade dos sistemas informáticos.

Esse novo direito constitui uma dimensão do direito geral à personalidade, trazendo como objeto da proteção o próprio sistema informático pessoal e, por consequência, o indivíduo que o utiliza. Em um contexto de dependência das pessoas em relação a sistemas dessa natureza, faz-se necessário assegurar a confiança dos indivíduos neles, de modo a garantir uma proteção sobre a sua confidencialidade e integridade. Enquanto a confidencialidade diz respeito à limitação do acesso

---

<sup>55</sup> BATISTA, Lydie Jorge. *O malware como meio de obtenção de prova...* Op. cit., p. 116-117.

da informação apenas às pessoas autorizadas, a integridade refere-se à proteção do sistema contra manipulações<sup>56</sup>.

No Brasil, vem-se entendendo pela necessidade de uma readequação da teoria do direito para enfrentar os desafios impostos por técnicas investigativas como o *malware*. Nesse sentido, Aury Lopes Jr. e Carlos Hélder Carvalho sustentam que o direito à integridade e confidencialidade dos sistemas informáticos pode ser incorporado à Constituição de 1988 por força da cláusula de abertura prevista em seu art. 5º, § 2º, que dispõe que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”<sup>57</sup>. Laura Schertel Mendes, por sua vez, sustenta que uma compreensão dinâmica do texto constitucional, a partir da qual se faz uma tutela ampla do direito à personalidade e da vida privada do cidadão, autoriza a integração desse novo direito fundamental à esfera nacional<sup>58</sup>.

Uma incorporação adequada do *malware* ao ordenamento jurídico brasileiro demanda, portanto, a previsão de um direito fundamental que efetivamente abranja os demais efeitos desse novo meio de obtenção de prova. Somente assim para que se tenha um regime jurídico adequado às inovações da modernidade, capaz de equilibrar uma ampla proteção da intimidade/imagem/libre comunicação/dados dos indivíduos, com as inovações que são necessárias para melhor combater as formas de criminalidade mais complexas. No plano infraconstitucional, por sua vez, como se verá, diversos aspectos também precisam ser observados para uma devida absorção desta técnica ao Brasil<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> MENDES, Laura Schertel. Uso de softwares espões pela polícia: prática legal?... Op. cit.

<sup>57</sup> LOPES JR, Aury; MENDES, Carlos Hélder Carvalho Furtado. “Vírus espião” como meio... Op. cit.

<sup>58</sup> MENDES, Laura Schertel. Uso de softwares espões pela polícia: prática legal?... Op. cit.

<sup>59</sup> Na mesma linha do aqui propugnado, é a posição de Alves em relação ao ordenamento português, segundo o qual, “para além de ser expressa, a consagração legal de um método oculto de investigação criminal - dado o potencial de agressividade relativamente a direitos fundamentais - tem também, nas palavras de Costa Andrade, “de prever expressa e explicitamente a medida de compressão de direitos fundamentais, fixar a sua compreensão,

## 5.1. REFERÊNCIAS PARA A DETERMINAÇÃO DE UM REGIME PROCESSUAL PARA O MALWARE.

O fato de a utilização do *malware* em uma investigação implicar uma afetação a diversos direitos fundamentais demanda que a sua regulamentação seja feita de forma bastante restrita e cautelosa. Da mesma forma que haverá problemas quando da adaptação de uma norma já existente, que foi pensada para outros fins, para autorizar essa medida, problemas também surgirão com a previsão dessa técnica em uma norma específica, só que de forma pouco qualificada. Em face disso, e adotando como referencial a experiência comparada, alguns elementos podem ser mencionados como necessários a uma norma processual que vise regular a utilização de um dispositivo malicioso.

Uma *primeira questão* diz respeito à necessidade de haver uma previsão expressa em lei no sentido de que o *malware* constitui o último recurso possível de ser acionado pelas autoridades em uma atividade investigativa. Não basta, portanto, que sem essa técnica as apurações se tornem mais difíceis; é necessário que sem ela as apurações sejam praticamente impossíveis.

Uma *segunda questão* é a necessidade de que o uso do *malware* somente seja autorizado judicialmente e mediante uma decisão amplamente fundamentada. Para tanto, deve-se exigir a verificação da proporcionalidade da medida ao caso concreto, através de uma análise da sua adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, prevendo-se em lei que a não identificação desses pressupostos, bem como a sua realização de forma inadequada ou insuficiente, ensejará a nulidade da intervenção.

Uma *terceira questão* está relacionada à previsão de um catálogo taxativo e restrito dos delitos que poderão autorizar o uso do *malware*, os quais não apenas devem dispor de elevadas penas, como guardar pertinência com o uso de um agente malicioso.

---

extensão e vinculação finalístico--teleológica bem como definir os seus limites". ALVES, Daniel Bento. Uso de *malware* em investigação criminal... Op. cit., p. 28-29.

Uma *quarta questão* é a necessidade de haver uma descrição da forma como será feito o uso do *malware*, indicando-se o procedimento para a sua instalação (físico ou remotamente); o tipo de dispositivo malicioso que será utilizado, bem como o uso que será conferido a ele no dispositivo eletrônico (obtenção de dados armazenados, acesso à câmera, registro das palavras que estão sendo digitadas etc.). Paralelamente, a norma reguladora deve prever a utilização de técnicas que realizem o mínimo de alterações no sistema informático e que permitam a sua reversão ao final, além do que elas devem proteger o sistema acessado de intervenções não autorizadas de terceiros.

Uma *quinta questão* trata da limitação do rol de sujeitos possíveis de serem alcançados pela medida, a fim de obstar que ele alcance qualquer pessoa. Uma proposta nesse sentido é a de que o *malware* alcance apenas o suspeito e o intermediário<sup>60</sup>.

Uma *sexta questão* atine à determinação do período que o *malware* poderá ser utilizado e da quantidade de vezes que o seu uso poderá ser renovado, que devem ser pequenos e limitados, exigindo-se, ainda, que em todas as renovações seja novamente verificado os requisitos para a sua admissibilidade<sup>61</sup>.

Uma *sétima questão* diz respeito à previsão de um procedimento rígido e detalhado para a operacionalização do *malware*, dentre o que pode ser mencionado (i) a identificação de todas as pessoas que tomarem contato com a execução do *malware* no dispositivo infectado; (ii) a identificação das operações efetuadas para instalar o *malware*, para capturar

---

<sup>60</sup> Suspeito seria aquela pessoa em relação à qual exista um indício de que cometeu ou se prepara para cometer um crime ou, em alternativa, nele participou ou se prepara para participar, enquanto intermediário é aquele indivíduo que, pela proximidade com o suspeito ou o arguido, afigure como potencial interlocutor. BATISTA, Lydie Jorge. *O malware como meio de obtenção de prova...* Op. cit., p. 136.

<sup>61</sup> Na Alemanha, esse prazo poderá ter uma duração máxima de três meses, renovável por igual período; na Espanha, o período da intervenção não poderá exceder os três meses; e na França o intervalo poderá ser de um mês, renovável por igual período, quando feito a requerimento do Procurador da República, e de quatro meses, também renovável por um mesmo período, quando feito por iniciativa do juiz de instrução. BATISTA, Lydie Jorge. *O malware como meio de obtenção de prova...* Op. cit., p. 53-60.

os dados informáticos e, ao final, remover o dispositivo malicioso; (iii) a identificação da data e horário de início e fim das atividades; (iv) a elaboração de relatórios intercalares sobre os resultados da operação, os quais deverão ser apresentados ao juiz para fins de acompanhamento da necessidade de permanência da medida; (v) a elaboração de relatório final minucioso, no qual deve conter informações como o estado em que se encontrava o sistema informático acessado e as alterações sofridas após o acesso, os dados recolhidos e os essenciais para a descoberta dos fatos apurados, o modo de garantia da cadeia da custódia etc.; (vi) a eliminação do *malware* ao final da operação; (vii) o envio dos dados recolhidos tanto ao juiz que autorizou a medida como a uma autoridade de proteção de dados específica<sup>62</sup>, que devem fazer a sua verificação e controle, especialmente a fim de verificar a pertinência com o delito investigado; (viii) a eliminação dos dados que não se relacionarem diretamente à investigação, assim como a elaboração de um relatório sobre esse material que descreva o seu deslinde.

Uma *oitava questão* é a necessidade de ser assegurado o acesso dos relatórios elaborados pelo acusado, a fim de que ele possa fazer o controle da legalidade desse meio de obtenção de prova, exercer o seu direito de defesa e até mesmo impedir a utilização de informações íntimas ou pessoas que não guardem relação com a investigação.

Uma *nona questão* é a necessidade de que seja estabelecido um meio de supervisão da autoridade encarregada da proteção de dados pessoais, tal como firmado pela norma alemã. Somente ela terá os caracteres necessários para zelar pelo direito à autodeterminação informativa, tanto de investigados como daqueles que possam ter sido colateralmente atingidos, cabendo-lhe conhecer as funcionalidades das ferramentas e lançar mão de recomendações e medidas protetivas para coibir vazamentos de dados e outras violações aos direitos previstos na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> Na Alemanha, por exemplo, os dados recolhidos são encaminhados automaticamente para análise da Comissão de Proteção de Dados e de dois funcionários federais, podendo um deles ser o juiz. BATISTA, Lydie Jorge. *O malware como meio de obtenção de prova...* Op. cit., p. 53.

<sup>63</sup> Tal autoridade não deve ser aquela mesma criada pela LGPD, tendo em vista que essa norma expressamente exclui do seu campo de aplicação as



## 6. CONCLUSÃO

A utilização de *malwares* como meio oculto de obtenção de prova tem o potencial de trazer eficiência às investigações de natureza processual penal. Todavia, o fato de esses *softwares* serem inseridos e operarem de forma secreta no sistema informático alvo, assim como alcançarem diversos níveis das informações e dados pessoais dos indivíduos, levanta questionamentos quanto à sua compatibilidade com os direitos fundamentais e garantias processuais dos investigados.

No Brasil, não é possível sustentar a existência de uma previsão para a utilização do *malware* a partir dos marcos normativos das Leis nº 9.296/1996, 12.850/2013 e 8.069/1990. Por ser um meio de obtenção de prova atípico e com amplas repercussões sobre o domínio privado dos investigados, somente uma previsão legal expressa poderia permitir o emprego dessa técnica. A sua positivação, ademais, deve levar em conta a excepcionalidade que deve revestir o seu emprego, bem como a necessidade de haver formas rígidas de controle da sua operacionalização.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALAMILLO, Javier Rubio. La informática en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. *Diario La Ley*, n. 8662, 2015.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto. *Comentários do Código de Processo Penal*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011.

ALVES, Daniel Bento. Uso de *malware* em investigação criminal. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, v. 16, n. 47, p. 19-30, out./dez. 2017.

ANTONIALLI, Dennys; ABREU, Jacqueline de Souza. E quando o policial vira hacker? As principais justificativas, técnicas e discussões jurídicas sobre hacking estatal. Disponível em: <<https://www.internetlab.org.br/pt/privacidade-e-vigilancia/e-quando-o-policial-vira-hacker/>>. Acesso em: 22 mai. 2022.

---

investigações, mas aquela encarregada da proteção de dados no âmbito de investigações e segurança pública em norma ainda não editada, mas cujo projeto tem sido chamada de LGPD Penal.

ANTONIALLI, Dennys; ABREU, Jacqueline de Souza. Vigilância das comunicações pelo Estado brasileiro. Disponível em: <[https://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2016/01/ILAB\\_Vigilancia\\_Entrega\\_v2-1.pdf](https://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2016/01/ILAB_Vigilancia_Entrega_v2-1.pdf)>. Acesso em: 22 mai. 2022.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira; WOLOSZYN, André Luis. A tutela jurídica da privacidade e do sigilo na era digital: doutrina, legislação e jurisprudência. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 3, p. 167-200, set./dez. 2017. <https://doi.org/10.5380/rinc.v4i3.51295>

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BARBIERO, Diego Roberto. *Implantação de Malwares em Investigações Complexas*. Curitiba: Juruá, 2021.

BATISTA, Lydie Jorge Batista. *O malware como meio de obtenção de prova em processo penal*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018.

BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo; BUSTAMANTE RÚA, Mónica María; TORO GARZÓN, Luis Orlando. La prueba digital producto de la vigilancia secreta: obtención, admisibilidad y valoración en el proceso penal en España y Colombia. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 7, n. 2, p. 1347, 2021. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i2.482>

CAPPARELLI, Bruna. Técnicas investigativas italianas articuladas com a utilização dos denominados captadores informáticos: qui custodiet custodes?. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 137, p. 253-286, nov. 2017.

CAPRIOLI, Francesco. O “captador informático” como instrumento de busca da prova na Itália. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 483-510, mai./ago. 2017.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Lei 13.441/17 instituiu a infiltração policial virtual. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-16/academia-policia-lei-1344117-instituiu-infiltracao-policial-virtual>>. Acesso em: 22 mai. 2022.

CASTRO, Luiz Augusto Sartori de. Busca e apreensão mediante uso de malware. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 21, n. 251, p. 6-8, out.. 2013.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos sobre o processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES,

Maurício Zanoide de (Orgs.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

GONÇALVES, Vinícius Abdala. *O agente infiltrado frente ao processo penal constitucional*. Belo Horizonte: Arraes, 2014.

GUARDIA, Gregório Edoardo R. S. *Meios de busca de provas e inovações tecnológicas penal: obtenção e tratamento de dados digitais no processo penal*. São Paulo: Max Limonad, 2018.

GRECO, Luís; GLEIZER, Orlandino. A infiltração online no processo penal – Notícia sobre a experiência alemã. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 3, p. 1483-1518, set./dez. 2019.

LOPES JR, Aury; MENDES, Carlos Hélder Carvalho Furtado. “Vírus espião” como meio de investigação: a infiltração por softwares. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jun-07/limite-penal-virus-espiao-meio-investigacao-infiltracao-softwares>>. Acesso em: 22 mai. 2022.

MENDES, Carlos Hélder C. Furtado. *Tecnoinvestigação criminal: entre a proteção de dados e a infiltração por software*. Salvador: Juspodivm, 2019.

MENDES, Laura Schertel. Uso de softwares espíões pela polícia: prática legal? Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/uso-de-softwares-espioes-pela-policia-pratica-legal-04062015>>. Acesso em: 22 mai. 2022.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

PÉREZ ESTRADA, Miren Josune. La protección de los datos personales en el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 3, p. 1297-1330, set./dez. 2019.

RAMALHO, Silva David. *Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital*. Lisboa: Almedina, 2017.

RIBOLI, Eduardo Bolsonaro. “Eu sei o que vocês fizeram no verão passado”: o uso de software de espionagem como meio de obtenção de prova penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 156, p. 91-139, jun. 2019.

ROMÃO, Luis Fernando de França. Agente infiltrado e agente de inteligência: distinções a partir de estudo de caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Inteligência*, Brasília, v.16, n. 14, p. 85-99, 2019.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, 2002.

SOARES, Gustavo Torres. *Investigação criminal e inovações técnicas e tecnológicas*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

SMANIO, Gianluca Martins. *A vigilância policial em meio digital: entre o garantismo e a eficiência*. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VACIAGO, Giuseppe; RAMALHO, David Silva. Online searches and online surveillance: the use of trojans and other types of malware as means of obtaining evidence in criminal proceedings. *Digital Evidence and Eletronic Signature Law Review*, v. 13, 2016.

VALENTE, Manuel M. G. Editorial dossiê “Investigação preliminar, meios ocultos e novas tecnologias”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto alegre, v. 3, n. 2, p. 473-482, mai./ago. 2017.

VILARES, Fernanda Regina. *Ação controlada: limites para as operações policiais*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

### **Authorship information**

*Gustavo Alves Magalhães Ribeiro*. Mestrando em Direito Penal pela Faculdade de Direito da USP. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da USP. Advogado. [gustavo\\_alvesribeiro@hotmail.com](mailto:gustavo_alvesribeiro@hotmail.com)

*Pedro Ivo Rodrigues Velloso Cordeiro*. Doutorando em Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da USP. Mestre em Direito e Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Advogado, [pedroivo.cordeiro@gmail.com](mailto:pedroivo.cordeiro@gmail.com)

*Débora Moretti Fumach*. Doutoranda em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da USP. Mestre em Direito Público - Administration et Politiques Publiques pela Université Paris 2 Panthéon-Assas (Título revalidado pela UNB). Promotora de Justiça. [debmoretti@hotmail.com](mailto:debmoretti@hotmail.com)

### **Additional information and author's declarations (scientific integrity)**

*Conflict of interest declaration:* the authors confirm that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

*Declaration of authorship:* all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

- *Gustavo Alves Magalhães Ribeiro:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Pedro Ivo Rodrigues Velloso Cordeiro:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Débora Moretti Fumach:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.

*Declaration of originality:* the authors assure that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; they also attest that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

### Editorial process dates

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Submission: 23/05/2022
  - Desk review and plagiarism check: 30/05/2022
  - Review 1: 17/06/2022
  - Review 2: 23/06/2022
  - Review 3: 27/06/2022
  - Review 4: 01/07/2022
  - Preliminary editorial decision: 04/09/2022
  - Correction round return: 04/10/2022
  - Final editorial decision: 12/10/2022
- Editorial team**
  - Editor-in-chief: 1 (VGV)
  - Reviewers: 4

### HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

RIBEIRO, Gustavo A. M.; CORDEIRO, Pedro Ivo R. V.; FUMACH, Débora M. O malware como meio de obtenção de prova e a sua implementação no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, n. 3, p. 1463-1500, set./dez. 2022. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i3.723>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.

**Processo Penal Internacional  
e Cooperação Jurídica**






# The Extradition Bill of Hong Kong revisited, the National Security Law and the irony of human rights protection in “one country, two systems”

*A Proposta de Lei da Extradução de Hong Kong revisitada, a Lei da Segurança Nacional e a ironia da proteção de direitos humanos em “um país, dois sistemas”*

**Miguel Lemos<sup>1</sup>**

University of Macau, Macau, China


miguelma@um.edu.mo

 <http://orcid.org/0000-0003-3644-2006>

**Miguel João Costa<sup>2</sup>**

Faculty of Law, Institute for Legal Research, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal

mjcosta@fd.uc.pt

 <http://orcid.org/0000-0002-2015-6059>

---

**ABSTRACT:** This article focuses on two recent episodes that shook the Hong Kong Special Administrative Region of the People’s Republic of China. It analyzes the main features of the failed Extradition Bill and confronts them with those of the National Security Law that was later enacted by the People’s Republic of China. It also addresses the question as to whether the latter’s provisions are in breach of the basic policies for Hong Kong agreed upon in 1984 between the United Kingdom and the PRC. It concludes that, rather ironically, while the failed Extradition Bill was largely in tune with those basic policies and the human rights protections enshrined therein, the National Security Law is not.

**KEYWORDS:** Extradition Bill; Hong Kong; National Security Law; People’s Republic of China; Human Rights; “One Country, Two Systems”.

---

<sup>1</sup> LLB (2003), LLM (2004), and PhD (2017) from the University of Coimbra; Assistant Professor at the University of Macau.

<sup>2</sup> LLB (2008) and LLM (2011) from the University of Coimbra, and PhD (2019) from Maastricht University; Advisor at the Constitutional Court of Portugal and Guest Assistant Professor at the University of Coimbra.

**RESUMO:** O presente artigo incide sobre dois recentes acontecimentos que agitaram a Região Administrativa Especial de Hong Kong da República Popular da China. Além de analisar as principais características da falhada Proposta de Lei da Extradicação de Hong Kong e de contrastá-las com as da Lei da Segurança Nacional subsequentemente aprovada pela República Popular da China, o artigo avalia se as disposições do segundo instrumento jurídico se encontram em conformidade com as políticas fundamentais para HK acordadas em 1984 entre o Reino Unido e a China. O artigo conclui que, ironicamente, a Proposta de Lei da Extradicação respeitava em grande medida aquelas políticas e os direitos humanos nelas insitos, o que não acontece com a Lei da Segurança Nacional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Proposta de Lei da Extradicação; Hong Kong; Lei da Segurança Nacional; República Popular da China; Direitos Humanos; “Um País, Dois Sistemas”.

---

## INTRODUCTION

This article focuses on two recent episodes that shook the Hong Kong Special Administrative Region (HK) of the People’s Republic of China (PRC): (i) the introduction (and withdrawal) of an Extradition Bill that would apply (*inter alia*) between HK and the Mainland; and (ii) the subsequent enactment of a National Security Law (NSL) by the PRC. The article is formally structured around these two legal instruments, rather than on the basis of the different themes that each of them engages (notably human rights protection and the basic policies of HK). Such diachronic approach was in this case deemed preferable, not least of all because it was arguably the withdrawal of the former that sparked the enactment of the latter. Section I thus analyzes the failed Extradition Bill, and it concludes that, in several of its essential traits, it stood in conformity with the basic policies set out for Hong Kong in 1984 by the United Kingdom (UK) and the PRC; and it did not collide, either, with human rights protections under international law. Section II, in turn, analyzes the eventually enacted NSL insofar as it concerns extradition matters.

This paper relies on desk research of secondary sources, but it draws essentially on primary (notably normative) sources: in the first

place, the norms of the Extradition Bill and of the NSL are assessed and contrasted with one another; in the second place, each of those sets of norms is tested against those enshrined in regional and international legal instruments of reference in the field of either extradition law or human rights law. As such, the latter instruments function as criteria or parameters of control of the conformity of the Bill and of the NSL with human rights in extradition proceedings, on the one hand, and with the basic policies agreed upon for HK, on the other hand.

The fact that those regional and international legal instruments are assigned this function of benchmarks for analytical purposes should justify why this article refers occasionally to legal instruments that do not actually apply to HK, notably the European Convention of Human Rights (and related case law). The selection of those instruments for such purposes may certainly be called into question from a ‘law in context’ perspective whereby more emphasis might have been placed on certain idiosyncrasies of the Chinese legal culture (*lato sensu*), notably of its Confucianist inheritance and the particular importance it attaches to social harmony and stability. With that in mind, the perspective adopted in this article is nevertheless admittedly normative, grounded on the legal framework which at least until 2047 is objectively binding on HK (and on the PRC thereto). This, in our view, for reasons further expounded throughout, corresponds to the more solid and adequate methodological approach in view of the goals of this article.

On those bases, the article reaches the conclusion that some of the norms contained in the NSL do clearly breach such basic policies and hamper upon human rights, which would not have been the case with the Extradition Bill. Section III provides concluding remarks on what is meant by ‘irony’ in the protection of human rights within “one country, two systems”.

## **I. THE EXTRADITION BILL**

The original understanding of “one country, two systems”, as applied to the Hong Kong situation, can be fleshed out from the twelve basic policies set out for Hong Kong in 1984 by the UK and the PRC in

the Joint Declaration on the Question of Hong Kong (hereinafter Joint Declaration)<sup>3</sup> which were later implemented by the Basic Law of HK (hereinafter Basic Law). Nonetheless, throughout the last two decades, the central authorities of the PRC and the Government of Hong Kong have contributed to a “demise” of that original understanding.<sup>4</sup> How that came to happen is a well-known story and needs not be revisited here.<sup>5</sup> Given the contribution of the Government of Hong Kong to the current state of affairs, it is unsurprising that many should have been suspicious of the Government’s apparent eagerness to enact an Extradition Bill allowing for the surrender of persons to Mainland China, perceiving it as another initiative potentially aimed at accelerating the downfall of “one country, two systems”.<sup>6</sup>

A particular concern related to the risk of having Hong Kong citizens “formally” extradited to the Mainland on account of activities that in Hong Kong are considered as a legitimate exercise of the freedom of expression. In fact, it is no well-guarded secret that some Hong Kong residents had already been non-formally seized or “kidnapped” from Hong Kong to the Mainland.<sup>7</sup>

---

<sup>3</sup> Joint Declaration on the Question of Hong Kong, China-UK, December 19, 1984, 1399 U.N.T.S. 23, 391.

<sup>4</sup> Cora Chan, “Demise of “One Country, Two Systems”? Reflections on the Hong Kong Rendition Saga”, *Hong Kong Law Journal* 49(2) (2019), p. 447-458.

<sup>5</sup> See *id.*, “Thirty years from Tiananmen: China, Hong Kong, and the ongoing experiment to preserve liberal values in an authoritarian state”, *International Journal of Constitutional Law* 17(2) (2019), p. 439-452; Miguel Lemos, “The Basic Laws of Hong Kong and Macau as Internationally Shaped Constitutions of China and the Fall Off of “One Country, Two Systems’ ”, *Tulane Journal of International and Comparative Law* 27 (2019), p. 277-338.

<sup>6</sup> Arguably, the starting point of this demise occurred when, defeated in the Court of Final Appeal of Hong Kong (CFA), the Government of Hong Kong requested the help of central authorities, which ultimately issued an interpretation of the Basic Law that de facto overturned the decision of the CFA: see Johannes M. M. Chan / H.L. Fu / Yash Ghai (eds.), *Hong Kong’s Constitutional Debate, Conflict over Interpretation*, Hong Kong University Press, 2000.

<sup>7</sup> Carole J. Petersen, “The Disappearing Firewall: International Consequences of Beijing’s Decision to Impose a National Security Law and Operate National Security Institutions in Hong Kong”, *Hong Kong Law Journal* 50(2) (2020), p. 642-643.

Those suspicions were reinforced because – contrary to national security laws, which Article 23 of the Basic Law mandates Hong Kong to adopt “on its own” –<sup>8</sup> there is no provision in the Basic Law mandating Hong Kong or its Government to adopt any such type of extradition mechanism. According to Article 95 of the Basic Law (emphasis added):

“The Special Administrative Region *may*, through consultations and in accordance with law, maintain juridical relations with the judicial organs of other parts of the country, and they may render assistance to each other.”

On its face, this provision does not command the adoption of any legal mechanism for regulating these “juridical relations”,<sup>9</sup> but simply confers on the Special Administrative Region (or SAR) a prerogative that it may decide to use or not to use.

In reality, Article 95 was never used as a basis in a specific case of judicial cooperation for the surrender of a fugitive. That is unsurprising, given that authorities and scholars have long argued that the proper way of setting up cooperation for the surrender of fugitives is through the adoption of agreements between Hong Kong and the Mainland. Although news of on-going conversations with the central authorities on the possibility of an agreement of this type were recurrent, none had or has seen the light of day. Hence, the status quo – i.e. the lack of legal mechanisms specifically regulating the surrender of fugitives between Hong Kong and the Mainland – did not correspond to an actual legal loophole, but rather it was merely the result of political difficulties inherent to the proper functioning of “one country, two systems”.

This goes a long way to explaining why the Government’s alleged attempt to overcome such difficulties through a bill which bundles together the Mainland (and “other parts of the PRC”) with all the countries in the world that do not have an extradition treaty with Hong Kong prompted

---

<sup>8</sup> See *infra* III.1.

<sup>9</sup> On the term “juridical”, see Janice M. Brabyn, “Extradition and the Hong Kong Special Administrative Region”, *Case Western Reserve Journal of International Law* 20 (1988), p. 171-172.

a strong reaction by civil society and political forces unaligned with the Government. A “perfect storm” was in the making.<sup>10</sup>

The mismanagement of such a storm by the Government of Hong Kong is well-known.<sup>11</sup> Nevertheless, the very decision of the Government of Hong Kong to introduce *on its own* a bill regulating the surrender of fugitives to (*inter alia*) the Mainland, which would then be approved or rejected by the Legislative Council of Hong Kong *on its own*, is, in and of itself, an expression of the “very high degree of autonomy” that Hong Kong is supposed to have in relation to the Mainland. This is an underemphasized fact.

That Hong Kong is supposed to use its own legislature to enact a law of that type is a consequence of the very fact that all the rights and freedoms of Hongkongers can only be restricted if a Hong Kong law expressly restricts them. Central authorities are not supposed to enact such laws for Hong Kong. In fact, since criminal laws (*lato sensu*) are those that carry more serious intrusion into such rights and liberties, there was never any doubt that the appropriate forum to enact them is the legislature of Hong Kong. Neither was there ever any doubt that the power to introduce bills on those matters lies not exclusively with the Members of the Legislative Council, but also with the Government.<sup>12</sup> Thus, irrespective of the timing and motives underlying the Government’s decision to introduce the Extradition Bill, one conclusion is safe: there were clear constitutional grounds to enact it.

The more intricate constitutional problem lies beyond the question of whether the Bill was legitimate. The interesting question is: was the Bill rightful? It should be useful to recall the case that reportedly sparked the process leading to the introduction of the Bill:

“In March 2018, Chan Tong-kai, a 20-year-old Hong Kong resident travelling with his girlfriend to Taiwan on holiday, was suspected of having murdered her then fleeing back to Hong Kong. He was

<sup>10</sup> Albert H.Y. Chen, “A Perfect Storm: Hong Kong–China Rendition of Fugitive Offenders”, *Hong Kong Law Journal*, 49(2) (2019), p. 419-429.

<sup>11</sup> Alvin Y.H. Cheung, “Unpalatable Realities, No Choices”, *International Journal of Constitutional Law* 19(3) (2021), p. 1157 f.

<sup>12</sup> Basic Law, Articles 62 and 74.

subsequently arrested in Hong Kong and prosecuted for money laundering. Taiwan authorities requested Chan's extradition to Taiwan. In any event, under the existing law, Hong Kong courts have no jurisdiction to try a murder case where the murder has been committed outside Hong Kong. It seems therefore that justice would require Chan's extradition to Taiwan for trial. However, given the exclusion of "other parts of the PRC" from the application of the FOO [Fugitive Offenders Ordinance of Hong Kong] (Taiwan being considered part of China under this law), the Hong Kong government found that there was no legal basis for Chan's extradition to Taiwan."<sup>13</sup>

Obviously, an absolute impossibility of bringing a suspected murderer to justice is not the most amenable state of affairs in any legal system concerned with the protection of fundamental rights, particularly where such paramount rights as the right to life are at stake, as was the case.<sup>14</sup> The situation is even more unpalatable where the victim is a member of one's own community, as was also the case. Naturally, such paramount rights as the right to life (and indeed all human rights) have a propensity to be universal; it is inherent in their very nature that *all* individuals should be their holders.<sup>15</sup> That is why the Bill of Rights of Hong Kong, which has constitutional rank *ex vi* Article 39 of the Basic Law, provides that "[e]very human being has the inherent right to life".<sup>16</sup> Nevertheless, the special bonds that link each polity to its own citizens may intensify the duty of the former to protect the latter, such that it is

---

<sup>13</sup> Albert H.Y. Chen, "A Perfect Storm...", *op. cit.*, p. 422, 423.

<sup>14</sup> But see P.Y. Lo, "The Unprosecuted Taiwan Homicide, the Unaccepted Extradition Law Amendment Bill and the Underestimated Common Law", *Hong Kong Law Journal* 50(2) (2020), p. 373-394, claiming that Hong Kong courts do have jurisdiction to prosecute in a case like this.

<sup>15</sup> See *e.g.* Martin Scheinin, "European human rights as universal rights: In defence of a holistic understanding of human rights", in Eva Brems / Janneke Gerards (eds.), *Shaping Rights in the ECHR. The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, Cambridge University Press, 2014, p. 260.

<sup>16</sup> Hong Kong Bill of Rights Ordinance, An Ordinance to provide for the incorporation into the law of Hong Kong of provisions of the International Covenant on Civil and Political Rights as applied to Hong Kong; and for ancillary and connected matters, Article 2(1) (emphasis added).

normal for a legal system to be particularly concerned with this specific segment of individuals. This is crucial for explaining why so many States have jurisdiction over crimes committed against their nationals abroad (passive nationality).<sup>17</sup>

On the other hand, it should be uncontroversial that any constitutional document worthy of the name will impose upon the respective public authorities a positive obligation, if only implicit, to protect such paramount rights as the right to life. That is, a duty to take action towards upholding those rights, rather than only a duty to refrain from taking action in breach of those rights – even if the latter duty is more clear-cut both in its scope and in its theoretical underpinnings. It should therefore not be incidental that the abovementioned provision of Hong Kong’s Bill of Rights establishes that the right to life “shall be *protected* by law”.<sup>18</sup> Whether such a positive duty goes so far as to command the *criminalization* of acts that are harmful to those rights is a very contentious issue.<sup>19</sup> However, in the case under analysis such an issue is settled: the act in question (homicide) is in effect criminalized, and the only question open to debate is whether, this being the case, the absence of norms enabling an effective protection of the right to life should be deemed problematic.

It would at least be quite awkward – not only from an axiological perspective, but also from a perspective of normative coherence – that in a legal system where human life is cherished and homicide criminalized there should be no responsibility for adopting effective mechanisms aimed at deterring homicide. While this is not the place for an in-depth assessment of the complex issues that unfold from the question whether or not fundamental rights might sometimes require the deployment of criminal law, it should be sufficiently agreeable – which for our purposes will

---

<sup>17</sup> A noteworthy example is the extradition request for Pinochet issued by Spain to the United Kingdom, which was based on the Spanish nationality of some of the victims: see *e.g.* David Turns, “Pinochet’s fallout: jurisdiction and immunity for criminal violations of international law”, *Legal Studies* 20 (2000), p. 566-591. On the issue of jurisdiction, see further below within this section.

<sup>18</sup> Hong Kong Bill of Rights Ordinance, Article 2(1) (emphasis added).

<sup>19</sup> On this issue, see *v.g.* Alon Harel, “The Duty to Criminalize”, *Law and Philosophy* 34(1) (2015), p. 1-22.



suffice – that the deployment of criminal law does sometimes constitute a warranted and even a natural response of a legal system against threats to fundamental rights.

It is precisely this line of understanding that transpires from the relatively recent and symbolically rather meaningful ruling of the European Court of Human Rights (ECtHR) in *Romeo Castaño v. Belgium*.<sup>20</sup> The reason why this ruling is symbolic is that it was the first time in which an international human rights body found that a decision to *refuse* extradition<sup>21</sup> was in breach of human rights, more specifically of the right to life of Article 2 of the European Convention on Human Rights (ECHR)<sup>22</sup>. The applicants were the five children of Colonel Ramón Romeo and they complained that there had been a breach of their right to an effective investigation into the murder of their father due to the repeated decisions of Belgian courts (on Article 3 ECHR grounds) not to grant Spain the surrender of N.J.E., the suspect of their father’s murder, committed in 1981 in an ETA-connected attack.<sup>23</sup> The ECtHR, while reiterating that a real risk of torture or ill-treatment could certainly impose a refusal of extradition on the basis of Article 3 (a longstanding principle originating in *Soering v. UK*),<sup>24</sup> nevertheless held that the applicants’ rights under the procedural limb of Article 2<sup>25</sup> requires such a risk to be substantiated by a “sufficient factual basis”, which according to the Court had not

---

<sup>20</sup> ECtHR (Second Section), Judgment of 9 July 2019, application no. 8351/17.

<sup>21</sup> To be more precise, a decision not to execute a European Arrest Warrant (EAW), but for the purposes in debate in this article the differences between the EAW and classic extradition are immaterial.

<sup>22</sup> See also Pedro Caeiro / Miguel João Costa, “Extradition and Surrender: from a Bilateral Political Arrangement to a Triangular Legal Procedure”, in Kai Ambos / Peter Rackow (eds.), *Cambridge Companion to European Criminal Law*, Cambridge University Press, forthcoming 2023.

<sup>23</sup> All the members of this commando unit were convicted by Spanish courts in May 2007, save for N.J.E., who reportedly fled to Mexico after the events of 1981 and later moved to Belgium: see par. 6.

<sup>24</sup> ECtHR (Plenary), Judgment of 7 July 1989, application no. 14038/88.

<sup>25</sup> The concept underpinning the procedural limb of the right to life – as put by Mattia Pinto, “Romeo Castaño: ‘Meticulously Elaborated Interpretations’ for the sake of Prosecution”, *Strasbourg Observers*, 10 September 2019 – is that “investigation is required to secure retrospectively the substantive right of the victim”.

been the case, as the examination carried out by Belgium had not been “sufficiently thorough”.<sup>26</sup>

The ruling has been criticized for prioritizing “maximal efficiency over a better protection of fundamental rights”.<sup>27</sup> The warning should not be overlooked, but the fact is that the ECtHR had already upheld on several occasions that human rights give rise to positive duties with transnational implications, namely to request the extradition of an accused or convicted individual.<sup>28</sup> This would already suffice to the point in making in this text, particularly if one considers that, even where a crime is extraterritorial, the fact that the perpetrator and the victim are citizens and habitual residents of a given State and the perpetrator later flees back to its territory could be regarded as acts committed ‘under’ the jurisdiction of that State. In this sense, this State would have a self-standing or direct duty to carry out an ‘effective investigation’. But *Romeo Castaño* takes that case law further, by declaring that a State may be indirectly engaged even if the acts occurred under an altogether “different jurisdiction”<sup>29</sup>. The engagement here takes the shape of a duty to cooperate with such a jurisdiction.

Refocusing on the specific constitutional environment of the PRC, let us consider the following extreme examples, for the sake of reflection: X, a Hong Kong resident, organizes a conference in the Mainland in order to kill his/her Mainland and Hong Kong business partners, killing three of them; Y, a Hong Kong resident places a bomb in a station in the Mainland, killing a thousand people; Z, a Mainland resident murders several members of the Central Government in Beijing. Suppose that in all cases the suspects flee to Hong Kong. No *legal* mechanism is available that would enable Hong Kong to undertake any criminal-law measures to effectively deal with those situations. Not only does this increase the risk of deployment of extra-legal measures, but also it is difficult to sustain in most constitutional contexts – let alone within “one country”, and particularly in cases such as those of Y and Z, which in contrast to that

---

<sup>26</sup> *Romeo Castaño v. Belgium*, *cit.*, §§ 85-92.

<sup>27</sup> Mattia Pinto, *op. cit.*

<sup>28</sup> See Matteo Zamboni, “Romeo Castaño v Belgium and the Duty to Cooperate under the ECHR”, *EJIL:Talk*, 19 August, 2019.

<sup>29</sup> *Romeo Castaño v. Belgium*, *cit.*, § 37.

of X are ‘national security’ cases. This should help to explain not only why Article 23 of the Basic Law *mandates* Hong Kong to adopt laws to protect national security, but also why the central authorities of the PRC adopted the National Security Law (or NSL) in order to overcome Hong Kong’s lack of implementation of Article 23.<sup>30</sup>

We shall come back later to the connection between the ‘loophole’ in Hong Kong and Chinese national security, but for now it is sufficient to emphasize that the whole controversy surrounding the Extradition Bill should be framed and analyzed within the context of the unique operation of the “one country, two systems” principle. The fact that there are “two systems” does not mean that closing said ‘loophole’ is not justified under the “one country” tenet. Thus, the expression “may (...) and in accordance with the law” (Article 95 of the Basic Law), more than conferring discretion on the authorities of Hong Kong to decide whether or not to conclude agreements with the Mainland or other places of the PRC, may reasonably be construed as urging those authorities to create mechanisms for dealing with at least the most serious cases affecting the Hong Kong fraction of the “one country”. This could certainly be attained by Hong Kong establishing own jurisdiction over the crime (*judicare*), rather than by extraditing suspects to other jurisdictions (*dedere*), but one should bear in mind that, regarding crimes committed in other jurisdictions, extraditing is in principle the preferable course of action from a neutral, politically detached, internationalist perspective.<sup>31</sup>

In sum, in introducing a Bill with a view to mending the identified ‘loophole’, the Government of Hong Kong acted not only within its constitutional powers, but possibly even in fulfilment of an implicit constitutional *mandate*. Still, a proper assessment of the Bill, of its implications for Hong Kong and for Hongkongers, requires a closer look into its actual *content*. Ultimately, the crucial question is whether it safeguarded sufficiently the fundamental rights of the person sought and the fundamental values of Hong Kong’s criminal justice system. And such an assessment suggests that the Bill did to large extent comply with international standards.

---

<sup>30</sup> See *infra*, Section III.

<sup>31</sup> See Miguel João Costa, *Extradition Law: Reviewing Grounds for Refusal from the Classic Paradigm to Mutual Recognition and Beyond*, Brill, 2019, p. 305-381.

Arguably, the core point of contention was whether or not the Bill was capable of protecting fundamental rights. In addressing this aspect, it is in the first place important to underscore that, in the context of international cooperation – as in general, one might say – trust is relevant mainly in respect of prospective events:<sup>32</sup> whether or not the requesting State will carry out a fair trial; whether or not it will live up to the promise not to apply a death penalty; etc. One of the main aspects where trust plays a key role is indeed the respect for human rights, and this is one of the main arguments against the Bill: it would theoretically allow Hong Kong to extradite a person to jurisdictions that it does not regard as sufficiently trustworthy in that respect. This is not a negligible point, and, as things stand, it certainly is relevant inasmuch as Mainland China is concerned. Cora Chan has addressed the question whether the concerns about Mainland China are justified. The author propounds that, while it is “indisputable” that “China’s criminal justice system has improved”, the key question is “whether it has improved to an extent sufficient to warrant trust”. And on this point the author claims:

“Despite having made great strides in legal reform, China has not cleared the fundamental impediment to its ability to flourish as a rule-of-law state, ie the Chinese Communist Party remains in control of the judiciary. Even if the overwhelming majority of trials are fair (and it is estimated that 95 per cent are fair), the problem remains that those in power can decide whether a case falls within the 95 per cent or the 5 per cent, much like the situation in the dual state of the Third Reich. A trial is fair only insofar as those in power allow it to be. This element of leadership discretion renders the risk of an unfair trial different in nature from, and more worrying than, that existing in jurisdictions with judicial independence.”<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> See Pedro Caeiro, “Reconhecimento Mútuo, Harmonização e Confiança Mútua (Primeiro Esboço de uma Revisão)”, in Margarida Santos / Mário Ferreira Monte / Fernando Conde Monteiro (eds.), *Os novos desafios da cooperação judiciária e policial na União Europeia e da implementação da Procuradoria Europeia*, Centro Interdisciplinar em Direitos Humanos da Escola de Direito da Universidade do Minho, 2017, p. 35-38.

<sup>33</sup> Cora Chan, “Demise...”, *op. cit.*, p. 451.

Yet, international *cooperation*, by its very definition, is not the context for casting judgments on other legal or political systems. This helps to explain why – as the author herself acknowledges – liberal democracies frequently do entertain extradition relations with States with different political regimes. In fact, before the handover of Hong Kong and Macau to the PRC in 1997 and 1999 by the UK and Portugal, respectively, these two States extradited individuals to the PRC from Hong Kong and Macau.<sup>34</sup> The problem is not so much whether one is cooperating with a legal system which contains rules that are inadmissible in one's own eyes, but whether one is cooperating with that legal system in a case where such rules may in effect come to be applied. If so, one may be held, co-responsible, for such an application. But if not, then there is no direct *normative* reason not to cooperate, and refusal to do so would boil down to an abstract repudiation of that legal system as such. This is why, for instance, a State that repudiates the death penalty may nevertheless extradite a person to a State where this penalty is in place, so long as it cannot possibly be applied in the case at hand – as was precisely the case, for instance, in some high-profile cases in which Portugal granted extradition to the PRC of individuals found in Macau.<sup>35-36</sup>

---

<sup>34</sup> See Miguel Manero de Lemos / Simon N.M. Young, “Regional Judicial Cooperation in Criminal Matters: Mainland, Hong Kong and Macau”, in Pedro Caeiro / Sabine Gless / Valsamis Mitsilegas / Miguel João Costa / Janneke de Snaijer / Georgia Theodorakakou (eds.), *Elgar Encyclopedia of Crime and Criminal Justice*, Edward Elgar Publishing, forthcoming 2023.

<sup>35</sup> A noteworthy case is *Leung*, concerning a Chinese citizen found in Macau (still under Portuguese administration) and wanted for homicide in the PRC, where he would likely face capital punishment. Extradition was granted to the PRC by the highest judicial instance in Macau in 1994. It was ultimately blocked by the Portuguese Constitutional Court (ruling no. 417/95, of 4 July), but not because it was always inconceivable to extradite to the PRC as a country that applied the death penalty; rather, because the Court found that, in the light of the Portuguese Constitution, the political guarantees of non-execution of the death penalty offered by the PRC were immaterial, and that the law internally binding on the PRC would have to preclude the applicability of the death penalty in the case, namely by virtue of commutation or an amnesty law. For a critical analysis of the case and the whole underlying legal problem, see Pedro Caeiro, “Proibições Constitucionais de Extraditar em Função da Pena Aplicável”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 8 (1998), p. 157 *et passim*.

<sup>36</sup> On the arguments used by democratic Governments to justify entertaining extradition relations with States with doubtful human rights standards, see

On the other hand, also ironically, authoritarian regimes have, in one sense, more possibilities than democracies to provide certain international assurances, because their executive branch can bind their judicial branch. This authoritarian feature enables those States to guarantee that, for instance, their courts will not apply a given penalty in a specific case. In addition, as also acknowledged by Chan, if a case is politically sensitive, this will raise the attention of the international community, which in turn tends to increase the levels of deference and restraint with which the case will be dealt by the courts. Extradition cases being inherently sensitive, especially extradition cases from Hong Kong to the Mainland in the present context, this factor is not negligible when projecting what the conduct of the Mainland would be in relation to defendants that are extradited to it by Hong Kong.

Finally, and perhaps more importantly of all, while it is true that in extradition proceedings to the Mainland the role of the Chief Executive of Hong Kong – who is appointed by Beijing – would likely be ineffective,<sup>37</sup> it is also clear that the essential layer of protection would remain intact: the intervention of the judicial branch – which is “undoubtedly the most autonomous branch” in Hong Kong.<sup>38</sup> Even if the courts were the *only* organs actively engaged in assessing the viability of extradition to the Mainland, that could even reinforce their leeway for engaging in para-political evaluations of the circumstances of the case. This type of evaluation is rather inexorable in extradition cases, as is clearly exemplified by Section 5 (1) (c) and (d) of the Fugitive Offenders Ordinance of Hong Kong (FOO), which calls for an assessment as to whether the request “(though purporting to be made on account of a relevant offence) is in

---

also Asif Efrat / Marcello Tomasina, “Value-free extradition? Human rights and the dilemma of surrendering wanted persons to China”, *Journal of Human Rights* 17(5) (2018), p. 617 (claiming that these arguments are used to “rationalize” a decision which is mainly grounded in *realpolitik* reasons, namely to enhance diplomatic relations with rising economies).

<sup>37</sup> See Johannes Chan, “Ten Days that Shocked the World: The Rendition Proposal in Hong Kong”, *Hong Kong Law Journal* 49(2) (2019), p. 437; Albert H.Y. Chen, “A Perfect Storm...”, *op. cit.*, p. 427; P.Y. Lo, “The Unprosecuted Taiwan Homicide...”, *op. cit.*, p. 387-388.

<sup>38</sup> Cora Chan, “Demise...”, *op. cit.*, p. 450.

fact made for the purpose of prosecuting or punishing him on account of his race, religion, nationality or political opinions” (*non-refoulement*).

Another novelty brought about by the Bill was that it abolished the traditional *treaty requirement*, according to which extradition can only be granted to States or jurisdictions with which an extradition treaty has been concluded.<sup>39</sup> At present, however, this is not really a controversial solution. Many States extradite in the absence of a treaty, so long as reciprocity guarantees are provided in the case by the requesting State.<sup>40</sup> Some States even extradite in the absence of such guarantees, if for instance the gravity of the case so justifies.<sup>41</sup>

Apart from the issues addressed so far, the articulation of the Bill and the FOO was in tune with the standards of extradition law. Regarding the classic *dual criminality* rule, according to which extradition is granted only for acts that are criminalized in both legal systems, it was already provided for in the FOO.<sup>42</sup> The Bill not only maintained it, but also it increased the *relevancy thresholds* for extraditions based on special arrangements: in these cases, the offence would have to be punishable under both laws with imprisonment for more than 3 years or greater punishment, instead of the more normal 1-year threshold.<sup>43</sup>

---

<sup>39</sup> To be more accurate, the FOO already allowed for *ad hoc* extradition arrangements, as opposed to fully-fledged treaties, but they had to be vetted by the Legislative Council. In turn, as noted by Johannes Chan, “Ten Days...”, *op. cit.*, p. 432, the Bill proposed to “do away with the scrutiny by the Legislative Council on the ground that it will take too long and the transparent nature of the deliberation at the Legislative Council would alert any fugitive.” To the author, such reasons were “hardly convincing”.

<sup>40</sup> Even States where the treaty requirement was well engrained historically have evolved in this respect. For example, in the UK, *ad hoc* arrangements may be concluded by the Home Secretary since the Extradition Act 1989: see Scott Baker / David Perry / Anand Doobay, *A Review of the United Kingdom’s Extradition Arrangements (Following Written Ministerial Statement by the Secretary of State for the Home Department of 8 September 2010)*, Presented to the Home Secretary on 30 September 2011, Home Office, HO\_01859\_G, p. 272.

<sup>41</sup> As a mere illustration, see Article 4 (3) of the Portuguese statute on international cooperation in criminal matters (Law no. 144/99, of 31 August).

<sup>42</sup> Section 2 (3) and (4) of the FOO.

<sup>43</sup> Section 3A (4) and (5) of the FOO, as they would have been amended by the Bill.

Regarding the “general restrictions on surrender” provided for in section 5 of the FOO, they would continue to apply. This includes the following hypotheses: the acts constitute a *political offence*; the request seeks to persecute the person on account of his race, religion, nationality or political opinions, or the person would be prejudiced owing to such factors (*non-refoulement*, already mentioned shortly above); the person was convicted *in absentia* and was not given an opportunity of being tried in his/her presence and would not be entitled to a retrial; the prosecution or enforcement of the penalty would be barred on *double jeopardy* (*ne bis in idem*) grounds under the law of Hong Kong. As for the criticism that the *prima facie* case requirement is ineffective, it is worth noting that, if that is indeed the case, then the problem would not have been innovatively brought by the Bill, but is rather a problem of the FOO as it already stands. Furthermore, the very fact that the FOO does require a *prima facie* case already makes Hong Kong’s extradition system more protective than most other systems, as these do not normally require a shred of evidence of criminal liability in order for extradition to be granted.

Section 5 of the FOO moreover provides for the specialty rule and for limitations on the re-extradition of the person to a third jurisdiction. Limitations on *re-extradition* have roughly the same rationale as the *specialty rule*, and the specialty rule is no less than one of the most central rules of extradition law, because if a State could prosecute a person for whichever acts upon obtaining his / her extradition, then this would render irrelevant the whole assessment carried out by the State that granted extradition, which is made by reference to the specific acts mentioned in the extradition request.<sup>44</sup>

On the other hand, the hypothesis of a *death penalty* being applied in the Mainland did not seem to trigger many concerns. In this aspect, there is relatively narrow room for discretion in the Chief Executive’s intervention under Section 13 (5) of the FOO.<sup>45</sup> Furthermore, the courts

---

<sup>44</sup> Further on this pivotal rule of extradition law, which is grounded on the international law principle of non-interference, see Miguel João Costa, *Extradition Law...*, *op. cit.*, p. 432-444.

<sup>45</sup> Which prescribes: “Where (a) a person is wanted in a prescribed place for prosecution, or for the imposition or enforcement of a sentence, in respect of a relevant offence against the law of that place; and (b) that offence is



have some powers of judicial review (even if not extensive) over the Chief Executive's decision to order extradition,<sup>46</sup> which may even allow for the assertion that extradition can only be ordered if a *magistrate* is satisfied that capital punishment will not be imposed.<sup>47</sup>

A final aspect worthy of consideration concerns the fact that the Bill did not contain a '*nationality exception*', according to which extradition of permanent residents of Hong Kong would not be granted. Extraditing one's own nationals to States where they have committed criminal offences is not only consistent with the legal tradition of Hong Kong, which is characterized by an extreme level of deference toward the principle of territoriality of criminal law, but also it is the most creditable approach from an internationalistic perspective (notwithstanding the fact that the nationality exception does remain in place in several States).<sup>48</sup> In any event, once again, this issue was not brought about by the Bill, but rather it would already be open to discussion by reference to the FOO, which does not provide for a nationality (residency) exception either.

The *political* concerns at the Bill were probably justified, and it is certainly a valid point that human rights are rendered somewhat secondary to other considerations when a democratic State undertakes to establish extradition relations with a non-democratic one.<sup>49</sup> However, in a politically detached analysis of the problem, one must acknowledge that

---

punishable with death, then an order for surrender may *only* be made in the case of that person if that place gives an assurance which satisfies the Chief Executive that that punishment will not be imposed on that person or, if so imposed, not carried out" (emphasis added).

<sup>46</sup> See Cora Chan, "Demise...", *op. cit.*, p. 449.

<sup>47</sup> In this precise sense, see Johannes Chan, "Ten days...", *op. cit.*, p. 436. It is also interesting that – as conveyed by Albert H.Y. Chen, "A Perfect Storm...", *op. cit.*, p. 427-428 –, a Bill introduced in Macau in December 2015 (but withdrawn by the Government in June 2016) to regulate Interregional Criminal Judicial Assistance, including surrender, between Macau, the Mainland, Hong Kong and Taiwan, reportedly departed from many traditional principles of extradition law, such as the political offence exception and non-refoulement, but *not* from the death penalty exception.

<sup>48</sup> See Miguel João Costa, *Extradition Law...*, *op. cit.*, p. 547-559.

<sup>49</sup> See again Asif Efrat / Marcello Tomasina, "Value-free extradition?...", *op. cit.*, p. 616 ss.

the adoption of the Bill would have been legitimate in its constitutional underpinnings, and not unaligned with international standards.

Contrary to informal, non-legal and non-judicial transfer arrangements that come close to actual international kidnappings, formal extradition proceedings might have provided Hong Kong with a platform to showcase its differences vis-à-vis the Mainland. By ruling a given case to fall within the problematic 5% rather than within the reportedly unproblematic 95%, Hong Kong's courts would be underscoring just how different their legal system, worldview and human rights standards are from those of the Mainland. In the other 95% of the cases, there would be no clear *legal* reason not to extradite. Should a case ultimately prove to fall among the infamous 5% after extradition being granted (a risk which exists in the extradition relations of virtually all jurisdictions), then this would entitle Hong Kong's courts to re-evaluate whether and to what extent cooperation with the Mainland should continue – which again would only evince Hong Kong's autonomy.

## II. THE NATIONAL SECURITY LAW

The protests that shook Hong Kong as a consequence of the Extradition Bill led the Government of Hong Kong to withdraw it, but eventually prompted the introduction of a very different type of law: the NSL.<sup>50</sup> The NSL criminalizes “a broad range of conduct that would be recognized elsewhere as ordinary civic and political participation”,<sup>51</sup> and brings with it several constitutionally problematic issues which are in tension with the basic policies for Hong Kong and the human rights

---

<sup>50</sup> Cora Chan, “Can Hong Kong Remain a Liberal Enclave within China? Analysis of the Hong Kong National Security Law”, *Public Law* (2021), p. 274: “Several unprecedented features of the 2019 protests, including the visibility of pro-independence forces, increased resort to violence and interventionist responses by certain foreign states, appear to have convinced Beijing that there was a real risk of Hong Kong becoming a base for subversion and separatism, a risk it believed to be honed by the absence of legislation implementing art.23 BL. The NSL was introduced to curb that risk”.

<sup>51</sup> Alvin Y.H. Cheung, “Unpalatable Realities...”, *op. cit.*, p. 1155.

that those polices were designed to protect.<sup>52</sup> For the purposes of this article, it suffices to focus on the most problematic issues.

First, the law was passed not (as the Extradition Bill would have) by Hong Kong, but by Beijing. However, Article 23 of the Basic Law states:

“The Hong Kong Special Administrative Region shall enact laws *on its own* to prohibit any act of treason, secession, sedition, subversion against the Central People’s Government [...].”<sup>53</sup>

Considering that Article 23 of the Basic Law is unambiguous in assigning on the Hong Kong Special Administrative Region the authority for adopting national security laws, it is difficult to disagree with the conclusion that the authority to enact such a law lies with the authorities in Hong Kong rather than with the central authorities.<sup>54</sup> The fact that Hong Kong is mandated by the Basic Law to enact “on its own” a national security law is a consequence of the abovementioned fundamental idea enshrined in the “one country, two systems” model, i.e. that all the rights and freedoms of the Hongkongers are only supposed to be limited if a Hong Kong law expressly allows for such a limitation. As also mentioned above, since the central legislative organs are not supposed to enact laws for Hong Kong limiting such rights and freedoms, the appropriate forum to pass such types of laws is the Legislative Council of Hong Kong. This is also the natural consequence of a basic policy for Hong Kong enshrined in Annex I (II) of the Joint Declaration:

“The laws of the Hong Kong Special Administrative Region shall be the Basic Law [...] and laws enacted by the Hong Kong Special Administrative Region legislature [...].”<sup>55</sup>

Moreover, as criminal laws are those that represent a more serious intrusion into the rights and liberties enshrined in the legal system of Hong

---

<sup>52</sup> Cora Chan, “Can Hong Kong Remain...”, *op. cit.*, p. 279 *et passim*.

<sup>53</sup> Basic Law, Article 23 (emphasis added).

<sup>54</sup> On this, see Johannes Chan, “Five Reasons to Question the Legality of a National Security Law for Hong Kong”, *Verfassungsblog: On Matters Constitutional*, May 2020.

<sup>55</sup> Joint Declaration, Annex I (II).

Kong, particularly where they provide for harsh imprisonment penalties, it is almost impossible to argue that the Joint Declaration or the Basic Law provide room for an implicit prerogative of the central authorities to enact laws of that character.<sup>56</sup> Indeed, reassuring Hongkongers that their rights, their freedoms and their way of life would be maintained was one of the most important driving forces behind the carefully devised protections enshrined in the Joint Declaration and the Basic Law. That is why the drafters of the Basic Law decided that, even in relation to the criminal laws that concern the most important “one country” interest of safeguarding national security, the appropriate constitutional mechanism to ensure that such a law would be adopted was the constitutional mandate of Article 23 entrusting the Hong Kong authorities with the power and obligation to adopt such a law<sup>57</sup>.

A second issue concerns the fact that the NSL establishes, in Hong Kong, an “Office for Safeguarding National Security” which can “initiate investigations” and “exercise jurisdiction over [cases] concerning offence[s] endangering national security”.<sup>58</sup> The exercise of powers in Hong Kong by this Office might lead to persons being informally ‘extradited’ from Hong Kong to Mainland China for prosecution and trial on account of acts practiced in Hong Kong.<sup>59</sup> This disguised extradition mechanism is not subject to the above mentioned protections, that were enshrined in the Extradition Bill for extradition proper (think, for example, of the *prima facie* case requirement), and other protections simply do not

---

<sup>56</sup> But see Albert Chen, “Constitutional Controversies in the Aftermath of the Anti-Extradition Movement of 2019”, *Hong Kong Law Journal* 50(2) (2020), p. 622, 627, arguing that Article 23 does not change “the fundamental principle that, by its very nature, national security legislation is the power and responsibility of the central authorities”, and mentioning an alleged power of the central authorities to “supplement the provisions of the Basic Law in response to changing circumstances in [Hong Kong] that were not anticipated when the Basic Law was made in 1990”.

<sup>57</sup> Whether or not it was a wise political decision to trust Hong Kong itself to actually adopt such a law is immaterial from legal perspective and for present purposes.

<sup>58</sup> NSL, Articles 55, 56.

<sup>59</sup> NSL, Article 56.

make sense within the NSL mindset (think, for example, of the double jeopardy requirement and the political offence exception).

Most significantly, there is no intervention of the judicial branch of Hong Kong in the operation of that mechanism. This represents an unconstitutional circumvention of the natural jurisdiction of the authorities in Hong Kong to prosecute and adjudicate such cases. In fact, it should be trite to observe that, since laws on national security were supposed to be adopted by Hong Kong on its own, all Hong Kong territorial cases relating to national security would lie within the jurisdictional province of the courts in Hong Kong. Article 19 of the Basic Law is clear-cut in affirming:

“The Hong Kong Special Administrative Region shall be vested with independent judicial power, including that of final adjudication. The courts of the Hong Kong Special Administrative Region shall have jurisdiction over all cases in the Region [...]”<sup>60</sup>

In connection with the possibility of transferring a person for prosecution and trial from Hong Kong to the Mainland, the NSL assigns certain roles to the supreme judiciary authorities in the Mainland:

“[T]he Supreme People’s Procuratorate shall designate a prosecuting body to prosecute [the case], and the Supreme People’s Court shall designate a court to adjudicate it.”<sup>61</sup>

The assignment of such roles contravenes fundamental parts of the third basic policy of the Joint Declaration, which prescribes that Hong Kong will have an “independent judicial power, including the power of final adjudication”.<sup>62</sup> Consider the import of that policy, as extensively prescribed in Annex I (Section III) of the Joint Declaration:

“[T]he judicial system previously practised in Hong Kong shall be maintained except for those changes consequent upon the vesting in the courts of the Hong Kong Special Administrative Region of the power of final adjudication. Judicial power in the Hong Kong

---

<sup>60</sup> Basic Law, Article 19.

<sup>61</sup> NSL, Article 56.

<sup>62</sup> Joint Declaration, para. 3 (3).

Special Administrative Region shall be vested in the courts of the Hong Kong Special Administrative Region. The courts shall exercise judicial power independently and free from any interference [...]. The courts shall decide cases in accordance with the laws of the Hong Kong Special Administrative Region [...]. The power of final judgment of the Hong Kong Special Administrative Region shall be vested in the court of final appeal [...]. A prosecuting authority of the Hong Kong Special Administrative Region shall control criminal prosecutions free from any interference.”<sup>63</sup>

It seems impossible to read in this provision a hidden possibility to assign any role whatsoever to the Supreme People’s Procuratorate and to the Supreme People’s Court in the prosecution and adjudication of national security cases. What is more, according to the NSL, in the prosecution and adjudication of such cases:

“The Criminal Procedure Law of the People’s Republic of China and other related national laws shall apply to procedural matters, including those related to criminal investigation, examination and prosecution, trial, and execution of penalty.”<sup>64</sup>

Apart from the fact that the application of Mainland laws to Hong Kong territorial cases also flies in the face of the third basic policy of the Joint Declaration and Article 19 of the Basic Law, criminal law and procedure in the Mainland are substantially guided by the socialist principles and logics in force under the PRC Constitution. Indeed, courts and procuratorates act under the socialist principle of democratic centralism, which means that all the organs of the state come under the unified leadership of the central authorities.<sup>65</sup> Democratic centralism is the underlying reason why the judiciary does not have a real “institutional and functional independence”.<sup>66</sup> This includes the Supreme People’s

---

<sup>63</sup> Joint Declaration, Annex I (III).

<sup>64</sup> NSL, Article 57.

<sup>65</sup> Jianfu Chen, *Chinese Law: Context and Transformation, Revised and Expanded Edition*, Brill, 2016, p. 141.

<sup>66</sup> Yash Ghai, “Litigating the Basic Law: Jurisdiction, Interpretation and Procedure, in Hong Kong’s Constitutional Debate, Conflict Over Interpretation”, in Johannes M. M. Chan / H.L. Fu / Yash Ghai (eds.), *op. cit.*, p. 45.

Court and the Supreme People's Procuratorate which act under the supervision and control of the NPC and its Standing Committee.<sup>67</sup> Due consideration to this fact leads to the conclusion that the assignment of those roles to these organs and the application of mainland laws cause unsurmountable constitutional obstacles arising from the basic policy prescribing that "the socialist system and socialist policies shall not be practiced [in Hong Kong] for 50 years".<sup>68</sup>

Of course, all these considerations are quite different from those put forward in Section I, which prompted us to hold that there is no constitutional obstacle in enabling Hong Kong courts to permit extradition of individuals to the Mainland where they conclude that the structural lack of independence of judicial authorities in the Mainland would be unlikely to have tangible effects in the case at hand.<sup>69</sup>

A third issue relates with the fact that, in contrast with Article 158 of the Basic Law, which authorizes Hong Kong courts to interpret all the provisions of the Basic Law, Article 65 of the NSL states that the power of interpretation of the NSL belongs to the Standing Committee and does not authorize Hong Kong courts to interpret it.<sup>70</sup> Under the PRC Constitution, assigning the interpretative power to the Standing Committee is also a specific consequence of the socialist principle of democratic centralism.<sup>71</sup> While some scholars might be tempted to read down the significance of Article 65,<sup>72</sup> the risk is clear, for what the explicit wording of this provision suggests is that, in the image of the courts in the Mainland, the courts in Hong Kong are not supposed to have the power to interpret the NSL. It thereby also conveys a warning: attempts by Hong Kong courts to construe the law in a sense which is not to the Standing Committee's liking may prompt the intervention of

---

<sup>67</sup> PRC Constitution, Articles 3, 128, 133.

<sup>68</sup> Joint Declaration, Annex I (Section I); Basic Law, preamble, Article 5.

<sup>69</sup> See *supra* sections II.2. and II.3.

<sup>70</sup> NSL, Article 65.

<sup>71</sup> Cai Dingjian, *Constitution: An Intensive Reading (宪法精解)*, Law Press China, 2004, p. 301.

<sup>72</sup> Simon Young, "Why Beijing must respect Hong Kong courts' interpretation of national security law", *South China Morning Post*, 8 July 2020; Cora Chan, "Can Hong Kong Remain...", *op. cit.*, p. 281 *et passim*.

the Standing Committee in order to curb them, in which case “socialist legality prevails”.<sup>73</sup> It also means that the Standing Committee might issue interpretations in order to prevent such attempts and influence ongoing or future adjudication of cases. While that would not be a first,<sup>74</sup> an increase of the (more or less subtle) interference of the central authorities in the functioning of the judicial system in Hong Kong is all but certain.<sup>75</sup>

Based on a certain view according to which a clear distinction can be drawn between applying the law and interpreting the law (let us assume, for the sake of the argument, that such a division is indeed possible), the NSL mandates courts in Hong Kong to simply *apply* the law. In addition to colliding with Article 158 of the Basic Law, such a mandate also violates the third basic policy of the Joint Declaration, because, if courts cannot interpret the law, it is impossible to argue that a real independent judicial power operating free from interference truly exists.

It also goes without saying that, while interpretation of the law in general is an integral part of the exercise of judicial power *tout court*, particularly strict interpretative techniques are supposed to be used in criminal matters in order to ensure that the human rights principles of legality, presumption of innocence, etc., are duly respected and that a simplistic and mechanic application of the words of the law does not result in arrests or imprisonments that are not warranted in view of all the competing values at stake. In other words, if the courts are disallowed to interpret the law, a vital part of the exercise of judicial power of Hong Kong is taken away from their province and assigned exclusively to a political and legislative body. Thus, the NSL contravenes the command of the Joint Declaration that the judicial system previously practiced in Hong Kong be maintained.

In reality, it might be difficult for the courts to refrain from interpreting the NSL and simply apply its words mechanically. However,

---

<sup>73</sup> Cora Chan, “Can Hong Kong Remain...”, *op. cit.*, p. 281.

<sup>74</sup> P.Y. Lo, “Two Kinds of Unconstitutional Constitutional Interpretations in China’s Hong Kong”, *I-CONnect – Blog of the International Journal of Constitutional Law*, 23 December 2016.

<sup>75</sup> Alvin Y.H. Cheung, “Unpalatable Realities...”, *op. cit.*, p. 1162.



rather recently (on 9 February 2021), in *Lai Chee Ying* (a case concerning Jimmy Lai, a media tycoon supportive of the democratic movement in Hong Kong and the most prominent person arrested under the NSL since its coming into force), the CFA provided us with a glimpse of how a subtle difference between *interpretation* of the NSL in light of all the relevant principles and pure *application* of its provisions might actually play out. Article 42 of the NSL states:

“No bail shall be granted to a criminal suspect or defendant unless the judge has sufficient grounds for believing that the criminal suspect or defendant will not continue to commit acts endangering national security.”<sup>76</sup>

The CFA held that the general rule in favor of bail established in the Criminal Procedure Ordinance of Hong Kong (CPO) was displaced by Article 42.<sup>77</sup> However, the general bail regime is “only a reflection” of relevant constitutional principles in force under the Basic Law (particularly, the right to personal liberty and the presumption of innocence),<sup>78</sup> and the court did not consider the effect of those principles “when it readily accepted” that Article 42 displaced the general regime’s presumption in favor of bail.<sup>79</sup> Had the CFA considered this provision in light of the relevant constitutional principles, it might have reached the opposite

---

<sup>76</sup> NSL, Article 42 (emphasis added).

<sup>77</sup> *HKSAR v Lai Chee Ying* [2021] HKCFA 3 (9 Feb 2021), at [53(b)]: “Under NSL 42(2), that presumption is excluded in the first instance. The starting point is that no bail shall be granted unless the judge has sufficient grounds for believing that the accused ‘will not continue to commit acts endangering national security’. Plainly, NSL 42(2) introduces a considerably more stringent threshold requirement. Under the CPO, the rule is ‘grant bail unless there are substantial grounds to believe violation will occur’, while under NSL 42(2) it is ‘no bail unless there are sufficient grounds to believe violation will not occur’”.

<sup>78</sup> See, *inter alia*, Articles 4 and 5 of the NSL, Article 28 of the Basic Law, Articles 9 and 14 of the ICCPR (as implemented in Articles 5 and 11 of the Bill of Rights of Hong Kong).

<sup>79</sup> Johannes Chan, “Judicial Responses to the National Security Law: *HKSAR v Lai Chee Ying*”, *Hong Kong Law Journal* 51(1) (2021), p. 1-14.

conclusion.<sup>80</sup> However – so the argument goes –, such an interpretation would go against the “literal meaning” of Article 42.<sup>81</sup>

In abstaining from *interpreting* the relevant provisions, and instead *applying* Article 42 mechanically, the CFA not only complied with the legislative intent behind Article 65 of the NSL, but also it concomitantly declined to evaluate whether Article 42 is compatible with the relevant human rights norms. As the CFA has affirmed:

“the legislative acts of the NPC and NPCSC leading to the promulgation of the NSL as a law of the HKSAR, done in accordance with the provision of the Basic Law and the procedure therein, are not subject to review on the basis of any alleged incompatibility as between the NSL and the Basic Law or the ICCPR as applied to Hong Kong.”<sup>82</sup>

Ultimately, and for all practical purposes, the mere application of Article 42 by the CFA meant that bail was refused, and instead of being released Jimmy Lai was kept in jail. The CFA also signaled that it is going to faithfully execute the overall intent of the NSL. As Alvin Cheung has noted:

“The [NSL] imposes not one but two separate state security apparatuses on the territory – one made up of carefully selected Hong Kong police, prosecutors, and judges; the other of the Mainland’s own state security agents. Despite a cursory reference [...] to the protection of fundamental rights, the remainder of the text makes plain that – by design – neither security apparatus will be subject to meaningful legal or democratic accountability to any institution within Hong Kong.”<sup>83</sup>

Most importantly, the highest judicial organ in Hong Kong did already make it abundantly clear (in *Lai Chee Ying*) that security concerns,

---

<sup>80</sup> See, particularly, Article 5(3) of the Bill of Rights: “It shall not be the general rule that persons awaiting trial shall be detained in custody, but release may be subject to guarantees to appear for trial (...)”.

<sup>81</sup> Johannes Chan, “Judicial Responses...”, *op. cit.*, p. 8.

<sup>82</sup> *HKSAR v Lai Chee Ying*, *cit.*, at [37], [70].

<sup>83</sup> Alvin Y.H. Cheung, “Unpalatable Realities...”, *op. cit.*, p. 1155.

as expressed *in casu* in Article 42 the NSL, trump whatever human rights might have previously prevailed in Hong Kong (rights to which the NSL itself pays lip service in Article 4).<sup>84</sup>

### III. CONCLUSION

Whether or not the Extradition Bill was acceptable and whether or not the NSL is acceptable are two independent questions. The fact that the NSL constitutes a more serious threat to human rights than the Extradition Bill would have does not mean that the latter was flawless, nor does it, in itself, constitute a reason to retrospectively endorse it.

Objectively, however, it is tragically ironic that the reaction of civil society to the Extradition Bill and the failure of Hong Kong to enact a national security law – driven though they were by human rights concerns – eventually made room for the emergence of a law that in fact poses a grave threat to human rights. The Extradition Bill would have been constitutionally legitimate, it would have preserved the idea of “two systems”, and it would not have shattered fundamental principles of extradition law. In contrast, the NSL introduced a mechanism for the transfer of persons from Hong Kong to the Mainland and other rules which conflict with the basic policies set out in the Joint Declaration and with the human rights they were designed to protect, as well as with international law principles on the transfer of persons to a different jurisdiction. This is well depicted by Carole Petersen:

“[W]hile the NSL does not contain any explicit provision for extradition to the Mainland, it appears that the NSL has accomplished what Carrie Lam tried to achieve in 2019 – case-by-case extradition to the Mainland, where the ICCPR does not apply and there is no guarantee of a right to a fair trial.”<sup>85</sup>

---

<sup>84</sup> NSL, Article 4: “The rights and freedoms, (...) which the residents of the Region enjoy under the Basic Law of the Hong Kong Special Administrative Region and the provisions of the International Covenant on Civil and Political Rights [...] as applied to Hong Kong, shall be protected (...)”.

<sup>85</sup> Carole J. Petersen, “The Disappearing Firewall...”, *op. cit.*, p. 649.

It is also ironic that, prior to the handover of Hong Kong and Macau to the PRC, the UK and Portugal used to entertain extradition relations with the PRC concerning (not only, but also) individuals located in Hong Kong and Macau, provided that human rights and other paramount values were in the case respected.<sup>86</sup> In contrast, upon reintegration into the PRC – which formally brought the Mainland, Hong Kong and Macau closer together than they had been for centuries –, the political sensitivity of their relations has proven an insurmountable obstacle for an agreement to be reached on the conditions upon which extradition among them can reasonably take place. That obstacle, however, was forcefully overcome by the PRC through the NSL, the blade that cut this Gordian knot. With the “two systems” showing irreconcilable in this aspect, one of them eventually imposed itself on the other in the name of “one country”, carrying the regrettable results assessed in this article.

Finally, it is yet ironic that this imposition – i.e. the enactment of the NSL, which encompasses norms that carry an ostensible interference with deeply-rooted rights and freedoms of Hongkongers – has sparked a strong reaction by liberal-minded countries leading to the cessation of extradition relations with Hong Kong,<sup>87</sup> and, as a consequence, compromised the main objective underpinning stable extradition relations, namely to ensure that crime (especially, serious crime) does not remain unattended, which in itself also has human rights resonance, as recently illustrated by the *Romeo Castaño* case in the ECtHR.

---

<sup>86</sup> As illustrated by the *Leung* case mentioned above, in Section II.

<sup>87</sup> The fact alone that many such countries decided to cancel their extradition relations with Hong Kong (as well as to adopt other ‘counter-measures’) lends strength to the view that the NSL did breach basic constitutional and human rights rules that were supposed to be in force in Hong Kong at least until 2047. The view expressed by the UK was that the breach of the basic policies set out in the Joint Declaration and the curtailment of human rights enshrined in the NSL was so “clear and serious” that there was no room for a less forceful reaction: see William James, “UK says China’s security law is serious violation of Hong Kong treaty”, *Reuters* 7 July 2020.

## REFERENCES

BAKER, Scott / Perry, David / Doobay, Anand, *A Review of the United Kingdom's Extradition Arrangements (Following Written Ministerial Statement by the Secretary of State for the Home Department of 8 September 2010)*, Presented to the Home Secretary on 30 September 2011, Home Office, HO\_01859\_G. [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/117673/extradition-review.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/117673/extradition-review.pdf)

BRABYN, Janice M., "Extradition and the Hong Kong Special Administrative Region", *Case Western Reserve Journal of International Law* 20 (1988), p. 171-172. <https://scholarlycommons.law.case.edu/jil/vol20/iss1/9/>

CAEIRO, Pedro / Costa, Miguel João, "Extradition and Surrender: from a Bilateral Political Arrangement to a Triangular Legal Procedure", in Kai Ambos / Peter Rackow (eds.), *Cambridge Companion to European Criminal Law*, Cambridge University Press, forthcoming 2023. <https://www.cambridge.org/core/books/cambridge-companion-to-european-criminal-law/6A7551D51A2EB97CCD932D710D4F3854>

CAEIRO, Pedro, "Proibições Constitucionais de Extraditar em Função da Pena Aplicável", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 8 (1998), p. 155-170. [https://www.fd.uc.pt/~pcaeiro/1998\\_Proibi%C3%A7%C3%B5es\\_Constitucionais\\_de\\_extraditar.pdf](https://www.fd.uc.pt/~pcaeiro/1998_Proibi%C3%A7%C3%B5es_Constitucionais_de_extraditar.pdf)

CAEIRO, Pedro, "Reconhecimento Mútuo, Harmonização e Confiança Mútua (Primeiro Esboço de uma Revisão)", in Margarida Santos / Mário Ferreira Monte / Fernando Conde Monteiro (eds.), *Os novos desafios da cooperação judiciária e policial na União Europeia e da implementação da Procuradoria Europeia*, Centro Interdisciplinar em Direitos Humanos da Escola de Direito da Universidade do Minho, 2017. [https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/50677/1/Ebook\\_Os\\_novos\\_desafios\\_da\\_coop\\_judiciaria\\_e\\_policial\\_na\\_UE\\_e\\_da\\_implementacao\\_da\\_PE.pdf](https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/50677/1/Ebook_Os_novos_desafios_da_coop_judiciaria_e_policial_na_UE_e_da_implementacao_da_PE.pdf)

CHAN, Cora, "Can Hong Kong Remain a Liberal Enclave within China? Analysis of the Hong Kong National Security Law", *Public Law* (2021), p. 271-292. <https://hub.hku.hk/handle/10722/298998>

CHAN, Cora, "Demise of 'One Country, Two Systems'? Reflections on the Hong Kong Rendition Saga", *Hong Kong Law Journal* 49(2) (2019), p. 447-458. <https://web.law.hku.hk/hklj/2019-Vol-49.php>

CHAN, Cora, "Thirty years from Tiananmen: China, Hong Kong, and the ongoing experiment to preserve liberal values in an authoritarian state", *International*

*Journal of Constitutional Law* 17(2) (2019), p. 439–452. <https://doi.org/10.1093/icon/moz034>

CHAN, Johannes M. M. / Fu, H.L. / Ghai, Yash (eds.), *Hong Kong's Constitutional Debate, Conflict over Interpretation*, Hong Kong University Press, 2000. [https://hkupress.hku.hk/index.php?route=product/product&product\\_id=218](https://hkupress.hku.hk/index.php?route=product/product&product_id=218)

CHAN, Johannes, “Five Reasons to Question the Legality of a National Security Law for Hong Kong”, *Verfassungsblog: On Matters Constitutional*, May 2020. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0301-20200602-013143-0-6>

CHAN, Johannes, “Judicial Responses to the National Security Law: HKSAR v Lai Chee Ying”, *Hong Kong Law Journal* 51(1) (2021), p. 1-14. <https://web.law.hku.hk/hklj/2021-Vol-51.php>

CHAN, Johannes, “Ten Days that Shocked the World: The Rendition Proposal in Hong Kong”, *Hong Kong Law Journal* 49(2) (2019), p. 431-445. <https://web.law.hku.hk/hklj/2019-Vol-49.php>

CHEN, Albert H.Y., “A Perfect Storm: Hong Kong–China Rendition of Fugitive Offenders”, *Hong Kong Law Journal*, 49(2) (2019), p. 419-429. <https://web.law.hku.hk/hklj/2019-Vol-49.php>

CHEN, Albert, “Constitutional Controversies in the Aftermath of the Anti-Extradition Movement of 2019”, *Hong Kong Law Journal* 50(2) (2020), p. 609-631. <https://web.law.hku.hk/hklj/2020-Vol-50.php>

CHEN, Jianfu, *Chinese Law: Context and Transformation, Revised and Expanded Edition*, Brill, 2016. [https://doi.org/10.1163/9789004228894\\_005](https://doi.org/10.1163/9789004228894_005)

CHEUNG, Alvin Y.H., “Unpalatable Realities, No Choices”, *International Journal of Constitutional Law* 19(3) (2021), p. 1154–1168. <https://doi.org/10.1093/icon/moab080>

COSTA, Miguel João, *Extradition Law: Reviewing Grounds for Refusal from the Classic Paradigm to Mutual Recognition and Beyond*, Brill, 2019. [https://doi.org/10.1163/9789004411210\\_008](https://doi.org/10.1163/9789004411210_008) / [https://doi.org/10.1163/9789004411210\\_009](https://doi.org/10.1163/9789004411210_009)

DINGJIAN, Cai, *Constitution: An Intensive Reading (宪法精解)*, Law Press China, 2004

Efrat, Asif / Tomasina, Marcello, “Value-free extradition? Human rights and the dilemma of surrendering wanted persons to China”, *Journal of Human Rights* 17(5) (2018), 605-621. <https://doi.org/10.1080/14754835.2018.1533454>

GHAI, Yash, “Litigating the Basic Law: Jurisdiction, Interpretation and Procedure, in Hong Kong’s Constitutional Debate, Conflict Over Interpretation”, in Johannes M. M. Chan / H.L. Fu / Yash Ghai (eds.), *Hong Kong’s Constitutional Debate, Conflict over Interpretation*, Hong Kong University Press, 2000, p. 3-51. [https://hkupress.hku.hk/index.php?route=product/product&product\\_id=218](https://hkupress.hku.hk/index.php?route=product/product&product_id=218)

HAREL, Alon, “The Duty to Criminalize”, *Law and Philosophy* 34(1) (2015), p. 1-22. <https://doi.org/10.1007/s10982-014-9209-6>

JAMES, William, “UK says China’s security law is serious violation of Hong Kong treaty”, *Reuters* 7 July 2020. <https://www.reuters.com/article/uk-hongkong-protests-britain-idUKKBN2425IO>

LEMOS, Miguel Manero de / Young, Simon N.M., “Regional Judicial Cooperation in Criminal Matters: Mainland, Hong Kong and Macau”, in Pedro Caeiro / Sabine Gless / Valsamis Mitsilegas / Miguel João Costa / Janneke de Snaaijer / Georgia Theodorakakou (eds.), *Elgar Encyclopedia of Crime and Criminal Justice*, Edward Elgar Publishing, forthcoming 2023. <https://doi.org/10.4337/9781789902990>

LEMOS, Miguel, “The Basic Laws of Hong Kong and Macau as Internationally Shaped Constitutions of China and the Fall Off of ‘One Country, Two Systems’ ”, *Tulane Journal of International and Comparative Law* 27 (2019), p. 277-338. [https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/tuliclj27&div=17&g\\_sent=1&casa\\_token=&collection=journals](https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/tuliclj27&div=17&g_sent=1&casa_token=&collection=journals)

LO, P.Y., “The Unprosecuted Taiwan Homicide, the Unaccepted Extradition Law Amendment Bill and the Underestimated Common Law”, *Hong Kong Law Journal* 50(2) (2020), p. 373-394. <https://web.law.hku.hk/hklj/2020-Vol-50.php>

LO, P.Y., “Two Kinds of Unconstitutional Constitutional Interpretations in China’s Hong Kong”, *I-CONNECT – Blog of the International Journal of Constitutional Law*, 23 December 2016. <http://www.iconnectblog.com/2016/12/two-kinds-of-unconstitutional-constitutional-interpretations>

PETERSEN, Carole J., “The Disappearing Firewall: International Consequences of Beijing’s Decision to Impose a National Security Law and Operate National Security Institutions in Hong Kong”, *Hong Kong Law Journal* 50(2) (2020), p. 642-643. <https://web.law.hku.hk/hklj/2020-Vol-50.php>

PINTO, Mattia, “Romeo Castaño: ‘Meticulously Elaborated Interpretations’ for the sake of Prosecution”, *Strasbourg Observers*, 10 September 2019. <https://strasbourgobservers.com/2019/09/10/romeo-castano-meticulously-elaborated-interpretations-for-the-sake-of-prosecution/>

SCHEININ, Martin, “European human rights as universal rights: In defence of a holistic understanding of human rights”, in Eva Brems / Janneke Gerards (eds.), *Shaping Rights in the ECHR. The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, Cambridge University Press, 2014, p. 259-272. <https://doi.org/10.1017/CBO9781107337923.015>

URNS, David, “Pinochet’s fallout: jurisdiction and immunity for criminal violations of international law”, *Legal Studies* 20 (2000), p. 566-591. <https://doi.org/10.1111/j.1748-121X.2000.tb00160.x>

YOUNG, Simon, “Why Beijing must respect Hong Kong courts’ interpretation of national security law”, *South China Morning Post*, 8 July 2020. <https://www.scmp.com/comment/opinion/article/3092022/why-beijing-must-respect-hong-kong-courts-interpretation-national>

ZAMBONI, Matteo, “Romeo Castaño v Belgium and the Duty to Cooperate under the ECHR”, *EJIL:Talk*, 19 August, 2019. <https://www.ejiltalk.org/romeo-castano-v-belgium-and-the-duty-to-cooperate-under-the-echr/>

### **Authorship information**

*Miguel Lemos* holds an LLB (2003), an LLM (2004), and a PhD (2017) from the University of Coimbra; he currently works as an Assistant Professor at the University of Macau. [miguelma@um.edu.mo](mailto:miguelma@um.edu.mo)

*Miguel João Costa* holds an LLB (2008) and an LLM (2011) from the University of Coimbra, and a PhD (2019) from Maastricht University; he currently works as an Advisor at the Constitutional Court of Portugal and as Guest Assistant Professor at the University of Coimbra. [mjcosta@fd.uc.pt](mailto:mjcosta@fd.uc.pt)



### **Additional information and author's declarations (scientific integrity)**

*Conflict of interest declaration:* the authors confirm that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

*Declaration of authorship:* all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

- *Miguel Lemos:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft (notably from the angle of Hong Kong's constitutional law), validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Miguel João Costa:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft (notably from the angle of extradition law), validation, writing – review and editing, final version approval.

*Declaration of originality:* the authors assure that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; they also attest that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

### Editorial process dates

(<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 20/03/2022
- Desk review and plagiarism check: 15/04/2022
- Review 1: 08/07/2022
- Review 2: 20/07/2022
- Preliminary editorial decision: 04/09/2022
- Correction round return: 16/09/2022
- Final editorial decision: 12/09/2022

### Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 1 (CRG)
- Reviewers: 2

### HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

LEMOS, Miguel; COSTA, Miguel João. The Extradition Bill of Hong Kong revisited, the National Security Law and the irony of human rights protection in "one country, two systems". *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, n. 3, p. 1503-1536, set./dez. 2022. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i3.701>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.


# “Criminal or nay?” Migrants’ administrative detention within the IAHRs: lessons (not) learned by Europe

*“Penale o no?” La detenzione amministrativa dei migranti all’interno del Sistema Interamericano dei diritti umani: lezioni (non) imparate dall’Europa.*

**Lorenzo Bernardini<sup>1</sup>**

University of Luxembourg, Esch-sur-Alzette, Luxembourg

lorenzo.bernardini@uni.lu

 <https://orcid.org/0000-0002-9768-7579>

---

**ABSTRACT:** In this paper, several aspects of the administrative detention discipline in the light of the Inter-American Human Rights System (IAHRS) standards will be addressed. Through a comparative approach, the paper aims at assessing whether the latter provides better protection to detained migrants in respect of other regional systems, such as EU law or ECHR legal framework, from both a substantive and a procedural standpoint. In the first paragraph, a general introduction upon the structure and the aim of the IAHRs will be developed, emphasising the relevant sources of law which have been involved in the creation of such a legal framework. Then, a brief analysis specifically devoted to the migrants’ status within the IAHRs will be offered, also considering the international legal standards on the matter. In the third paragraph I will explain different aspects of administrative detention of migrants—both substantive and procedural ones—in the light of the relevant IAC(t)HR case-law, which might seem to acknowledge its *de facto* criminal nature. A constant reference to the analogous CJEU and ECtHR jurisprudence on the matter will be provided. Finally, a comparison between Europe and America systems upon different standards of migrants’ administrative deprivation of liberty will be presented, arguing that the IAHRs approach

---

<sup>1</sup> Postdoctoral Researcher in Criminal Law (Faculté de Droit, d’Économie et de Finance (FDEF), University of Luxembourg. PhD in Global Studies (Dipartimento di Giurisprudenza (DiGiur), University of Urbino/IT.

seems more consistent with international law and, with respect to the European legal framework, more attentive to the paramount importance of the fundamental rights and freedoms to be accorded to aliens subjected to allegedly non-criminal custodial measures.

**KEYWORDS:** right to personal liberty; *habeas corpus* guarantees; Inter-American Convention on Human Rights; administrative detention; Article 5 ECHR; Article 6 CFR; Article 9 ICCPR; principle of legality.

**ABSTRACT:** *Nel presente lavoro verranno affrontati diversi aspetti della disciplina della detenzione amministrativa alla luce degli standard del Sistema Interamericano dei Diritti Umani (IAHRS). Attraverso un approccio comparatistico, il contributo intende indagare se quest'ultimo fornisca una migliore protezione ai migranti detenuti rispetto ad altri sistemi regionali, come il diritto dell'UE o il quadro giuridico della CEDU, sia da un punto di vista sostanziale che procedurale. Nel primo paragrafo, verrà sviluppata un'introduzione generale sulla struttura e sull'obiettivo dell'IAHRS, sottolineando le fonti giuridiche rilevanti che sono state coinvolte nella creazione di tale ordinamento. Successivamente, verrà offerta una breve analisi specificamente dedicata allo status dei migranti all'interno dell'IAHRS, considerando anche gli standard legali internazionali in materia. Nel terzo paragrafo illustrerò i diversi aspetti della detenzione amministrativa dei migranti – sia sostanziali che procedurali – alla luce della pertinente giurisprudenza della Corte Interamericana dei Diritti Umani e della relativa Commissione, che sembrerebbe riconoscerne la natura sostanzialmente penale. Verrà fatto un costante riferimento alla pertinente giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia. Infine, verrà presentato un confronto tra i sistemi europei e americani su diversi standard di privazione amministrativa della libertà dei migranti, sostenendo che l'approccio dell'IAHRS sembra più coerente con il diritto internazionale e, per quanto riguarda il quadro giuridico europeo, più attento all'importanza fondamentale dei diritti e delle libertà fondamentali da riconoscere agli stranieri sottoposti a misure detentive asseritamente non penali.*

**PAROLE CHIAVE:** diritto alla libertà personale; garanzie dell'*habeas corpus*; Convenzione interamericana dei diritti dell'uomo; detenzione amministrativa; articolo 5 CEDU; articolo 6 CFR; articolo 9 ICCPR; principio di legalità.

**TABLE OF CONTENTS:** 1. Some introductory remarks upon the Inter-American Human Rights System. – 2. The IAHRS and migrants' rights: a general portrait. – 3. Immigration detention in the context of the

IAHRS: from American lights to European shades? – 3.1. The IAHRS constitutional legal framework and its parallels with the EU/ECHR. – 3.2. Substantive aspects: grounds for detention, legality and freedom from arbitrariness. – 3.2.1. Glancing at grounds for detention in the Americas, in the light of the exceptionality principle. – 3.2.2. The principle of legality: common standards between Luxembourg, Strasbourg and San José? – 3.2.3. The notion of (migrants') arbitrary detention in the Americas. – 3.3. Enhancing *habeas corpus* rights in the IAHRS. – 4. Concluding remarks.

---

*'It is a gross injustice to deprive of his liberty for a significant period of time a person who have committed no crime and does not intend to do so. No civilised country should willingly tolerate such injustices.'*

Lord T. Bingham, 'The Rule of Law', Allen Lane, 2010, p. 73

## **1. SOME INTRODUCTIVE REMARKS UPON THE INTER-AMERICAN HUMAN RIGHTS SYSTEM**

Regional systems of human rights protection aim at complementing the analogous—and wider—legal structure that emerged after World War II under the aegis of the United Nations (UN)<sup>2</sup>. The UN 'mantle of universality'<sup>3</sup>, namely the idea that every individual is entitled *per se* to certain fundamental rights as a member of the human family, has characterised all the programmes promoted at the international level since the very beginning of the post-war period<sup>4</sup>. Yet,

---

<sup>2</sup> Upon the historical context in which regional systems have been developed see WESTON, Burns; LUKES, Robin Ann; HNATT, Kelly. Regional Human Rights Regimes: A Comparison and Appraisal. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Nashville (TX), v. 20, n. 4, p. 585-638, 1987.

<sup>3</sup> HUNEEUS, Alexandra; RASK MADSEN, Mikael. Between universalism and regional law and politics: A comparative history of the American, European, and African human rights systems. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 16, n. 1, p. 137, 2018. <https://doi.org/10.1093/icon/moy011>

<sup>4</sup> The UN Charter, which represents the founding document of the UN, was signed in 1945 by 51 countries. It aims at reaffirming 'faith in fundamental

the socio-political peculiarities of each region (e.g., Europe, America, Africa) progressively led, in the second half of the 20<sup>th</sup> century, to the creation of different regional frameworks for the protection of fundamental rights, seen as more adequate to guarantee the effective enjoyment of these prerogatives by individuals than the UN system. Compared to the latter—which is still based on the idea that States are the main subjects of international law—regional systems have progressively promoted the idea that individuals themselves, as holders of inviolable and intangible rights, could bring their claims that a violation of those prerogatives might have occurred before *ad hoc* judicial (or quasi-judicial) bodies, whose decisions would be binding. Very often, they are regional courts and/or commissions, which are charged to deal with individual applications pertaining to the alleged violation of a provision laid down in a Convention or a Treaty listing the fundamental rights to be recognised to human beings<sup>5</sup>.

In sum, the process was characterised by the need to establish an institutional structure which may complement the broader UN system of human rights protection:

‘Over the years, regional systems, particularly those established in Europe and the Americas, have provided the necessary intermediary between state domestic institutions which violate or fail to enforce human rights and the global human rights system which alone cannot provide redress to all individual victims of human rights violations. At the global level, no permanent human rights court

---

human rights’, which are described as ‘inalienable rights of all members of the human family’ (emphasis added). See, also, the wording of the Article 1 of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR), where it is set forth that ‘[a]ll human beings are born free and equal in dignity and rights’.

<sup>5</sup> Analogously, within the UN system, a Human Rights Committee (HRC) has been established which is entitled *inter alia* to receive individual complaints asserting that the rights under the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) have been violated. Nevertheless, its jurisdiction does not refer to a certain geographical area, but it is linked to the State Parties to the ICCPR. See *amplius* CONTE, Alex; BURCHILL, Richard. *Defining Civil and Political Rights: The Jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee*. London: Routledge, 2016.

has thus far been created to allow individual complaints against governments for violations of human rights'<sup>6</sup>.

Besides, the proliferation of subsystems for the protection of human rights has historically led to a strengthening of fundamental guarantees and protections in certain areas of the world (e.g. America or Africa) where not all the States that are part of the regional organization concerned have always had a fully democratic architecture. Hence, the broad effectiveness of human rights protection has progressively grown up thanks to these regional machineries for the promotion and protection of fundamental rights, as 'the greater the dispersion of human rights initiatives, after all, the greater the likelihood that international human rights and their challenge to traditional notions of state sovereignty will be taken seriously'<sup>7</sup>.

In this regard, it is noteworthy that the UN expressly allows for the possibility to build up regional arrangements, insofar the latter would have implemented the 'maintenance of international peace and security'<sup>8</sup>. Nevertheless, the legal basis for the opportunity for UN Member States to establish regional organisations which may also deal with human rights protection lies elsewhere, and might be indirectly found in Article 56 of the UN Charter, that set forth the faculty for States 'to take joint and separate action in co-operation with the Organization for the achievement of the purposes set forth in Article 55', the latter provision mentioning, in turn, 'universal respect for, and observance of, human rights and fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion'<sup>9</sup>. The UN approach on the matter has been always proactive, to the point that the UN General Assembly urged Member States to take into consideration the possibility to implement *ad hoc* arrangements in

---

<sup>6</sup> MUGWANYA, George William. Realizing Universal Human Rights Norms Through Regional Human Rights Mechanisms: Reinvigorating the African System. *Indiana International & Comparative Law Review*, Indianapolis, v. 10, n. 1, p. 41, 1999.

<sup>7</sup> WESTON, Burns; LUKES, Robin Ann; HNATT, Kelly. Regional Human Rights Regimes: A Comparison and Appraisal. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Nashville (TX), v. 20, n. 4, p. 588, 1987.

<sup>8</sup> Article 52(1), UN Charter.

<sup>9</sup> Article 55(c), UN Charter.

order to set—each in their own region—a ‘suitable regional machinery’ with the purpose of ensure the concrete protection of fundamental individual prerogatives<sup>10</sup>.

Within the framework of the mentioned universal values, therefore, the first regional organizations were being created. Their establishment lies in the middle ‘between “universal” human rights standards and regional diversity and traditions’<sup>11</sup>. Accordingly, all regional human rights systems share a connection based on ‘common challenges, and notably by shared ideas and practices’<sup>12</sup> – their activities may be considered as being conducted within the boundaries of those values that has already been acknowledged by the international community<sup>13</sup>. Nowadays, the main—and more effective—regional human rights systems are implemented within the framework of regional organisations, such as the Council of Europe (CoE), the Organization of American States (OAS)<sup>14</sup>, both established in the 1948, and the African Union (AU), which was created in 2002 and *de facto* replaced the Organisation of African Unity (OAU) previously established in 1963<sup>15</sup>.

---

<sup>10</sup> UN GENERAL ASSEMBLY. Regional arrangements for the promotion and protection of human rights, 16<sup>th</sup> December 1977, A/RES/32/127. Retrieved from: <https://www.refworld.org/docid/3b00f13940.html>.

<sup>11</sup> ENGSTROM, Par. Human Rights: Effectiveness of International and Regional Mechanisms. *Oxford Research Encyclopaedia of International Studies*, Oxford, 22 December 2017. Retrieved from: <https://oxfordre.com/internationalstudies/view/10.1093/acrefore/9780190846626.001.0001/acrefore-9780190846626-e-214>.

<sup>12</sup> HUNEEUS, Alexandra; RASK MADSEN, Mikael. Between universalism and regional law and politics: A comparative history of the American, European, and African human rights systems. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 16, n. 1, p. 137, 2018. <https://doi.org/10.1093/icon/moy011>.

<sup>13</sup> See Article 1, UN Charter.

<sup>14</sup> All 35 independent States of the Americas have ratified the OAS Charter and are members of the Organization. See [https://www.oas.org/en/member\\_states/default.asp](https://www.oas.org/en/member_states/default.asp). Accessed on July 9, 2022.

<sup>15</sup> Other regional organisations which have built up regional human rights systems are the League of Arab States (LAS), established in 1945—and which has created the Arab Human Rights Committee in 2009—and the Association of South-East Asian Nations (ASEAN), established in 1967 and which has set up the ASEAN Intergovernmental Commission on Human Rights (AI-CHR) in 2009.



Focusing on the specific context of the American continent, it is worth recalling that the Inter-American Human Rights System (IAHRS) originated from the American Declaration of the Rights and Duties of Man (ADHR), which was approved at the Ninth International Conference of American States held in Bogota in 1948. Surprisingly, it was the first international human rights document, as the better known UDHR would not be adopted until a few months later by the UN General Assembly. It aims at enumerating and fostering shared human rights standards<sup>16</sup>, emphasising the fact that the latter are based on the concept of ‘human personality’, and hence predate the formation of the state – ‘essential rights’ are merely to be *acknowledged* by national authorities to every individual, as they are deemed to be encompassed with *ius naturale*<sup>17</sup>. Although becoming a party to the American Declaration does not trigger contractual obligations to other States Parties<sup>18</sup>, there is a broad consensus within the IAHRS that the American Declaration is a source of international obligations for the Member States of the OAS<sup>19</sup>. At the same Conference, the Charter of the Organisation of the American States (OAS) was officially adopted<sup>20</sup>. The latter was a further political step that strengthened the protection of fundamental rights within IAHRS, aiming at building up ‘a system of individual liberty and social justice

---

<sup>16</sup> ENGSTROM, Par; HILLEBRECHT, Courtney. Institutional change and the Inter-American Human Rights System. *The International Journal of Human Rights*, London, v. 22, n. 9, p. 1112 *et seq.*, 2018. <https://doi.org/10.1080/13642987.2018.1534786>.

<sup>17</sup> Among them, it is noteworthy that Article I ADHR protects the right to liberty and personal security of every human being and that under Article XXV ADHR ‘no person may be deprived of his liberty except in cases and according to the procedures established by pre-existing law’. See *infra* § 3.2.

<sup>18</sup> SHAVER, Lea. The Inter-American Human Rights System: An Effective Institution for Regional Rights Protection. *Washington University Global Studies Law Review*, Washington, v. 9, n. 4, p. 642, 2010.

<sup>19</sup> See, *inter alia*, IACTHR. Interpretation of the American Declaration of the Rights and Duties of Man within the framework of Article 64 of the American Convention On Human Rights. Advisory Opinion OC-10/89, 14<sup>th</sup> July 1989, para. 24. Available at: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_10\\_ing1.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_10_ing1.pdf). Accessed on July 9, 2022.

<sup>20</sup> ORGANIZATION OF AMERICAN STATES (OAS). Charter of the Organisation of American States, 30 April 1948. Available at: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b3624.html>. Accessed on July 9, 2022.

based on respect for the essential rights of man' under the influence of the UN Charter<sup>21</sup>. Importantly, the OAS Charter expressly set forth that fundamental rights of the individual shall be protected by the OAS Member States 'without distinction as to race, nationality, creed or sex'<sup>22</sup>.

The fundamental core of human rights in the Americas, therefore, is embodied *ab origine* by the peculiar interdependence between the ADHR and the OAS Charter which, since the post-war period, have formed a *cordon sanitaire* around the individual, holder *ex se* of these inviolable prerogatives. Nevertheless, the merely theoretical affirmation of these rights could have jeopardized their compliance by OAS Member States.

Thus, in 1959, the latter created the Inter-American Commission of Human Rights (IACHR) through an *ad hoc* Resolution<sup>23</sup>, which entered into force in 1960. Composed of seven human rights experts, it became a prominent organ of the OAS in 1967 with the first reform of the OAS Charter. Its main aim is to foster the 'observance' and 'protection' of fundamental rights. Similarly to the former European Commission of Human Rights (ECmHR), it may receive and investigate individual complaints that allege violation of fundamental rights. A quasi-judicial body, in performing its mission, it shall apply human rights standards that are enshrined in the ADHR, in the OAS Charter and—from 1969—in the Inter-American Convention on Human Rights (ACHR)<sup>24</sup>.

Ten years later, the ADHR standards were 'complemented'<sup>25</sup> through the adoption of the ACHR. The latter, mirroring the correspondent

---

<sup>21</sup> Articles 1 and 4, OAS Charter.

<sup>22</sup> Article 5(1)(j), OAS Charter.

<sup>23</sup> The Santiago Resolution, drafted on 12-18<sup>th</sup> August 1959, is available at: <http://www.oas.org/consejo/meetings%20of%20consultation/Actas/Acta%205.pdf>. Accessed on July 9, 2022.

<sup>24</sup> In respect to the OAS Member States which are, in turn, State Parties to the ACHR, 'human rights' has to be understood as the ones laid down in the ACHR. Analogously, with regard to other OAS Member States, 'human rights' has to be understood as the ones laid down in the ADHR. See Article 1(2)(a) and (b) of the Statute of the IACHR.

<sup>25</sup> CANTOR, David James-BARICHELLO, Stefania Eugenia. The Inter-American human rights system: a new model for integrating refugee and complementary protection? *The International Journal of Human Rights*, London, v. 17, n. 5-6, p. 691, 2013. <https://doi.org/10.1080/13642987.2013.825077>.

European Convention on Human Rights (ECHR), aims at recognising fundamental rights to ‘all person’—that is, every human being—subject to the jurisdiction of the States Parties, without any discrimination whatsoever<sup>26</sup>. Interestingly, as Shaver rightly observed:

[while] the Declaration’s statements of human rights have, at best, the status of regional customary law[,] the Convention, in contrast, was designed to impose specific and legally binding obligations on ratifying States<sup>27</sup>.

More importantly, the ACHR established the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) as the very judicial body of the OAS – more precisely, it has been designed as a ‘treaty body with voluntary jurisdiction’<sup>28</sup>, the ACHR being the treaty to be specifically monitored<sup>29</sup>. Since its foundation, the role of the IACtHR ought to be understood in conjunction of the IACHR. For the purpose of this essay, it is worth recalling what has been properly summarised with regard to the existing interconnection between the two institutions:

‘the Court works together with the Commission, hearing cases in which the Commission has found the state responsible for a human rights violation but in which the state has not adequately remedied such violations. More specifically, once an alleged victim has exhausted domestic remedies for his or her rights claim, he or she can take a petition to the [IACHR]. The Commission considers admissibility, merits and, as needed, reparations in a given case. The Commission also works to facilitate friendly settlement agreements when appropriate. If the Commission deems that a state has failed to

---

<sup>26</sup> Article 1, ACHR.

<sup>27</sup> SHAVER, Lea. The Inter-American Human Rights System: An Effective Institution for Regional Rights Protection. *Washington University Global Studies Law Review*, Washington, v. 9, n. 4, p. 643, 2010.

<sup>28</sup> GIUPPONI, Belen Olmos. Assessing the evolution of the Inter-American Court of Human Rights in the protection of migrants’ rights: past, present and future. *The International Journal of Human Rights*, v. 21, n. 9, p. 1479, 2017. <https://doi.org/10.1080/13642987.2017.1348736>.

<sup>29</sup> It is noteworthy that the IACtHR’s jurisdiction relates only to OAS States which are, in turn, parties to the ACHR and that have accepted *expressis verbis* the jurisdiction of the Court.

implement its recommendations after a violation, the Commission then pursue adjudication at the [IACtHR], which also considers the admissibility, merits and reparations of the case at hand<sup>30</sup>.

The core of this paper is to assess whether the IAHRs succeeds in adequately protecting the fundamental rights of detained immigrants, taking into account the different standards developed in Europe, through the interpretative action pursued both by the European Court of Human Rights (ECtHR) and the Court of Justice of the European Union (CJEU). Indeed, as for other regional systems, immigration represents a testing ground for the resilience of basic human guarantees. If, on the one hand, every individual is supposed to be ontologically entitled to fundamental rights from the very moment of his birth (and this is a universally recognised assumption in all regional systems), on the other hand, it is also true that practice shows how the ‘universalism’ which allegedly characterised human rights matter may sometimes be affected by unexpected adjustments, to the point that certain prerogatives might become *weaker* when they are to be acknowledged *vis-à-vis* ‘non-citizens’. In other words, migration phenomena may challenge the idea that fundamental rights shall be ensured *in the same way to everyone*, despite the individual’s citizenship or nationality.

Within this problematic context, this paper will provide a comparative analysis of the IAHRs and ECHR/EU legal frameworks, trying to identify which regional system(s) provide(s) the higher degree of fundamental rights protection when administrative detention of foreigners comes to the fore. To this end, the methodology employed will be based on the comparative assessment of the existing provisions and their related case-law among supranational courts, considering both the substantive and procedural implications *in parte qua*.

## 2. THE IAHRs AND MIGRANTS’ RIGHTS: A GENERAL PORTRAIT.

Migrants’ rights are *naturaliter* located halfway between the universalism of human rights and national sovereignty, especially with

---

<sup>30</sup> ENGSTROM, Par; HILLEBRECHT, Courtney. Institutional change and the Inter-American Human Rights System. *The International Journal of Human Rights*, London, v. 22, n. 9, p. 1113, 2018.

regard to borders' control. Referring to different contexts, it has been noted that the IACtHR 'become renowned for the boldness of its determination to push the development of human rights standards'<sup>31</sup>. The same Author then emphasised that migrants have 'benefited from this approach from the very beginning of the Inter-American Court of Human Rights'<sup>32</sup>.

Admittedly, the ADHR ensures *expressis verbis* that, in principle, nationality shall not be a relevant factor within the IAHRs, as there are 'essential rights of man' which are not resulting from the fact that the alien concerned 'is a national of a certain state'<sup>33</sup>. As already explained, the rejection of any nationality-test is widely accepted by the OAS Charter and, more importantly, by the whole structure of the ACHR, the latter identifying the 'human personality' as the very foundation for the recognition of the essential rights of man to every individual, despite his or her nationality<sup>34</sup>. Moreover, in the Preamble of the Convention, a specific mention is made to the ADHR, to the UDHR, to the OAS Charter and to 'other regional systems' as being the very cornerstone of the IAHRs' standards, thus reinforcing the universalistic characterisation of the IAHRs as a whole. In other words, the notion of 'citizenship' (and, more broadly, any nationality-link) is deemed to be irrelevant for the purpose of human rights' recognition *vis-à-vis* an individual who aims at being protected within the IAHRs – it might not have been differently, as the drafters of all the aforementioned international treaties and declarations had never showed an explicit interest to regulate migrants' status<sup>35</sup>. The overall

---

<sup>31</sup> DEMBOUR, Marie-Bénédicte. The Migrants Case-law in the European Court of Human Rights: Critique and Way Forward, in ÇALI, Başak; BIANCU, Ledi; MOTOC, Iulia (eds.). *Migration and the European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2021, p. 33.

<sup>32</sup> DEMBOUR, Marie-Bénédicte. The Migrants Case-law in the European Court of Human Rights: Critique and Way Forward, in ÇALI, Başak; BIANCU, Ledi; MOTOC, Iulia (eds.). *Migration and the European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2021, p. 33.

<sup>33</sup> IACHR. Rafael Ferrer-Mazorra et al. v. USA. Report no. 51/01 – Case 9.903, 4<sup>th</sup> April 2001, para. 178. Available at: <http://www.cidh.oas.org/annual-rep/2000eng/chapteriii/merits/usa9903.htm>. Accessed on July 9, 2022

<sup>34</sup> See the Preamble of the ACHR.

<sup>35</sup> Indeed, an exception may be found in Article XXVII ADHR which relates to the right to asylum to be accorded to 'every person' (but concerns *de facto* only foreigners seeking international protection).

approach implemented within the IAHRs *vis-à-vis* aliens' fundamental rights is therefore linked to Article II ADHR, which set forth that all persons are equal before the law and are entitled to all right and duties laid down in ADHR, discriminations on the basis of race, language, sex and any other factor not being peremptorily allowed. Subsequently, the OAS has reiterated these assumptions through the adoption of the Inter-American Democratic Charter (IDC)<sup>36</sup>, being straightforwardly set forth that democracy and citizen participation—which are indispensable for the effective exercise of human rights and fundamental freedoms—are strengthened *inter alia* by the 'promotion and protection of human rights of ... migrants'<sup>37</sup>. Quite redundantly, the Inter-American Convention of All Forms of Discrimination and Intolerance (ICADI)<sup>38</sup> reiterated the general principle of non-discrimination<sup>39</sup>, besides highlighting, for the very first time, that every State Party holds positive obligations in promoting fundamental rights without discrimination based on 'migrant, refugee or displaced status'<sup>40</sup>.

Albeit its universalistic characterisation, few provisions within the IAHRs relates specifically to foreigners, distinguishing somehow the degree of protection afforded to them from that of 'citizens'. For instance, the right to freedom of movement and residence in the territory of OAS Member States is stringently reserved to every person staying 'lawfully' in that territory<sup>41</sup>.

<sup>36</sup> OAS. Inter-American Democratic Charter. 11 September 2011. Available at: [https://www.oas.org/charter/docs/resolution1\\_en\\_p4.htm](https://www.oas.org/charter/docs/resolution1_en_p4.htm). Accessed on July 9, 2022.

<sup>37</sup> See Article 9 IDC read in conjunction with Article 7 IDC. It is noteworthy that 'every person' is entitled to present an application to the IAHRs, as per Article 8 IDC.

<sup>38</sup> OAS. Inter-American Convention against all Forms of Discrimination and Intolerance. 6<sup>th</sup> May 2013. Available at: [https://www.oas.org/en/sla/dil/inter\\_american\\_treaties\\_A-69\\_discrimination\\_intolerance.asp](https://www.oas.org/en/sla/dil/inter_american_treaties_A-69_discrimination_intolerance.asp). Accessed on July 9, 2022.

<sup>39</sup> See Articles 2 and 3 ICADI.

<sup>40</sup> See the Preamble of the ICADI and, more particularly, Article 4 ICADI.

<sup>41</sup> Article 22(1) ACHR. This prerogative is not absolute since several circumstances may allow a Member State to restrict the exercise of such a right as per Article 22(3) ACHR (e.g. national security or public order). Thus, even lawfully staying migrants may be returned when the aforementioned exceptions are met in the material case.

Indeed, it is a well-established principle of international law that the question whether an alien is ‘lawfully’ within the territory of a State is a matter ‘governed by domestic law’, which may provide for some restrictions with regard to the entry of a foreigner in that territory, ‘provided they are in compliance with the State’s international obligations’<sup>42</sup>. Hence, national legislatures do hold a certain margin of manoeuvre in regulating this important aspect of their public policies. Nevertheless, while the determination of who is a ‘citizen’ is a matter for the internal competence of States, national discretion *in parte qua* faces a constant process of ‘*restricció conforme a la evolució del derecho internacional, con vistas a una mayor protecció de la persona frente a la arbitrariedad de los Estados*’<sup>43</sup>.

More specifically, States are generally free to establish mechanisms for the control of entry into—and departure from—their territory of persons who are not their nationals, this being part of States’ migratory policies<sup>44</sup>. However, in order not to be deemed unlawful in the context of the IAHRs, such policies shall be consistent with the standards for the protection of human rights set forth in the American Convention<sup>45</sup>. In *Vélez Loo*, the IACtHR has gone further, in assessing that the objects of national migration policies shall respect, in any case, ‘*los derechos humanos de las personas migrantes*’, without any specific reference to the

---

<sup>42</sup> HRC. General Comment No. 27: Article 12 (Freedom of Movement). UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, 2<sup>nd</sup> November 1999, para. 4. Available at: <https://www.refworld.org/pdfid/45139c394.pdf>. Accessed on July 9, 2022.

<sup>43</sup> See *inter alia* IACtHR. Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. 8<sup>th</sup> September 2015, para. 140. Available at: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_130\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf). Accessed on July 9, 2022.

<sup>44</sup> See, for a definition of ‘*política migratoria*’ within the IAHRs, IACtHR. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03, 17<sup>th</sup> September 2003, para. 163. Available at: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf>. Accessed on July 9, 2022.

<sup>45</sup> See, among other authorities, IACtHR, Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 28<sup>th</sup> August 2014, para. 350. Available at: [https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_282\\_esp.pdf](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_282_esp.pdf). Accessed on July 9, 2022.

ACHR<sup>46</sup>. Besides, the execution of such policies shall comply with human rights guarantees<sup>47</sup> – a double-phases standard (purposes/execution) has thus been laid down by the IACtHR in evaluating the compatibility of national immigration policies with the IAHRs. If my reading is correct, even general provisions of international law shall be complied with by national authorities, from the very creation of the relevant legal framework to its execution within domestic law.

More importantly, the American Court has stressed the importance of ‘*instrumentos internacionales de derechos humanos*’ which shall always take pre-eminence over any achievement that States aim at attaining through their migration policies, by jeopardizing the principles of equality before the law and the principle of non-discrimination<sup>48</sup>. Notably, the IACtHR had already pointed out that, as a rule, ‘*las distinciones que los Estados establezcan deben ser objetivas, proporcionales y razonables*’, thus establishing a three-way control upon any measure—be it of a criminal, civil or administrative characterisation—to be implemented *vis-à-vis* the non-citizens concerned. While ‘objectivity’ and ‘reasonability’ criteria may be difficult to assess *in concreto*—the former somehow overlapping that of legality and the latter encompassing that of necessity—the notion of proportionality relates, in principle, to the aim pursued. Indeed, proportionality does play a significant role in circumscribing what States are allowed to do in their sovereign sphere. National authorities, as the IACtHR has repeatedly stated, are prevented from generating an ‘indirect discrimination’ through the implementation of migration regulation policies, that is the disproportionate impact of provisions, as well as any other measure, which, albeit conceived under a broad approach, entail *de facto* ‘*efectos negativos para ciertos grupos vulnerables*’<sup>49</sup>, as migrants—even

<sup>46</sup> IACtHR. Vélez Loo vs. Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 23<sup>rd</sup> November 2010, para. 97. Available at: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_218\\_esp2.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf). Accessed on July 9, 2022.

<sup>47</sup> IACtHR. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03, 17<sup>th</sup> September 2003, para. 168.

<sup>48</sup> IACtHR. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03, 17<sup>th</sup> September 2003, para. 172.

<sup>49</sup> IACtHR. Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, Fondo, Reparaciones y Costas. 24<sup>th</sup> October 2012, para. 235. Available at: <https://>



irregular ones—have been deemed to be<sup>50</sup>. The concept of ‘vulnerability’ has thus been considered to be essential in the developing of an effective system aimed at protecting aliens from arbitrary migration policies and both the IACHR<sup>51</sup> and the IACtHR<sup>52</sup> have showed to accept this line of reasoning in their decisions, acknowledging the international stimuli coming *inter alia* from the UN General Assembly<sup>53</sup>. Interestingly, the ECtHR’s settled case-law, so far, has acknowledged the quality of vulnerable persons solely *vis-à-vis* the applicants for international protection, thus advocating a lower standard than that of IAHRs<sup>54</sup>.

Also, the IACtHR had further specified that, while *ad hoc* provisions may be implemented *vis-à-vis* foreigners (provided that they respect the three aforementioned principles) on the other hand, no prejudice to human rights shall occur in the enforcement of such rules<sup>55</sup>. Moreover, States have been acknowledged to hold positive obligations in guaranteeing the principle of non-discrimination and the principle of equality before the law ‘*a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su estancia regular o irregular, su*

---

[www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_251\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_251_esp.pdf). Accessed on July 9, 2022.

<sup>50</sup> IACtHR. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03, 17<sup>th</sup> September 2003, para. 112, in which it is argued that ‘migrants are *generally* in a vulnerable situation as subjects of human rights’ (emphasis added).

<sup>51</sup> See, more recently, IACHR. Due Process in Procedures for the Determination of Refugee Status and Statelessness and the Granting of Complementary Protection. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 255, 5<sup>th</sup> August 2020, para. 94. Available at: <https://www.oas.org/en/iachr/reports/pdfs/DueProcess-EN.pdf>. Accessed on July 9, 2022.

<sup>52</sup> See e.g. IACtHR. Vélez Lóor vs. Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 23<sup>rd</sup> November 2010, paras. 98-99, and the case-law cited therein.

<sup>53</sup> UN GENERAL ASSEMBLY. Resolution A/RES/54/166 on ‘Protection of Migrants’. 24<sup>th</sup> February 2000, p. 2. Available at: [https://www.iom.int/sites/g/files/tmzbd1486/files/2018-07/A\\_RES\\_54\\_166\\_en.pdf](https://www.iom.int/sites/g/files/tmzbd1486/files/2018-07/A_RES_54_166_en.pdf). Accessed on July 9, 2022

<sup>54</sup> See, *inter alia*, ECtHR. Mahamed Jama v. Malta. App. no. 10290/13, 26<sup>th</sup> November 2015, para. 100.

<sup>55</sup> See, among other authorities, IACtHR. Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. 8<sup>th</sup> September 2015, para. 402.

*nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa*<sup>56</sup>, those principles being part of the *ius cogens* and thus to be complied with by every country, regardless of whether it is party to a particular international treaty<sup>57</sup>. In other words, the duty to respect the aforementioned principles shall be observed regardless of the migratory status of the persons concerned<sup>58</sup> – this obligation binds the State not to introduce discriminatory rules, to eliminate those in force and to introduce new rules that acknowledge and guarantee the effective equality before the law of ‘*toda las personas*’<sup>59</sup>.

As a matter of fact, the discretionary power accorded to national authorities *in parte qua* may imply further aftermaths. Indeed, only aliens ‘lawfully’ staying in the territory of an OAS Member State may be expelled ‘only pursuant to a decision reached in accordance with law’<sup>60</sup>, thus apparently excluding irregular-staying migrants from benefit to the principle of legality applied to return procedures. One might think that that circumstance might be encompassed in the national degree of discretion which every State still holds in those matters which are not regulated otherwise. Indeed, this aspect has been further clarified by the IACtHR which, in a landmark Consultive Opinion in 2003, has addressed this issue. It is worth quoting the Commission at some length on this point:

‘Se debe señalar que la situación regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice el principio de la igualdad y no discriminación, puesto que, como ya se mencionó, dicho principio tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio. Esto no significa que no se podrá iniciar acción alguna contra las personas

---

<sup>56</sup> IACtHR. Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. 8<sup>th</sup> September 2015, para. 402. See also IACtHR. Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. 8<sup>th</sup> September 2015, para. 155 *in fine*.

<sup>57</sup> IACtHR. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03, 17<sup>th</sup> September 2003, para. 100.

<sup>58</sup> IACtHR. Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. 8<sup>th</sup> September 2015, paras. 141 and 155.

<sup>59</sup> IACtHR. Vélez Loor vs. Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 23<sup>rd</sup> November 2010, para. 248.

<sup>60</sup> Article 22(6) ACHR.

migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal. Lo importante es que, al tomar las medidas que correspondan, los *Estados respeten sus derechos humanos y garanticen su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa*<sup>61</sup>.

Coming from international law, two guarantees are to be acknowledged to *all* foreigners, namely the right to seek—and to be granted—asylum in a foreign territory<sup>62</sup> and the principle of *non-refoulement*<sup>63</sup>. They constitute the very cornerstones of the international human rights law<sup>64</sup> and, accordingly, the IAHRs acknowledges their importance without any exception<sup>65</sup>. *Inter alia*, it is noteworthy that as per Article 31 of the 1951 Geneva Convention: (a) national authorities are precluded from imposing ‘penalties’ against aliens due to their alleged

---

<sup>61</sup> IACtHR. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03, 17<sup>th</sup> September 2003, para. 118, emphasis added.

<sup>62</sup> Article 22(7) ACHR. It is noteworthy that the ACHR plainly acknowledges the right to asylum, while the ECtHR does not provide for the right to asylum as such (‘The right to political asylum is not contained in either the Convention or its Protocols’), as stated *inter alia* in ECtHR. Salah Sheekh v. the Netherlands. App. no. 1948/04, 11<sup>th</sup> January 2011, para. 135. However, an indirect protection is afforded within the ECHR legal framework, through the assessment of an alleged violation of Articles 2 (right to life) and 3 (prohibition of torture) of the Convention (see, amongst other authorities, ECtHR. Chahal v. The United Kingdom. App. no. 22414/93, 15<sup>th</sup> November 1996, paras. 73-74, and ECtHR. Bader v. Sweden. App. no. 13284/04, 8<sup>th</sup> November 2005, para. 42.

<sup>63</sup> Article 22(8) ACHR.

<sup>64</sup> See, in this regard, IACtHR. Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 25<sup>th</sup> November 2013, paras. 137-143. Available at: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2013/9390.pdf>. Accessed on July 9, 2022.

<sup>65</sup> IACtHR. La Institución del Asilo y su Reconocimiento como Derecho Humano en el Sistema Interamericano de Protección (Interpretación y Alcance de los Artículos 5, 22.7 Y 22.8, en relación con el Artículo 1.1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-25/18, 30<sup>th</sup> May 2020, *passim* and spec. paras. 64-68, 99, 101-123 and 132. Available at: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_25\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_25_esp.pdf). Accessed on July 9, 2022.

irregular entry or stay when they present themselves to the competent bodies without delay and show good cause for their behavior; (b) a ‘penalty’ is certainly implemented *vis-à-vis* a foreigner when the latter is deprived of his liberty solely on the basis of his irregular entry or stay; (c) the act of entering a country for the purpose of applying for international protection should not be seen as an unlawful behavior<sup>66</sup>. Nevertheless, the 1951 Geneva Convention also regulates the case of irregular-staying migrants, allowing States to apply restrictions on the movement of such individuals, provided they are necessary *in concreto* and are to be applied ‘until their status in the country is regularized or they obtain admission into another country’<sup>67</sup>. Hence, every restriction on the freedom of movement, which sometimes might result in a complete deprivation of liberty of the individual concerned, shall comply with the necessity criterion in the material case, but also with that of proportionality relating to the timeframe in which that measure may be implemented. As every migrant at the border may be *in abstracto* an applicant for international protection, the guarantees provided for by international law—and broadly acknowledged within the IAHRs—might seem very high, in the light of a powerful Consultive Opinion delivered by the IACtHR in 2014:

‘... tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 22.7 como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo XXVII, han cristalizado *el derecho subjetivo de todas las personas*, incluidas las niñas y los niños, *a buscar y recibir asilo superando el entendimiento histórico de esta institución como una “mera prerrogativa estatal”* bajo las diversas convenciones interamericanas sobre asilo’<sup>68</sup>.

<sup>66</sup> EDWARDS, Alice. Back to Basics: The Right to Liberty and Security of Person and “Alternative to Detention” of Refugees, Asylum-Seekers, Stateless Persons and Other Migrants. April 2011, p. 11 *et seq.* Available at: <https://www.unhcr.org/4dc949c49.pdf>. Accessed on July 9, 2022.

<sup>67</sup> Article 31(2) of the 1951 Geneva Convention.

<sup>68</sup> See, amongst other authorities, IACtHR. Derechos y garantías de las niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14, 19<sup>th</sup> August 2014, para. 73. Available at: <https://www.acnur.org/5b6ca2644.pdf>, emphasis added. Accessed on July 9, 2022.

The resulting picture is thus a nuanced balance between, on the one hand, the States' right to exercise their national prerogatives and, on the other hand, the universalistic characterisation of human rights which shall be provided for to every human being, in spite of nationality.

### **3. IMMIGRATION DETENTION IN THE CONTEXT OF THE IAHRs: FROM AMERICAN LIGHTS TO EUROPEAN SHADES?**

#### **3.1. THE IAHRs CONSTITUTIONAL LEGAL FRAMEWORK AND ITS PARALLELS WITH THE EU/ECHR**

With the aim to govern migration flows and to ensure public security, deprivation of liberty is the major legal tool that states implement *vis-à-vis* 'non-citizens', whether they are seeking or not international protection<sup>69</sup>. No exception to this trend is to be found in the Americas<sup>70</sup>, where, since 2000, it was noted that 'the main recourse used by transit and destination countries ... to deter irregular migrants is detention, which amount to a form of criminalisation of migrants'<sup>71</sup>. Detention for immigration purposes is widely known as 'administrative detention'<sup>72</sup>. It is apparent that its adoption by national authorities may infringe several

---

<sup>69</sup> See *amplius* MAJCHER, Izabella; FLYNN, Michael; GRANGE, Mariette. *Immigration Detention in the European Union. In the Shadow of the "Crisis"*, Cham: Springer, 2020.

<sup>70</sup> See the comprehensive data provided for by Global Detention Project (GDP), for every OAS Member State, in several updated country reports, which are available at: <https://www.globaldetentionproject.org/category/sidebar-publications/publications/country-reports>.

<sup>71</sup> IACHR. Human Rights of Migrants, Refugees, Stateless Persons, Victims of Human Trafficking and Internally Displaced Persons: Norms and Standards of the Inter-American Human Rights System. OEA/Ser.L/V/II., Doc. 46/15, 31<sup>st</sup> December 2015, para. 383. Available at: <http://www.oas.org/en/iachr/reports/pdfs/humanmobility.pdf>. Accessed on July 9, 2022.

<sup>72</sup> This notion—which emphasise the fact that it is for the administrative authority to adopt the detention order at first instance, without the necessity for a *notitia criminis* to be previously drafted—aims at distinguishing this peculiar measure from the 'criminal detention', which is ordered by the judicial authority within criminal proceedings, being the person involved accused of a criminal offence.

migrants' fundamental rights, first of all that of personal liberty<sup>73</sup>. However, its implementation has always been seen as a 'necessary adjunct'<sup>74</sup> to the sovereign power of states to control their territory and has never been put into question by international law<sup>75</sup>.

Within the IAHRs, and analogously to the relevant ECHR provisions<sup>76</sup>, the right to freedom of movement, as already explained, is solely ensured to 'lawfully' staying migrants and hence nothing precludes national authorities to detain irregular migrants for immigration purposes, such the execution of the relevant return procedures. Similar assumptions may be developed *vis-à-vis* applicants for international protections who, until a state has decided that they are allowed to stay in its territory, may be deemed as being unlawfully staying there<sup>77</sup>. Detaining asylum seekers is widely recognised as a lawful practice and the IAHRs has followed this tendency, also upheld by the settled case-law of the ECtHR<sup>78</sup> and by the relevant EU provisions<sup>79</sup>. Both irregular migrants and asylum seekers are therefore subject *ipso iure* to detention measures for immigration purposes, both under the ECHR, the EU and the IAHRs legal frameworks – as will

<sup>73</sup> This right is enshrined in Articles I and XXV ADHR. Moreover, as will be explained, the right to personal liberty is set forth *expressis verbis* in Article 7 ACHR.

<sup>74</sup> This wording has been adopted by ECtHR. Saadi v. The United Kingdom [GC]. App. no. 13229/03, 29<sup>th</sup> January 2008, para. 64. See COSTELLO, Cathryn. Immigration Detention: The Ground Beneath Our Feet. *Current Legal Problems*, Oxford, v. 68, n. 1, pp. 143-177, 2015. <https://doi.org/10.1093/clp/cuv015>.

<sup>75</sup> See EDWARDS, Alice. Back to Basics: The Right to Liberty and Security of Person and "Alternative to Detention" of Refugees, Asylum-Seekers, Stateless Persons and Other Migrants. April 2011, p. 18, and COSTELLO, Cathryn. Human Rights and the Elusive Universal Subject: Immigration Detention Under International Human Rights and EU Law. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Bloomington, v. 19, n. 1, pp. 257-303, 2012.

<sup>76</sup> Article 2 of Protocol no. 4 to the ECHR.

<sup>77</sup> This is the position advocated by ECtHR. Saadi v. The United Kingdom [GC]. App. no. 13229/03, 29<sup>th</sup> January 2008, para. 65.

<sup>78</sup> ECtHR. Saadi v. The United Kingdom [GC]. App. no. 13229/03, 29<sup>th</sup> January 2008, para. 65.

<sup>79</sup> Reference is to be made to Directive 2013/33/EU (Reception Directive) and to Regulation (UE) 604/2013 (Dublin III Regulation) which allow *expressis verbis* the detention of applicants for international protection.

be seen, a foreigner who comes to the territory of an EU/OAS Member State may be deprived of his or her liberty *via* administrative measures<sup>80</sup>.

Nevertheless, from Europe to Americas, administrative detention disciplines differ for many factors, such as the substantive grounds which may justify the measure<sup>81</sup>, the compliance with the principle of legality<sup>82</sup>, the notion of ‘arbitrary’ detention<sup>83</sup> and procedural rights accorded to the individual concerned<sup>84</sup>. This phenomenon of normative differentiation between the IAHRs and the European juridical systems is slightly surprising as both legal frameworks acknowledge, albeit formally, the international law provisions on the matter<sup>85</sup>.

In this regard, it is worth recalling that the foreigners’ deprivation of liberty for immigration purposes is a *species* of the broader phenomenon of deprivations of liberty *tout court*. As it is apparent, the prejudice inflicted on the fundamental right to personal liberty is of the same degree. The latter is specifically protected, in a slightly similar way (at least in general terms), both in the IAHRs and the ECHR legal systems.

Indeed, Article 7(1) ACHR provides for the ‘right to personal liberty and security’ of the individual. Being a very broad definition, the IACtHR has further specified that it consists in a two-sides prerogative: (a) the former is the right by which an individual, ‘*con arreglo a la ley*’, may organise his private and collective life following his personal views,

---

<sup>80</sup> See *infra* para. 3.2.

<sup>81</sup> See *infra* para. 3.2.1.

<sup>82</sup> See *infra* paras. 3.2.2.

<sup>83</sup> See *infra* para. 3.2.3.

<sup>84</sup> See *infra* para. 3.3.

<sup>85</sup> Indeed, both the IACHR and the IACtHR quote explicitly, and very often, the relevant provisions of international law—especially soft-law ones—when issuing their decisions upon immigration detention cases. Analogously, the ECtHR cited international treaties and soft-law instruments in seminal cases. The CJEU, nonetheless, seems reluctant to quote international law regulations, albeit the secondary law dealing with deprivation of liberty of third-country nationals is expressly affected by them. Moreover, both the ECHR and the IAHRs share the same common framework of protection, at least at a general level, when it comes to define the content of the right to liberty and security. Yet, as will be explained, two different approaches have astonishingly been followed.

this encompassing also ‘*la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté licitamente permitido*’<sup>86</sup>; (b) the latter calls into question the absence of ‘*perturbaciones*’ which may hinder or limit the right to liberty ‘*más allá de lo razonable*’<sup>87</sup>. The ontological supremacy of the right to personal liberty *vis-à-vis* the other prerogatives enshrined in the ACHR has been well recognised by the IACtHR – in *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez* the Court has reiterated that it constitutes a ‘*derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana*’<sup>88</sup>.

More specifically, the emphasis has been put on the ‘physical’ liberty of the individual<sup>89</sup>, which must be protected by guaranteeing ‘*formas mínimas de protección legal*’ for prisoners<sup>90</sup>. The IACtHR has plainly set forth that there shall be a presumption of liberty – restrictions or limitations of personal freedom are deemed to be always the exception<sup>91</sup>, being the very purpose of Article 7 ACHR to protect every human being from illegal or arbitrary interferences implemented by national authorities<sup>92</sup>. Thus, the structure outlined by the ACHR, and summarised here, gives the impression that it aims at protecting every person—including irregular immigrants—from illegal intrusions by the State into their personal and

<sup>86</sup> IACtHR. *I.V. v. Bolivia, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. 30<sup>th</sup> November 2016, para. 151. Available at: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_329\\_ing.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_ing.pdf). Accessed on July 9, 2022.

<sup>87</sup> IACtHR. *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala, Fondo, Reparaciones y Costas*. 9<sup>th</sup> March 2018, para. 327. Available at: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_351\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_351_esp.pdf). Accessed on July 9, 2022.

<sup>88</sup> IACtHR. *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. 21<sup>st</sup> November 2007, para. 52. Available at: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_170\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf). Accessed on July 9, 2022.

<sup>89</sup> IACtHR. *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. 21<sup>st</sup> November 2007, para. 53.

<sup>90</sup> IACtHR. *López Álvarez vs. Honduras, Fondo, Reparaciones y Costas*. 1<sup>st</sup> February 2006, para. 59. Available at: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_141\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf). Accessed on July 9, 2022.

<sup>91</sup> See *inter alia* IACtHR. *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. 21<sup>st</sup> November 2007, para. 53 *in fine*.

<sup>92</sup> IACtHR. *Ruano Torres y Otros vs. El Salvador, Fondo, Reparaciones y Costas*. 5<sup>th</sup> October 2015, para. 140. Available at: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_303\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_303_esp.pdf). Accessed on July 9, 2022.



physical sphere, considering any form of arbitrary and unlawful detention contrary to the Convention.

The first paragraph of Article 7 ACHR, which is *ex se* a general regulation, is evidently redolent of Article 5 ECHR<sup>93</sup>, as the two provisions share the same wording<sup>94</sup> and the same purpose, that is ‘the protection of the individual against arbitrary interference by the State with his or her right to liberty’<sup>95</sup>. However, differently from the whole Article 5 ECHR and the relevant EU pieces of legislation, none provision of Article 7 ACHR relates specifically to foreigners. Hence, the latter shall enjoy the same degree of guarantees afforded to any other human being by the IAHR and, accordingly, the IACtHR has applied its settled case-law on Article 7 ACHR also to migration-related cases of administrative detention of aliens. As has been noted, the settled case-law of both the IACHR and the IACtHR have ‘broadened the scope of Article 7 to protect migrants in detention’<sup>96</sup>.

Interestingly, from a theoretical point of view, there is a discrepancy between the ECtHR/CJEU and the IAHR for what concerns the very nature of administrative detention. Following a landmark judgement of the IACtHR, indeed, it may be inferred that even deprivation of liberty of immigration purposes constitutes a ‘penalty’, despite its formal administrative *habitus*:

*‘administrative sanctions, as well as penal sanctions, constitute an expression of the State’s punitive power and that, on occasions, the nature of the former is similar to that of the latter. Both, the former*

---

<sup>93</sup> It is worth recalling that Article 6 of the EU Charter of Fundamental Rights (‘CFR’ or ‘the Charter’) relates to the rights guaranteed by Article 5 ECHR, and as per Article 52(3) of the Charter, they have the same meaning and scope. See CJEU. Case C-601/15 PPU, J.N. v Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie. ECLI:EU:C:2016:84, para. 47.

<sup>94</sup> About the concept of ‘physical security’ within the ECHR legal framework see ECtHR. McKay v. The United Kingdom [GC]. App. no. 543/03, 3 October 2006, para. 30.

<sup>95</sup> ECtHR. Creangă v. Romania [GC]. App. no. 29226/03, 23 February 2012, para. 84.

<sup>96</sup> HERNÁNDEZ, Joel. Inter-American standards on migration, asylum and refugee law. *University of Vienna Law Review*, v. 2, n. 2, p. 209, 2018. <https://doi.org/10.25365/vlr-2018-2-2-198>.

and the latter, imply *reduction, deprivation or alteration of the rights of individuals*, as a consequence of unlawful conduct. Therefore, in a democratic system it is necessary to *intensify precautions in order for such measures to be adopted with absolute respect for the basic rights of individuals*, and subject to a careful verification of whether or not there was unlawful conduct<sup>97</sup>.

In *Vélez Loor*, which is the first decision of the IACtHR concerning human rights of irregular migrants within the IAHRs<sup>98</sup>, the Court reiterated these assumptions<sup>99</sup>, labelling the administrative deprivation of liberty implemented *vis-à-vis* the applicant in the material case as being a ‘punitive *custodial measur[e]*’<sup>100</sup> or, alternatively, a ‘punitive *penalty*’<sup>101</sup> or, significantly, an ‘*administrative measure of a punitive nature*’<sup>102</sup>. In that case, Mr Vélez Loor had been sentenced, following a decision issued by an administrative authority, to a two-years imprisonment due to his irregular immigration status<sup>103</sup>. Grouping the definitions laid down below it would seem that the Court was advocating the semantic equivalence between

<sup>97</sup> IACtHR. Baena-Ricardo et al. v. Panama, Fondo, Reparaciones y Costas. 2nd February 2001, para. 106. Available at: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_72\\_ing.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_72_ing.pdf). Accessed on July 9, 2022.

<sup>98</sup> MASON, Ashley. Interpretation of the American Convention in Latin America: The Impact of the Inter-American Court of Human rights’ decision in *Vélez Loor v. Panama* on irregular migrant rights. *Law and Business Review of the Americas*, v. 18, n. 1, p. 71, 2012.

<sup>99</sup> IACtHR. Vélez Loor vs. Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 23<sup>rd</sup> November 2010, para. 170.

<sup>100</sup> IACtHR. Vélez Loor vs. Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 23<sup>rd</sup> November 2010, para. 167, emphasis added.

<sup>101</sup> IACtHR. Vélez Loor vs. Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 23<sup>rd</sup> November 2010, paras. 163 and 172, emphasis added. See also para. 185 *in fine* where the measure at stake was merely defined as a ‘penalty’, or para. 177 where it has been broadly defined as a ‘sanction’.

<sup>102</sup> IACtHR. Vélez Loor vs. Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 23<sup>rd</sup> November 2010, para. 170, emphasis added.

<sup>103</sup> The decision, issued by an administrative authority (i.e. the National Immigration Office), was based on Article 67 of Decree Law No 16 of 1960, which reads as follows: ‘the aliens who evade their return orders by staying in the country in a clandestine manner or circumvent them by coming back to the country, shall be sentenced to two years of agricultural work in the Penal Colony of Coiba and shall be obliged to leave the country at the end of that

the notions of ‘custodial measure’, ‘penalty’ and ‘administrative measure’, thus upholding the idea that even deprivations of liberty implemented *via* administrative orders are a ‘penalty’, in the sense of the ACHR.

Yet, a blurred point of the Court’s line of reasoning concerns the notion of what is ‘punitive’. As appears from the wording below, the Court separates the concepts of ‘penalty’ from that of ‘punitive’, thus suggesting that there might be penalties which, however, do not hold a punitive character<sup>104</sup>.

Moreover, and more confusingly, the Court excluded that ‘detaining people for non-compliance with migration laws should never involve punitive purposes’<sup>105</sup>. Nevertheless, this line of reasoning does seem artificial, as a ‘penalty’ *per se* is conceived with the purpose of punishing someone for an unlawful behavior and hence does ontologically hold a punitive character. This seems the position taken by the IACHR in the 2015 – the Commission suggested that, exceptionally, a State ‘in exercising *its punitive authority*’ may deprive individuals from their liberty only in ‘situations that *violate fundamental legal interests*’, as detention is a measure of last resort<sup>106</sup>. Moreover, the violation of an administrative rule, which is a circumstance that may trigger the implementation of administrative custodial measures *vis-à-vis* the foreigner concerned, is ‘something which in the opinion of the Commission *is not a fundamental right interest* that warrants *per se* deprivation of liberty’, that is, ‘administrative detention’<sup>107</sup>.

---

period; they may be released at the discretion of the Ministry of Interior and Justice if they present a ticket to abandon the country’.

<sup>104</sup> Otherwise, the Court could have labelled those measures merely as ‘penalties’, the concept of ‘punitive’ being implicit therein.

<sup>105</sup> IACtHR. *Vélez Loor vs. Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. 23<sup>rd</sup> November 2010, para. 171.

<sup>106</sup> IACHR. *Human Rights of Migrants, Refugees, Stateless Persons, Victims of Human Trafficking and Internally Displaced Persons: Norms and Standards of the Inter-American Human Rights System*. OEA/Ser.L/V/II., Doc. 46/15, 31<sup>st</sup> December 2015, para. 383, emphasis added. From the wording of the report, it is noteworthy that the Commission has linked the notion of ‘measures that entail deprivation of liberty’, broadly considered, to the State’s punitive power.

<sup>107</sup> IACHR. *Human Rights of Migrants, Refugees, Stateless Persons, Victims of Human Trafficking and Internally Displaced Persons: Norms and Standards*

Hence, if my reading is correct, the punitive character of deprivation of liberty as such, regardless to its formal labelling in domestic law, was acknowledged within the IAHRS. Indeed, this qualification—which leads to think that such a measure may be a criminal tool ‘in disguise’—seems to be acknowledged by the IACtHR merely on the fact that a deprivation of liberty occurred *in casu*<sup>108</sup>, irrespective of the fact that such measure was not related to the commission of a criminal offence<sup>109</sup>. This line of reasoning has been subsequently upheld in the IACHR Resolution No. 2/18, by which the Commission urged OAS Member States not to ‘criminalize Venezuelan migration, avoiding the adoption of measures such as ... penalties for irregular entry or presence; ... immigration detention ...’<sup>110</sup>.

As it is apparent, the IACHR linked the phenomenon of criminalizing immigration—which occurs *ipso facto* throughout the exercise of punitive powers—to ‘immigration detention’ as such, and broadly considered. There is no ground for assuming that administrative custodial measures should be excluded from this definition, considering that *ictu oculi* ‘detention is a tool that characterizes criminal law as opposite to administrative law, which, by nature, should resort to alternative interim measures to detention’<sup>111</sup>. Additionally, it should be recalled that as per the new General Comment on Article 9 ICCPR drafted by the HRC in 2014, the Committee has stressed that administrative detention measures ‘must

---

of the Inter-American Human Rights System. OEA/Ser.L/V/II., Doc. 46/15, 31<sup>st</sup> December 2015, para. 384, emphasis added.

<sup>108</sup> It is noteworthy that administrative detention is probably the closest non-criminal measure to a criminal penalty that modern systems have developed, as the deprivation of liberty which occurs *vis-à-vis* the prisoner is *de facto* of the same degree in both cases.

<sup>109</sup> This might be inferred by the wording in IACtHR. Vélez Loor vs. Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 23<sup>rd</sup> November 2010, para. 163.

<sup>110</sup> See IACHR. Resolution 2/18: Forced Migration of Venezuelans. 14<sup>th</sup> March 2018. Available at: <https://www.refworld.org/docid/5aa956964.html>, p. 5, para. 11, emphasis added. Accessed on July 9, 2022.

<sup>111</sup> UN GENERAL ASSEMBLY. Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, Mr. Jorge Bustamante. 65<sup>th</sup> Session, 3<sup>rd</sup> August 2010, A/65/222, para. 27. Available at: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/474/88/PDF/N1047488.pdf?OpenElement>. Accessed on July 9, 2022.

not amount to an evasion of the limits on the criminal justice system by providing the equivalent of criminal punishment without the applicable protections<sup>112</sup>. The approach followed in the IAHRs is clearly redolent of these assumptions. Accordingly, from a comparative point of view, since administrative custodial measures are deemed to hold a *de facto* criminal characterization, their implementation might constitute '*matière pénale*' within the meaning of the relevant ECtHR case-law<sup>113</sup>.

That being said, it may be noted that the IACHR has somehow updated *Vélez Loor* principles, to the point that, in any case, custodial measures are deemed to constitute 'punitive penalties', as they are a direct expression of the punitive power of the State. The main implications of this approach lie, as will be seen *infra*, in the restrictions put on the sovereign authorities to adopt detention measures *vis-à-vis* non-citizens only to certain exceptional circumstances<sup>114</sup>. Conversely, these *caveats* do not affect *in melius* the procedural guarantees to be ensured to the detainee – in the IAHRs, as has been already explained, all prisoners share the same procedural prerogatives, regardless of their nationality and despite the context in which a custodial measure has been adopted<sup>115</sup>.

Yet, within the European legal framework, no attention has been paid to the topic. Firstly, the CJEU has passively acknowledged the non-criminal measure of administrative detention to the point that it was for the Advocate General to stress this aspect *expressis verbis*<sup>116</sup>. Conversely,

---

<sup>112</sup> HRC. General Comment No. 35. Article 9 (Liberty and security in person). CCPR/C/GC/35, 16<sup>th</sup> December 2014, para. 14. Available at: <https://cutt.ly/DGZGwfZ> and the reference cited therein. Accessed on July 9, 2022.

<sup>113</sup> About the notion of '*matière pénale*', see *inter alia* LASAGNI, Giulia. *Banking Supervision and Criminal Investigation: Comparing the EU and US Experiences*. Cham: Springer, 2019, pp. 24-30 and the references cited therein.

<sup>114</sup> See *infra* § 3.2.

<sup>115</sup> The difference with the relevant ECHR provisions is blatant, as certain procedural guarantees (e.g. Article 5(3) ECHR) are provided for only *vis-à-vis* those who are placed in detention in the context of criminal proceedings. Analogously, the same holds true for what concerns EU law.

<sup>116</sup> See, *inter alia*, CJEU. Case C-146/14, Direktor na Direktsia 'Migratsia' pri Ministerstvo na vatrešnite raboti v Bashir Mohamed Ali Mahdi, View of AG Szpunar. ECLI:EU:C:2014:1936, para. 47, and CJEU. Case C-383/13 PPU, M. G. and N. R. v Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, View of the AG Wahelet. ECLI:EU:C:2013:553, para. 54.

the Court has never dealt with this issue and stayed silent on the point<sup>117</sup>. Secondly, and by analogy, the ECtHR has never taken position upon the inherent criminal nature of administrative deprivation of liberty of aliens, despite the fact that it was the same Court who developed, within the European legal order, the aforementioned notion of ‘*matière pénale*’ in the landmark judgement *Engel and Others*<sup>118</sup>. So far, *Engel* criteria have never been applied before the European Courts in administrative detention cases.

In the following paragraphs both substantive and procedural aspects of the latter will be analysed in the light of the IAHRs principles.

### 3.2. SUBSTANTIVE ASPECTS: GROUNDS FOR DETENTION, LEGALITY AND FREEDOM FROM ARBITRARINESS.

#### 3.2.1. GLANCING AT GROUNDS FOR DETENTION IN THE AMERICAS, IN THE LIGHT OF THE EXCEPTIONALITY PRINCIPLE.

Whereas the first paragraph of Article 7 ACHR protects, in general terms, the right to personal liberty, the other sections of the former give concreteness to this prerogative – they consist in an exhaustive list of specific guarantees that a person deprived of his liberty shall enjoy, in any case, within the IAHRs. Placed in the context of aliens’ deprivation of liberty, these guarantees assume a fundamental role in the protection of the human rights of non-citizens.

As to the substantial grounds which shall be met in the material case in order to implement custodial measures *vis-à-vis* non-citizens, the view endorsed by the IAHRs may be seen as an attempt to diverge from both the European and the international ones. Very briefly, it is noteworthy that the drafters of the ECHR have chosen to list the exceptional circumstances which allow Member States to restrict or

---

<sup>117</sup> See, for instance, the wording in CJEU. Case C-47/15, *Séline Affum v Préfet du Pas-de-Calais and Procureur général de la Cour d’appel de Douai*. ECLI:EU:C:2016:408, paras. 55 and 62.

<sup>118</sup> ECtHR. *Engel and Others v. The Netherlands*. App. nos. 5100/71 *et al.*, 8<sup>th</sup> June 1976, paras. 82-83.

limit the right to liberty and security of an individual, while no ground is enumerated in both ICCPR and ACHR. But this is not the only difference. Indeed, the action of the national authorities, beyond the explicit provision of the permitted circumstances, is limited by the eventual provision that the custodial measure in question shall be laid down in domestic law (i.e. the principle of legality), may be necessary in the specific case and proportionate with regard to the aim pursued and thus shall not consist in an arbitrary deprivation of liberty. A brief analysis of European and international legal systems *in parte qua* will then enable the specific features of the IAHRs to be understood.

In particular, it is worth recalling that as per Article 5(1)(f) ECHR, an individual may be deprived of his liberty ‘to prevent his effecting an unauthorised entry into the country or of a person against whom action is being taken with a view to deportation or extradition’. Whether attempting to enter or being returned from the territory of a Member State, the migrant concerned may be detained merely on the basis of such circumstances, which indeed are a *numerus clausus* but might encompass *prima facie* the most diverse situations. Also, an individual may be detained ‘only in accordance with a procedure prescribed by law’<sup>119</sup>, this law having to be of a certain ‘quality’<sup>120</sup> – these aspects will be addressed in the following paragraphs, being part of the ‘principle of legality’ assessment.

Analogously, while Article 6 CFR does not provide for any exceptions to the right to liberty and security, several EU pieces of secondary legislation have outlined a comprehensive list of permissible grounds in order to deprive a foreigner of his liberty for immigration purposes. A distinction has been drawn between irregular migrants and applicants for international protection. The former may be detained if: (i) there is a risk that they may abscond; or (ii) they hinder the relevant return procedures due to their behaviour<sup>121</sup>. The latter may be deprived of their

---

<sup>119</sup> See ECtHR. *Ilias and Ahmed v. Hungary* [4th Section]. App. no. 47287/15, 21 November 2019, para. 63 and the case-law cited therein.

<sup>120</sup> See *amplius* ECtHR. *Z.A. and Others v. Russia* [GC]. App. nos. 61411/15, 61420/15, 61427/15 and 3028/16, 21 November 2019, para. 161 and ECtHR. *Amuur v. France*. App. no. 19776/92, 25<sup>th</sup> June 1996, para. 50.

<sup>121</sup> See Article 15(1), of the Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common standards and

liberty for a wider set of circumstances, which is worth mentioning, albeit briefly: (i) for identity purposes; (ii) if national authorities need to collect the elements on which the application for international protection is based and they cannot be obtained otherwise, in particular when there is the risk that the applicant concerned may abscond; (iii) when national authorities need to decide upon the applicant's right to entry on the territory; (iv) when the foreigner concerned is already detained for the purpose of return and, in the meanwhile, has applied for international protection, but there are reasonable grounds to believe that such application has been presented only to jeopardise the return proceedings; (v) for national security or public order purposes; (vi) for the purpose to transfer the applicant to the competent EU Member State which has to decide upon his application<sup>122</sup>. It has been noted that those circumstances are quite vague and can lead to the detention of almost any migrant arriving on the territory of a EU Member State<sup>123</sup>.

Yet, in the Americas a partly different approach has been promoted. Article 5(1)(f) ECHR 'has no equivalent in Article 7 ACHR which applies to any detention'<sup>124</sup>. States are therefore not offered a list of circumstances beyond which detention is unlawful. Nevertheless, the failure to provide for such circumstances within the ACHR does not lead to the conclusion that OAS member states are less bound than European ones to implement detention policies towards foreigners. Indeed, the 'principle of exceptionality', namely the duty on Member States to act on the basis of a presumption of liberty—not a presumption of detention—, represents a key point of the IAHRs discipline on the matter<sup>125</sup>, as it

---

procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals, OJ L 348, 24.12.2008, p. 98–107.

<sup>122</sup> See Article 8(1)(a)-(f), Directive 2013/33/EU.

<sup>123</sup> See *inter alia* PALLADINO, Rossana. *La detenzione dei migranti. Regime europeo competenze statali diritti umani*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2018, p. 275.

<sup>124</sup> DEMBOUR, Marie-Bénédicte. *When Humans Become Migrants*. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 382.

<sup>125</sup> See IACHR. Rafael Ferrer-Mazorra et al. v. USA. Report no. 51/01 – Case 9.903, 4<sup>th</sup> April 2001, paras. 219, 221 and 242, and IACHR. Report on the Immigration in the United States: Detention and Due Process. OEA/Ser.L/V/II., Doc. 78/10, 30<sup>th</sup> December 2010, para. 39. Available at: <https://www.oas.org/en/iachr/migrants/docs/pdf/migrants2011.pdf>. Accessed on July 9, 2022.



triggers the fact that every custodial measure shall be necessary in the material case, and proportionate to the aim pursued<sup>126</sup>. Thus, the IAHRs has somehow compensated for the lack of definition of the relevant permissible circumstances by providing that, in any event, detention must pursue a purpose compatible with the Convention and must be adequate to achieve that purpose. In other words, both the IACHR and the IACtHR acted ‘in the negative’, excluding certain situations from those lawful *in abstracto* to implement custodial measures against the individual concerned. Notably, the IACHR has specified in *Rafael Ferrer-Mazorra* that the circumstances in which deprivations of liberty may occur within the IAHRs ‘are not limited to those involving the investigation and punishment of crimes, but also extend to other areas in which states may administer authority’<sup>127</sup>.

With regard to immigration detention, and in the absence of a list of permissible situations, the signals coming from the OAS bodies have thus restricted the scope of application of custodial measures. The latter shall, firstly, be taken for legitimate purposes. The regulation and the control of the entry and staying of foreigners ‘could’ be one of them<sup>128</sup>. Nevertheless, being an expression of sovereign punitive prerogatives, the application of custodial measures shall be adopted only in very exceptional cases – here it lies the implication of the inherent punitive nature of imprisonment measures.

Interestingly, the IACHR has highlighted that to be an irregular migrant as such is a circumstance that does hinder no fundamental interests which may trigger the State’s punitive prerogatives<sup>129</sup>. In those cases, the IACHR has somehow argued that custodial measures—which are implemented as a reaction of sovereign countries to a violation of

---

<sup>126</sup> IACtHR. *Vélez Loor vs. Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. 23<sup>rd</sup> November 2010, para. 166.

<sup>127</sup> IACHR. *Rafael Ferrer-Mazorra et al. v. USA*. Report no. 51/01 – Case 9.903, 4<sup>th</sup> April 2001, para. 210.

<sup>128</sup> IACtHR. *Vélez Loor vs. Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. 23<sup>rd</sup> November 2010, para. 169.

<sup>129</sup> IACHR. *Human Rights of Migrants, Refugees, Stateless Persons, Victims of Human Trafficking and Internally Displaced Persons: Norms and Standards of the Inter-American Human Rights System*. OEA/Ser.L/V/II., Doc. 46/15, 31<sup>st</sup> December 2015, para. 381 *et seq.*

administrative rules—might be unlawful *per se*<sup>130</sup>. Since the application of detention measures involves, as a rule, the punitive power of the State (as the IACHR suggested)<sup>131</sup> and since that sovereign prerogative may only be exercised in cases where fundamental legal interests of the State are adversely affected, then the administrative detention of foreigners must also be confined to those exceptional circumstances<sup>132</sup>.

More importantly, the IACHR has denied that the irregular entry, stay and departure of a foreigner may constitute a criminal offence within State Parties' legal frameworks, adding peremptorily that such a circumstance 'must not be the subject of criminal or similar law'<sup>133</sup>. Here, the nuance between what is 'administrative' and what might be 'criminal' reaches its peak. Notably, the IACHR added that:

'the fact that a migrant is in an irregular situation in a State *does not harm any fundamental legal good that needs protection through the punitive power of the State*. Migrants must be *free from penalties on account of entry, presence or migration status, or on account of any other offense which can only be committed by migrants*. Therefore, punishment of irregular entry, presence, stay or status is disproportionate under criminal law'<sup>134</sup>.

---

<sup>130</sup> IACHR. Human Rights of Migrants, Refugees, Stateless Persons, Victims of Human Trafficking and Internally Displaced Persons: Norms and Standards of the Inter-American Human Rights System. OEA/Ser.L/V/II., Doc. 46/15, 31<sup>st</sup> December 2015, para. 384, emphasis added ('... apart from being deprived of their liberty for infringing an administrative rule, *something which in the opinion of the Commission is not a fundamental legal interest that warrant per se deprivation of liberty...*').

<sup>131</sup> IACHR. Human Rights of Migrants, Refugees, Stateless Persons, Victims of Human Trafficking and Internally Displaced Persons: Norms and Standards of the Inter-American Human Rights System. OEA/Ser.L/V/II., Doc. 46/15, 31<sup>st</sup> December 2015, para. 384, in conjunction with para. 383.

<sup>132</sup> See *supra* § 3.1., *in fine*.

<sup>133</sup> See the Preamble of IACHR. Inter-American Principles on the Human Rights of all Migrants, Refugees, Stateless Persons and Victims of Human Trafficking. Resolution no. 04/19, 7<sup>th</sup> December 2019, emphasis added. Available at: <https://www.oas.org/en/iachr/decisions/pdf/Resolution-4-19-en.pdf>. Accessed on July 9, 2022.

<sup>134</sup> See the Preamble of IACHR. Inter-American Principles on the Human Rights of all Migrants, Refugees, Stateless Persons and Victims of Human Trafficking. Resolution no. 04/19, 7<sup>th</sup> December 2019, Principle 67, emphasis added.

It has already been argued that there are many indicia that lead to the conclusion that detention measures as such may be considered to be a ‘penalty’ with punitive purpose within the IAHRs. What is interesting in the wording of the IACHR is that the latter is evidently recalling (and developing) its previous assumptions, drafted in an influential Report of 2010, by which ‘immigration violations ought not to be construed as criminal offences’<sup>135</sup>. In my view, these remarks allow to exclude the adoption of detention measures—whatever might be their classification within domestic law—when a mere violation of immigration law has occurred in the material case. Indeed, under the umbrella of ‘similar law’ even administrative provisions regulating deprivation of liberty ought to be encompassed. By thinking differently, as it currently happens, States may be prevented from providing for custodial measures *vis-à-vis* aliens within criminal proceedings, but not within the administrative ones, although the degree of coercion suffered by the individual is evidently of the same measure – as for me, there might be a blatant mislabelling of reality *in parte qua* which descended, indeed, from the unfortunate wording of the 1951 Geneva Convention, in that the latter prohibited ‘penalties’ to be applied against refugees (and thus, in the opinion of the States, does not prevent national authorities to implement administrative detention measures *vis-à-vis* migrants)<sup>136</sup>.

That being said, an administrative custodial order may not be compliant with the IAHRs legal framework *per se*, when it is merely based on the status of the individual concerned, in the absence of other relevant factors related to the possible jeopardy *in casu* of fundamental legal interest of the State. As it is apparent, this line of reasoning appears to be very progressive, in so far it aims at improving aliens’ fundamental guarantees from the eventual arbitrariness of national authorities<sup>137</sup>.

Compared to the mainstream approach to immigration detention, which is implemented in a quasi-systematic trend due to its ‘administrative

---

<sup>135</sup> IACHR. Report on the Immigration in the United States: Detention and Due Process. OEA/Ser.L/V/II., Doc. 78/10, 30<sup>th</sup> December 2010, para. 38, emphasis added.

<sup>136</sup> CAMPESI, Giuseppe. *La detenzione amministrativa degli stranieri. Storia, diritto, politica*. Roma: Carocci, 2012, p. 77.

<sup>137</sup> See *infra* 3.2.3.

convenience'<sup>138</sup>, those considerations are disruptive – they might allow to deem unlawful any detention measure based exclusively on the violation of administrative rules and, more broadly, any custodial decision which is not related to the protection of fundamental legal rights from ‘serious attacks’ that may endanger them. This assumption seems redolent of the line of reasoning provided by the HRC which, in the seminal *A. v. Australia* judgement, has pointed out that ‘the fact of illegal entry may indicate a need for investigation and there may be other factors particular to the individual, such as the *likelihood of absconding* and *lack of cooperation*, which may justify detention for a period’<sup>139</sup>. This view allows national authorities to detain a foreigner in contexts in which essential legal interests are effectively harmed by the former’s conduct – it seems to me that the risk of absconding or the alien’s non-cooperative behaviour might be factors which would be capable to compromise the hardcore of States’ legal rights. These circumstances may constitute additional factors to be considered by national authorities, to the point that those situations, in the context of the IAHRs, might be deemed sufficient to justify the adoption of detention measures *vis-à-vis* non-citizens<sup>140</sup>. Specifically, the IACtHR has agreed with this approach over the risk of absconding requirement, stating in *Vélez Lóor* that ‘the application of preventive custody may be suitable to regulate and control irregular immigration to ensure that *the individual attends the immigration proceeding* or to guarantee the application of a

---

<sup>138</sup> CAMPESI, Giuseppe. *La detenzione amministrativa degli stranieri. Storia, diritto, politica*. Roma: Carocci, 2012, p. 94.

<sup>139</sup> HRC. *A. v. Australia*. CCPR/C/59/D/560/1993, 3 April 1997, para. 9.4. Available at: <https://bit.ly/3FeuCHi>. Accessed on July 9, 2022.

<sup>140</sup> The IAHRs made it clear several behaviors (e.g. to entry without the proper documentation, evading the authorized ports of entry, or to entry with false documents or, finally, to stay beyond the authorized time) do not harm any ‘fundamental legal interests that warrant the protection of the State’s punitive authority’ (IACHR. Human Rights of Migrants, Refugees, Stateless Persons, Victims of Human Trafficking and Internally Displaced Persons: Norms and Standards of the Inter-American Human Rights System. OEA/Ser.L/V/II., Doc. 46/15, 31<sup>st</sup> December 2015, para. 381), and thus may not constitute circumstances in which national authorities might lawfully detain a foreigner for immigration purposes.

deportation order<sup>141</sup>. In those circumstances, nonetheless, one may think that the implementation of alternative measures (e.g. GPS monitoring) may be sufficient to achieve the aim pursued in the material case, in the absence of further factual elements. Thus the prominence of necessity and proportionality principles to be met in the material case and pending the relevant administrative proceedings<sup>142</sup>.

Within this framework, it is apparent that the door has been left open to the application of incarceration provisions in all those circumstances, indeed very frequent, in which aliens' detention is ordered on the basis of public order or national security reasons, as it is *expressis verbis* allowed within the EU legal framework *vis-à-vis* applicants for international protection<sup>143</sup> (but not, surprisingly, in relation to irregular migrants)<sup>144</sup>. Indeed, when there is a suspicion—or 'certain indicia'—that the migrant concerned may pose a 'risk for public safety', such circumstance would integrate a *vulnus* to States' fundamental legal interests, in the sense intended by the IACHR<sup>145</sup>. Again, in those situations, alien's detention might be justified provided that the principles of necessity and proportionality (and hence freedom from arbitrariness)<sup>146</sup> are complied with in the material case.

To summarise, the IAHRs has clearly been influenced by the ICCPR in regulating the right to liberty of detained foreigners. In doing so, it has rejected the approach proposed by the ECHR and, therefore, has not developed an exhaustive list of grounds for allowing national authorities to deprive a person of their liberty. However, adopting an

---

<sup>141</sup> IACtHR. Vélez Loor vs. Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 23<sup>rd</sup> November 2010, para. 169.

<sup>142</sup> See *infra* § 3.2.3.

<sup>143</sup> See Article 8(3)(e), Directive 2013/33/EU.

<sup>144</sup> CJEU. Case C-357/09 PPU, Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov). ECLI:EU:C:2009:741, para 70.

<sup>145</sup> This aspect has been emphasized by IACHR. Report on the Immigration in the United States: Detention and Due Process. OEA/Ser.L/V/II., Doc. 78/10, 30<sup>th</sup> December 2010, para. 39. See, by analogy, IACtHR. Vélez Loor vs. Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 23<sup>rd</sup> November 2010, para. 116.

<sup>146</sup> See *infra* 3.2.3.

original approach, it restricted this power not merely to exceptional situations—as seems might the policy line followed, at least *de iure*, by the EU—but to circumstances where the fundamental interests of states may be adversely affected. Thus, administrative detention is not deemed unlawful or arbitrary *per se* but its implementation shall occur only when it is extremely necessary, being a ‘punitive penalty’. In this respect, the IAHRs standard is far higher than that outlined by the ECHR, the EU and the ICCPR, at least on a theoretical level. Yet, by allowing administrative detention on the grounds of risk of absconding or public order, the IACtHR has *de facto* aligned itself with lower EU standards (which, in this respect, are in turn higher than those of the ECHR)<sup>147</sup>, in that they allow for deprivation of liberty in the same situations.

### 3.2.2. THE PRINCIPLE OF LEGALITY: COMMON STANDARDS BETWEEN LUXEMBOURG, STRASBOURG AND SAN JOSÉ?

Beyond the lack of an exhaustive list of requirements, one of the central points of the ACHR discipline on deprivation of liberty lies in the principle of legality (*principio de legalidad*), which embodies one of the most stringent limits imposed on States by the IAHRs. It is one of the three ‘central ideas’ which are encompassed in the wide-ranging notion of rule of law (*Estado de derecho*), together with the prohibition of *ex post facto* laws (*irretroactividad*) and the due process (*debido proceso*)<sup>148</sup>.

Indeed, Article 7(2) ACHR encompasses the principle of legality in the execution of custodial measures, in setting forth that no one shall be deprived of his personal liberty except for the reasons laid down in the States’ constitutions or by a law established pursuant thereto. This guarantee is *ictu oculi* in line with other general international regulations, such as the aforementioned Article 5(1) ECHR, Article 9 ICCPR and the relevant EU provisions. Again, prior to analyzing the

<sup>147</sup> As seen below, Article 5(1)(f) ECHR allows detention measures even when, for instance, the foreigner concerned is not deemed to be at a risk of absconding.

<sup>148</sup> See CANDIA-FALCÓN, Gonzalo. El Estado de Derecho y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Dikaion*, v. 24, n. 2, p. 235, 2015. <https://doi.org/10.5294/DIKA.2015.24.2.2>.

IAHRS standards *in parte qua*, it may be useful to glance, albeit briefly, the international framework upon the relevance of the principle of legality in detention proceedings.

As per Article 9 ICCPR, any detention measure shall be ‘in accordance with’ and ‘authorized by law’. Compliance with the legality principle leads two substantial implications – while, on the one hand, custodial measures shall be laid down in domestic law, on the other hand, the latter shall in turn be in accordance with the international human rights standards. Hence, it is not sufficient that a deprivation of liberty be merely implemented under domestic law provisions to define it as ‘legal’, since this is solely one side of the coin to be met in the material case. Having established that there is a domestic rule permitting detention *in concreto*, an analysis of the ‘quality’ of that rule in the light of international law must be rigorously carried out – criteria such as the ‘foreseeability’ or the ‘predictability’ of the law<sup>149</sup> as well as the ‘sufficient precision’ of the latter ought to be assessed<sup>150</sup>. Moreover, procedural safeguards are also encompassed within this guarantee, insofar the relevant proceedings for carrying out lawful deprivation of liberty should also be regulated by domestic law in several aspects, such as (i) conditions of detention; (ii) grounds for detention; (iii) the maximum time limit for a custodial measure to be implemented; (iv) the role of the judicial authority<sup>151</sup>. It is noteworthy that the HRC rightly noted that the notion of ‘unlawfulness’ and that of ‘arbitrariness’ (the latter being dealt with separately in the following paragraph) may overlap, to the point that there might be lawful detentions which are affected from arbitrariness and *vice versa*<sup>152</sup>. As will be seen in the next paragraph, the notion of ‘unlawfulness’ is thus narrower than that of ‘arbitrariness’.

---

<sup>149</sup> EDWARDS, Alice. Back to Basics: The Right to Liberty and Security of Person and “Alternative to Detention” of Refugees, Asylum-Seekers, Stateless Persons and Other Migrants. April 2011, p. 19.

<sup>150</sup> HRC. General Comment No. 35. Article 9 (Liberty and security in person). CCPR/C/GC/35, 16<sup>th</sup> December 2014, para. 22.

<sup>151</sup> HRC. General Comment No. 35. Article 9 (Liberty and security in person). CCPR/C/GC/35, 16<sup>th</sup> December 2014, para. 23.

<sup>152</sup> HRC. General Comment No. 35. Article 9 (Liberty and security in person). CCPR/C/GC/35, 16<sup>th</sup> December 2014, para. 11.

A similar approach has been followed in Europe. As per Article 5 ECHR, no one shall be deprived of his liberty ‘save ... in accordance with a procedure prescribed by law’. Having regard to Article 9 ICCPR, the wording adopted is essentially identical, as its meaning. Indeed the ECtHR has confirmed that, primarily, the principle of legality relates to the conformity of a custodial measure to the relevant domestic law<sup>153</sup>. Accordingly, the latter shall clearly foresee the power to detain an individual<sup>154</sup>. A breach of domestic law *in parte qua* triggers in turn a violation of Article 5 ECHR, thus the ECtHR shall have, in any case, the power to verify such a compliance<sup>155</sup>. In *Medvedyev and Others*, the ECtHR has broadened the notion of ‘law’ and has notably pointed out that ‘other applicable legal standards, including those which have their source in international law’ may be relevant as to assess the legal basis of a detention measure in the light of Article 5 ECHR<sup>156</sup>. Additionally, the law at stake shall be of a certain ‘quality’, as the Court stressed in the landmark judgement *Amuur*, which related to migrants’ administrative deprivation of liberty in airport transit zones, and which is worth quoting:

‘In laying down that any deprivation of liberty must be effected “in accordance with a procedure prescribed by law”, Article 5 para. 1 (art. 5-1) primarily requires any arrest or detention to have a legal basis in domestic law. However, these words do not merely refer back to domestic law; like the expressions “in accordance with the law” and “prescribed by law” in the second paragraphs of Articles 8 to 11 (art. 8-2, art. 9-2, art. 10-2, art. 11-2), they also relate to the quality of the law, requiring it to be compatible with the rule of law, a concept inherent in all the Articles of the Convention.

---

<sup>153</sup> ECtHR. *X. v. The United Kingdom*. App. no. 7215/75, 5 November 1981, para. 42.

<sup>154</sup> See, more recently, ECtHR. *R.R. and Others v. Hungary*. App. no. 36037/17, 2<sup>nd</sup> March 2021, para. 89.

<sup>155</sup> See, among other authorities, ECtHR. *Benham v. The United Kingdom* [GC]. App. no. 19380/92, 10 June 1996, para. 41 and ECtHR. *Winterwerp v. The Netherlands*. App. no. 6301/73, 24<sup>th</sup> October 1979, para. 46.

<sup>156</sup> ECtHR, *Medvedyev and Others v. France* [GC]. App. no. 3394/03, 29<sup>th</sup> March 2010, para. 79.



In order to ascertain whether a deprivation of liberty has complied with the principle of compatibility with domestic law, it therefore falls to the Court to assess not only the legislation in force in the field under consideration, but also the quality of the other legal rules applicable to the persons concerned. Quality in this sense implies that where a national law authorises deprivation of liberty - especially in respect of a foreign asylum-seeker - it must be sufficiently accessible and precise, in order to avoid all risk of arbitrariness. These characteristics are of fundamental importance with regard to asylum-seekers at airports, particularly in view of the need to reconcile the protection of fundamental rights with the requirements of States' immigration policies<sup>157</sup>.

Hence, administrative provisions by which a foreigner may be placed in detention (e.g. a decree or an unpublished circular, as well as a border police regulation)<sup>158</sup> or other comparable provisions (e.g. diplomatic notes or bilateral agreements by two States)<sup>159</sup> do not either constitute a 'legal basis' in the sense of the Article 5 ECHR, or have not been deemed to hold a certain 'quality'.

The relevance of the principle of legality within the EU legal framework is slightly equivalent. Specifically, administrative detention provisions are to be laid down in national law, and they have to be clear, precise and foreseeable in their applications, and as the CJEU has plainly set forth in *Al Chodor*:

'According to the European Court of Human Rights, any deprivation of liberty must be lawful not only in the sense that it must have a legal basis in national law, but also that lawfulness concerns the quality of the law and implies that a national law authorising the deprivation of liberty must be sufficiently accessible, precise and foreseeable in its application in order to avoid all risk of arbitrariness (...) the detention of applicants,

---

<sup>157</sup> ECtHR. *Amuur v. France*. App. no. 19776/92, 25<sup>th</sup> June 1996, para. 50.

<sup>158</sup> See, *inter alia*, ECtHR. *Amuur v. France*. App. no. 19776/92, 25<sup>th</sup> June 1996, paras. 52-53 and ECtHR. *Shamsa v. Poland*. App. nos. 45355/99 and 45357/99, 27<sup>th</sup> November 2003), para. 54.

<sup>159</sup> See, respectively, ECtHR. *Medvedyev and Others v. France* [GC]. App. no. 3394/03, 29<sup>th</sup> March 2010, paras 96-100 and ECtHR. *Khlaifia and Others v. Italy* [GC]. App. no. 16483/12, 15<sup>th</sup> December 2016, paras. 102-105.

constituting a serious interference with those applicants' right to liberty, is subject to compliance with strict safeguards, namely the presence of a legal basis, clarity, predictability, accessibility and protection against arbitrariness (...) only a provision of general application could meet the requirements of clarity, predictability, accessibility and, in particular, protection against arbitrariness<sup>160</sup>.

It is worth recalling that *Al Chodor* concerned detention of asylum seekers, whose deprivation of liberty for immigration purposes is specifically regulated by Directive 2013/33/EU, the latter providing for that 'the grounds for detention shall be laid down in national law', as well as the rules concerning alternatives to detention<sup>161</sup>. Conversely, an analogous and explicit obligation is not provided for by Directive 2008/115/EC which regulates detention measures for the purpose of return adopted *vis-à-vis* irregular migrants<sup>162</sup>, albeit it is set forth that 'coercive measures' broadly considered 'shall be implemented as provided for in national legislation'<sup>163</sup>. However, there may be no room to deny that, due to its broad purpose, the findings of the CJEU in *Al Chodor*—which admittedly acknowledged the ECtHR's settled case-law—may be applied, *mutatis mutandis*, also to 'detention for the purpose of return', as per Directive 2008/115/EC.

The constitutional vision of the IAHRs upon the principle of legality is *prima facie* redolent to both the European and the international law framework. This guarantee, enshrined in Article XXV ADHR<sup>164</sup> and Article 7(2) ACHR, shows a subjective aspect, as every individual is *expressis verbis* entitled to a specific prerogative, namely the right not to

---

<sup>160</sup> CJEU. Case C-528/15, *Policie ČR, Krajské ředitelství policie Ústeckého kraje, odbor cizinecké policie v Salah Al Chodor and Others*. ECLI:EU:C:2017:213, paras. 38, 40 and 43.

<sup>161</sup> See Article 8(3), last subparagraph and 8(4), Directive 2013/33/EU.

<sup>162</sup> Notably, the Directive aims at obliging Member States to laid down objective criteria in national law upon the notion of 'risk of absconding' (Article 3(7), Directive 2008/115/EC).

<sup>163</sup> Article 8(4), Directive 2008/115/EC.

<sup>164</sup> This provision reads as follows: 'No one may be deprived of his liberty except in the cases and according to the procedures established by a pre-existing law'.

be detained illegally<sup>165</sup>. Undoubtedly, an original aspect *in parte qua* may be represented by the fact that the ACHR provides for the possibility that the limitations on the right to liberty of the individual might also be laid down either in the Constitutions of the States or in ‘laws’ which are in accordance with the latter<sup>166</sup>. Indeed, when deprivation of liberty is at stake, the IACtHR has always adopted the aforementioned “double-check assessment”, ruling upon: (i) firstly, the formal existence *in casu* of domestic regulations allowing for detention measures and, secondly, (ii) the quality of such provisions, in the sense envisioned *supra*<sup>167</sup>. With some emphasis, the principle of legality (marked as ‘*reserva de ley*’) has been labelled as the ‘*garantía primaria*’ of the right to personal liberty, according to which only by a law shall an individual be deprived of his liberty<sup>168</sup>. Remarkably, Article 7(2) ACHR provides for both material and formal requirements which shall be met in the material case<sup>169</sup> – a ‘law’ shall regulate all the

---

<sup>165</sup> IACtHR. Usón Ramirez v. Venezuela, Preliminary Exceptions, Merits, Reparations and Costs. 20<sup>th</sup> November 2009, para. 148. Available at: [https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_207\\_ing.pdf](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_207_ing.pdf). Accessed on July 9, 2022.

<sup>166</sup> This aspect is highlighted e.g. in IACtHR. Palamara Iribarne v. Chile, Merits, Reparations and Costs. 22<sup>nd</sup> November 2005, para. 196. Available at: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_135\\_ing.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_ing.pdf). Accessed on July 9, 2022.

Hence, the IACtHR will also be allowed to rule upon the compatibility between the national provision at stake and the related Constitution. The relevance of the latter in the assessment on an alleged violation of Article 7(2) ACHR is quite evident in the line of reasoning set forth in IACtHR. Castillo Páez v. Perú, Merits. 3<sup>rd</sup> November 1997. Available at: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_34\\_ing.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_34_ing.pdf). Accessed on July 9, 2022.

<sup>167</sup> Indeed, such an assessment—which within the ECHR legal framework is encompassed in the control of legality—is also conducted on the light of verifying the absence of arbitrariness, within the IAHRs (see *infra* § 3.2.3.).

<sup>168</sup> See, *inter alia*, IACtHR. Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 21<sup>st</sup> November 2007, para. 56.

<sup>169</sup> IACtHR. López Álvarez vs. Honduras, Fondo, Reparaciones y Costas. 1<sup>st</sup> February 2006, para. 60 and IACtHR. Gangaram Panday vs. Suriname, Fondo, Reparaciones y Costas. 21<sup>st</sup> January 1994, para. 47. Available at: [http://hrli-library.umn.edu/iachr/b\\_11\\_16c.htm](http://hrli-library.umn.edu/iachr/b_11_16c.htm). Accessed on July 9, 2022.

grounds and circumstances in which custodial measures are allowed<sup>170</sup> as well as the main features of the relevant proceedings<sup>171</sup>. Accordingly, it is for the IACtHR to verify, in any case, whether a deprivation of liberty has been implemented in conformity with the domestic legal framework<sup>172</sup>. Differently from the other international instruments, the IACtHR has built up a definition of ‘law’, which is worth quoting:

‘norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes’<sup>173</sup>.

Such a precise description undoubtedly limits the power of the States to a greater extent than in the European context, because it requires the national authorities to enact general measures that are aimed at the common good, according to the legislative procedure (and thus excluding, at least *prima facie*, any measures emanating from the executive power). A domestic provision, nonetheless, in order to be deemed lawful within the IAHRs, shall also take in due account the ACHR’s general principles. Therefore, national regulations which establish limitations to the right to liberty shall be in accordance with the values enshrined in the ACHR<sup>174</sup>, the one of non-discrimination being one of the most relevant. Finally, it is

<sup>170</sup> IACtHR. Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 21<sup>st</sup> November 2007, para. 57. The Court emphasized that the principle of legality always encompasses the principle of exhaustiveness (*principio de tipicidad*).

<sup>171</sup> See IACtHR. Herrera Espinoza y Otros vs Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 22<sup>nd</sup> November 2005, para. 133. Available at: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_316\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_316_esp.pdf). Accessed on July 9, 2022

<sup>172</sup> See e.g. IACtHR. Yvon Neptune v. Haiti, Merits, Reparations and Costs. 6<sup>th</sup> May 2008, para. 96 *in fine*. Available at: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_180\\_ing.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_180_ing.pdf). Accessed on July 9, 2022

<sup>173</sup> IACtHR. Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 21<sup>st</sup> November 2007, para. 56.

<sup>174</sup> IACtHR. Servellón-García et al. v. Honduras, Merits, Reparations and Costs. 21<sup>st</sup> September 2006, para. 89. Available at: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_152\\_ing.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_152_ing.pdf). Accessed on July 9, 2022.

worth emphasising that in *García y Familiares* the IACtHR has enhanced the guarantees of the individual deprived of his/her liberty in a way that was unprecedented in the international and European approach to the matter – in order to avoid unlawfulness (and even arbitrariness) of the custodial measure at stake, every detention order shall be duly registered in the relevant ‘document’, which in turn shall plainly ‘stating, at the very least, the reasons for the detention, who executed it, the time of detention and the time of release, as well as a record that the competent judge was advised’<sup>175</sup>.

Several cases have addressed the issue of the respect of the principle of legality in immigration detention-related cases. In the vast majority of the latter, the Court reiterated the principles already expressed above. However, there are some peculiarities worth mentioning. In *Nadege Dorzema and Others*, the Court emphasized that, especially within police centers, ‘a record of detainees must be kept that permits monitoring the legality of the detentions’<sup>176</sup>. While this assumption might be considered as an aspect concerning practical conditions of detention, it has been deemed relevant within the legality assessment of a custodial measure. Moreover, it was established that administrative detention tools shall be adopted ‘in order to implement formal immigration proceedings’<sup>177</sup>, otherwise they may be in breach of Article 7(2) ACHR – even the justification at stake might thus be relevant for the assessment of legality within the IAHRs. It should be noted that none of these considerations have ever been developed, at least explicitly, in the European legal framework. That confirms that, although starting from a shared theoretical basis, the American standards partly seem to raise the threshold of protection *vis-à-vis* foreigners placed in detention, especially—as it appears slightly

---

<sup>175</sup> IACtHR. *García y Familiares v. Guatemala*, Merits, Reparations and Costs. 29<sup>th</sup> November 2012, para. 100 *in fine*. Available at: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_258\\_eng.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_258_eng.pdf). Accessed on July 9, 2022.

<sup>176</sup> IACtHR. *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, Fondo, Reparaciones y Costas*. 24<sup>th</sup> October 2012, para. 131.

<sup>177</sup> IACtHR, *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. 28<sup>th</sup> August 2014, para. 368.

evident—with reference to the fact that it will be for the national authorities to register every deprivation of liberty which occur within their facilities.

### 3.2.3. THE NOTION OF (MIGRANTS') ARBITRARY DETENTION IN THE AMERICAS.

The last aspect to be analysed on a substantive level concerns the issue that custodial measures shall never contain elements of arbitrariness. O'Nions has rightly observed that the principle of freedom from arbitrariness related to the detentions tools is 'well rehearsed in international human rights and refugee law'<sup>178</sup>. Interestingly, the 'challenge of arbitrariness'—which involves a harsh tension between the individual's rights and the authority's coercive powers—has been dealt with through the 'rule of law formula', in contraposition to that of the 'rule of man'<sup>179</sup>. Nevertheless, the notion of 'arbitrariness' as such, thanks to its inherent broadness, might lead to misunderstanding as to its content, to the point that political scholars are still wondering 'what is an arbitrary power'<sup>180</sup>. Hence, from a legal point of view, the definition of what arbitrariness is may be one of the most problematic aspects of our analysis, *a fortiori* when deprivation of liberty carried out for immigration purposes is at stake. To this purpose, it has already been pointed out that when international courts are called to verify *in concreto* the compliance with the principle of legality, their assessment over the 'quality' of the 'law' at stake might overlap with some features which relates, in turn, to the respect of the principle of non-arbitrariness.

International bodies are clearly aware of the blurred characterization of the latter. While, for instance, Article 9 ICCPR and

---

<sup>178</sup> O'NIONS, Helen. No Right to Liberty: The Detention of Asylum Seekers for Administrative Convenience. *European Journal of Migration and Law*, Leiden, v. 10, n. 2, p. 156, 2008. <http://dx.doi.org/10.1163/157181608X317336>.

<sup>179</sup> ASTA, Francesca. Arbitrary Decision-making and the Rule of Law. The Role of the Jurisdictions' Detention Proceedings – Between Discretion and Arbitrariness. *Etikk I Praksis – Nordic Journal of Applied Ethics*, Trondheim, v. 14, n. 2, p. 109 *et seq.*, 2020. <https://doi.org/10.5324/eip.v14i2.3491>.

<sup>180</sup> See ARNOLD, Samuel; HARRIS, John. What is arbitrary power? *Journal of Political Studies*, London, vol. 10, n. 1, pp. 55-70, 2017. <https://doi.org/10.1080/2158379X.2017.1287473>.

Article 7(3) ACHR unambiguously provide for that any limitation of the right to liberty shall be implemented without elements of arbitrariness<sup>181</sup>, on the other hand, neither Article 6 CFR nor Article 5 ECHR address this feature *expressis verbis*. However, both in Europe and in the Americas, the definition of ‘arbitrariness’ has been brought through a case-law approach. For instance, in the already quoted *A v. Australia* case, the HRC has broadly set forth what follows:

‘the Committee recalls that the notion of “arbitrariness” must not be equated with “against the law” but be interpreted more broadly to include such elements as inappropriateness and injustice. Furthermore, remand in custody could be considered arbitrary if it is not necessary in all the circumstances of the case, for example to prevent flight or interference with evidence: the element of proportionality becomes relevant in this context’<sup>182</sup>.

Subsequently, the HRC has specified that a custodial measure is not arbitrary as long as the State concerned shall offer an appropriate justification for that measure<sup>183</sup>. A ‘conservative approach’<sup>184</sup> is thus advocated by the HRC, in that it emphasises that several principles shall be met as they are encompassed within the notion of non-arbitrariness: (i) necessity; (ii) proportionality; (iii) reasonableness<sup>185</sup>. Concretely, it means that, in any case, deprivation of liberty shall be the *extrema ratio* – States shall thus verify whether less coercive tools are available in the material case, being allowed to implement detention measures only as long as they are necessary *in concreto* through a continuous

---

<sup>181</sup> Notably, they share the same wording: ‘No one shall be subjected to arbitrary arrest or detention’.

<sup>182</sup> HRC. *A. v. Australia*. CCPR/C/59/D/560/1993, 3 April 1997, para. 9.2.

<sup>183</sup> HRC. *Ali Aqsar Bakhtiyari and Roqaiha Bakhtiyari v. Australia*. CCPR/C/79/D/1069/2002, 6<sup>th</sup> November 2003, para. 9.2. Available at: <https://www.refworld.org/cases,HRC,404887ed0.html>. Accessed on July 9, 2022.

<sup>184</sup> EDWARDS, Alice. *Back to Basics: The Right to Liberty and Security of Person and “Alternative to Detention” of Refugees, Asylum-Seekers, Stateless Persons and Other Migrants*. April 2011, p. 21.

<sup>185</sup> See HRC. General Comment No. 35. Article 9 (Liberty and security in person). CCPR/C/GC/35, 16<sup>th</sup> December 2014, para. 12, and the references cited therein.

proportionality assessment. The HRC reiterated that, while, on the one hand, administrative custodial measures may present ‘severe risks of arbitrary deprivation of liberty’<sup>186</sup>, on the other hand, non-criminal immigration detention is not deemed arbitrary *per se* but it must comply with, as a rule, all the aforementioned principles<sup>187</sup>, adding that the absence of a maximum time limit in conjunction with the lack of an effective remedy to challenge the lawfulness of the detention constitute inadequate guarantees against an arbitrary deprivation of liberty<sup>188</sup>.

Differently, the ECtHR has astonishingly excluded that detention measures taken under the umbrella of Article 5(1)(f) ECHR shall be necessary *in concreto*<sup>189</sup>. The discrepancy is quite striking since for other cases of deprivation of liberty, namely those provided for by paragraphs (a)-(e) of Article 5 ECHR, the ECtHR always operates a necessity test on the measure under consideration (e.g. detention after conviction, on remand or for medical or social reasons)<sup>190</sup>, being the very aim

---

<sup>186</sup> HRC. General Comment No. 35. Article 9 (Liberty and security in person). CCPR/C/GC/35, 16<sup>th</sup> December 2014, para. 15.

<sup>187</sup> HRC. General Comment No. 35. Article 9 (Liberty and security in person). CCPR/C/GC/35, 16<sup>th</sup> December 2014, para. 18. See *amplius* UNHCR. *Detention Guidelines*. 2012, paras. 18-41. Available at: <https://www.unhcr.org/publications/legal/505b10ee9/unhcr-detention-guidelines.html>. Accessed on July 9, 2022.

<sup>188</sup> UNHCR. *Detention Guidelines*. 2012, para. 17. Upon the maximum period of detention as a safeguard against arbitrariness see EDWARDS, Alice. Back to Basics: The Right to Liberty and Security of Person and “Alternative to Detention” of Refugees, Asylum-Seekers, Stateless Persons and Other Migrants. April 2011, pp. 23-24.

It is noteworthy that the UNHCR recalled ECtHR. *Louled Massoud v. Malta*. App. no. 24340/08, 27<sup>th</sup> July 2010, para. 71, where the Strasbourg Court set forth that the applicant’s deprivation of liberty was arbitrary considering, in conjunction, (i) the absence of a time limit for detention; (ii) the lack of effective safeguards.

<sup>189</sup> See, *inter alia*, ECtHR. *Saadi v. The United Kingdom* [GC]. App. no. 13229/03, 29<sup>th</sup> January 2008, para. 72, and ECtHR. *Chahal v. The United Kingdom*. App. no. 22414/93, 15<sup>th</sup> November 1996, para. 112.

<sup>190</sup> See e.g. ECtHR. *Enhorn v. Sweden*. App. no. 56529/00, 25 January 2005, para. 36 *in fine* and the case-law cited *mutatis mutandis* therein.



of Article 5 ECHR to protect the individual from the arbitrariness of public authorities<sup>191</sup>.

Thus, in the face of a rather vague list of situations permitting the detention of a migrant, national authorities are free to adopt even custodial measures that might not be necessary in the material case, in the sense that, for instance, they are not obliged to verify beforehand the existence of less coercive measures to be adopted in the concrete case. Nevertheless, such a measure shall be proportionate but only for time-related issues, *rectius* it shall not be implemented in ‘an arbitrary fashion’<sup>192</sup>. With the words of the ECtHR, it has been highlighted that:

‘To avoid being branded as arbitrary, therefore, such detention must be carried out in good faith; it must be closely connected to the purpose of preventing unauthorised entry of the person to the country; the place and conditions of detention should be appropriate, bearing in mind that “the measure is applicable not to those who have committed criminal offences but to aliens who, often fearing for their lives, have fled from their own country”; and the length of the detention should not exceed that reasonably required for the purpose pursued’<sup>193</sup>.

In *Chahal* the ECtHR has made it clear that ‘the principle of proportionality applied to detention under Article 5 § 1 (f) only to the extent that the detention should not continue for an unreasonable length of time’<sup>194</sup>. However, it is arguable that an unnecessary detention might be very eligible to become, almost instantly, an arbitrary deprivation of liberty – indeed, we could agree with O’Nions in highlighting that ‘detention cannot satisfy the absence of arbitrariness criteria simply

---

<sup>191</sup> ECtHR. *Simons v. Belgium* (dec.). App. no. 71407/10, 28<sup>th</sup> August 2012, para. 32 and the case-law cited therein.

<sup>192</sup> ECtHR. *Guzzardi v. Italy*. App. no. 7367/76, 6<sup>th</sup> November 1980, para. 92.

<sup>193</sup> ECtHR. *Chahal v. The United Kingdom*. App. no. 22414/93, 15<sup>th</sup> November 1996, para. 74. See also ECtHR. *A. and Others v. The United Kingdom* [GC]. App. no. 3455/05, 19<sup>th</sup> February 2009, paras. 162-164.

<sup>194</sup> ECtHR. *Chahal v. The United Kingdom*. App. no. 22414/93, 15<sup>th</sup> November 1996, para. 72. The Court further set forth that the same proportionality test is to be applied both to pre-admittance detention and detention for the purpose of return (*ibid.*, para. 73).

because it is comparatively brief<sup>195</sup>, being understood *a fortiori* that Article 5 ECHR, differently from the international law approach, does not require to indicate a maximum time-limit for a detention measure to be implemented<sup>196</sup>.

Unlike the ECHR legal framework, administrative detention taken under the EU law shall be necessary in the material case<sup>197</sup>. Accordingly, Member States has to verify, on a case-by-case basis, whether less coercive measures are available in order to reach the aim pursued<sup>198</sup> - in other words, necessity and proportionality principles somehow overlap during this assessment, as national authorities shall verify, in the meanwhile, whether such detention is proportionate to the aims which it pursues<sup>199</sup>. Here, proportionality relates not only to the duration of the deprivation of liberty but also to the purpose of the measure and thus to the possible implementation of the custodial tool through other less coercive means. However, this topic is addressed in a blurred way – while there is no specific obligation to laid down alternatives to detention tools in domestic law with regard to the deprivation of liberty of irregular migrants<sup>200</sup>, such a specific requirement for the ‘lawfulness’ of the measure at stake is explicitly provided for when the administrative custodial measures are implemented *vis-à-vis* applicants for international protection<sup>201</sup>. Analogously, the issue of maximum period of detention is puzzled – while irregular migrants may be detained for at last eighteen months<sup>202</sup>, asylum seekers may be deprived of their liberty *ad libitum*, no time

---

<sup>195</sup> O’NIONS, Helen. No Right to Liberty: The Detention of Asylum Seekers for Administrative Convenience. *European Journal of Migration and Law*, Leiden, v. 10, n. 2, p. 182, 2008.

<sup>196</sup> ECtHR. J.N. v. The United Kingdom. App. no. 37289/12, 19<sup>th</sup> May 2016, para. 90.

<sup>197</sup> CJEU. Case C-36/20 PPU, Ministerio Fiscal v VL. ECLI:EU:C:2011:268, para. 39.

<sup>198</sup> CJEU. Case C-61/11 PPU, Hassen El Dridi, alias Soufi Karim. ECLI:EU:C:2020:294, para. 39.

<sup>199</sup> See CJEU. Joined Cases C-924/19 and C-925/19 PPU, F.M.S. et al. ECLI:EU:C:2020:294, paras. 258-259 and CJEU. Case C-18/19, WM v Stadt Frankfurt am Main. ECLI:EU:C:2020:511, para. 38.

<sup>200</sup> See Recital 16 and Article 15(1), Directive 2008/115/EC.

<sup>201</sup> See Article 8(4), Directive 2013/33/EU.

<sup>202</sup> See Article 15(5)-(6), Directive 2008/115/EC.

limit being laid down in the relevant EU law<sup>203</sup>, being understood that, in any case, the principles of necessity and proportionality shall be met throughout the whole implementation of the custodial measure at stake. It is worth recalling that Article 6 of the Charter protects the individual against arbitrary deprivation of freedom, the importance of the right to liberty being ‘paramount’ within EU law<sup>204</sup>. As will be explained in the next paragraph, to provide an external control—namely, a judicial one—that those grounds continue to be satisfied in the material case aims at discouraging ‘arbitrary infringement of the applicant’s right to liberty’, the AG Sharpston clearly pointed out in *D.H.*<sup>205</sup>. Whilst there is a little research on the notion of ‘arbitrary’ immigration detention within the EU legal framework<sup>206</sup>, in *J.N.* the AG Sharpston has already observed, recalling the findings of the ECtHR on the matter, that an administrative deprivation of liberty can only be deemed to be free from arbitrariness whether its implementation is necessary *in concreto* and proportionate with regard both to the aim pursued, to the means adopted and, finally, to the length of the measure at stake<sup>207</sup>.

The composite picture brought both by the ICCPR and the European legal framework allow us to see several similarities in the IAHRs’ approach on the matter. As already mentioned, Article 7(3) ACHR prevents States from implementing arbitrary custodial measures

---

<sup>203</sup> See, *inter alia*, VELLUTI, Samantha. *Reforming the Common European Asylum System – Legislative Developments and Judicial Activism of the European Court*. Heidelberg: Springer, 2014, p. 68.

<sup>204</sup> See, *mutatis mutandis*, CJEU. Case C-310/18 PPU, Criminal Proceedings against Emil Milev, Opinion of AG Wathelet. ECLI:EU:C:2018:645, para. 60.

<sup>205</sup> See Case C-704/17, *D.H. v Ministerstvo vnitra*, Opinion of AG Sharpston, ECLI:EU:C:2019:85, para. 52.

<sup>206</sup> It is noteworthy that none of the provisions of the relevant EU legislation mentions expressly that detention shall not be arbitrary, albeit the AG Sharpston acknowledged that *de facto* Reception Directive ‘clearly contains guarantees against arbitrary detention’ (CJEU. Case C-601/15 PPU, *J.N. v Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, View of AG Sharpston. ECLI:EU:C:2016:85, para. 129).

<sup>207</sup> CJEU. Case C-601/15 PPU, *J.N. v Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, View of AG Sharpston. ECLI:EU:C:2016:85, para. 128. There is nothing in the AG’s line of reasoning that precludes one to think that the same might hold true with regard to the relevant provisions of the Return Directive.

against every human being. Moreover, as per Article XXV ADHR, every individual is entitled to a ‘right of protection from arbitrary arrest’, even though the latter provision seems to deal exclusively with the respect of the principle of legality<sup>208</sup>. In this regard, the IACtHR has emphasized that a deprivation of liberty may be lawful but still arbitrary within the meaning of the ACHR, giving importance to the ECtHR’s settled case-law on the matter<sup>209</sup>. The IACtHR specified that:

‘no one may be subjected to arrest or imprisonment for reasons and by methods which, although classified as legal, could be deemed to be incompatible with the respect for the fundamental rights of the individual because, among other things, they are unreasonable, unforeseeable or lacking in proportionality’<sup>210</sup>.

Thus, the fact that the adoption of a detention tool may breach the fundamental rights enshrined in the IAHRs (with regard to both a substantial and a procedural point of view), and hence not only that of liberty and security, is tantamount to its ‘arbitrariness’ *tout court* – a definition which might seem broader than those provided by the other relevant international and regional instruments.

Among the conditions of arbitrariness, the lack of proportionality is intended in a wide sense, as it refers essentially to the balance to be established between the sacrifice imposed on the individual and the achievement of the aim pursued. Indeed, the Court enumerated the grounds by which a custodial measure—be it criminal or administrative—may be deemed to hold an arbitrary character. Notably, these conditions were firstly drafted by the Court in *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez*, a judgement concerning criminal proceedings – the findings therein are worth quoting at some length on this point:

---

<sup>208</sup> See *supra* note 164.

<sup>209</sup> See, *inter alia*, IACtHR. *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 21<sup>st</sup> November 2007, para. 91.

<sup>210</sup> IACtHR. *Gangaram-Panday v. Suriname*, Merits, Reparations and Costs. 21<sup>st</sup> January 1994, para. 47. Available at: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_16\\_ing.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_16_ing.pdf). Accessed on July 9, 2022.

‘Consequently, without prejudice to the legality of a detention, it is necessary in each case to assess the compatibility of the legislation with the Convention, understanding that this law and its application must respect the requirements enumerated below, in order to ensure that the measure is not arbitrary: i) that the purpose of measures that deprive or restrict a person’s liberty is compatible with the Convention; ii) that the measures adopted are appropriate for complying with the intended purpose; iii) that the measures are necessary, in the sense that they are absolutely indispensable for achieving the intended purpose and that no other measure less onerous exists, in relation to the right involved, to achieve the intended purpose. Hence, the Court has indicated that the right to personal liberty assumes that any limitation of this right must be exceptional; and iv) that the measures are strictly proportionate, so that the sacrifice inherent in the restriction of the right to liberty is not exaggerated or unreasonable compared to the advantages obtained from this restriction and the achievement of the intended purpose. Any restriction of liberty not based on a justification that allows an evaluation of whether it is in keeping with the conditions set out above will be arbitrary and, therefore, will violate Article 7(3) of the Convention’<sup>211</sup>.

This section is written *à la* Strasbourg – a list of parameters by which it may be inferred that a certain custodial measure is affected by arbitrariness is drafted. Nevertheless, the line of reasoning is evidently that of Luxembourg: the paramount importance given to the principle of necessity to be *in concreto* as well as the impact of less coercive measures are redolent of EU law (and, accordingly, of international law standards). Interestingly, the IACHR has offered a non-exhaustive list of alternatives to detention, such as GPS monitoring, bond or release<sup>212</sup>, which is similar to the catalogue provided for by relevant EU regulations<sup>213</sup>. It is worth recalling that in 2019, the IACHR—while urging OAS Member States to abolish *in toto* ‘the detention of migrants’ from domestic law—has upheld

---

<sup>211</sup> IACtHR. *Vélez Lóor vs. Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. 23<sup>rd</sup> November 2010, para. 166.

<sup>212</sup> IACHR. *Report on the Immigration in the United States: Detention and Due Process*. OEA/Ser.L/V/II., Doc. 78/10, 30<sup>th</sup> December 2010, para. 41.

<sup>213</sup> Article 8(4), Directive 2013/33/EU.

these very high standards to be met in the implementation of custodial measures *vis-à-vis* non-citizens, which is worth quoting:

‘No migrant shall be arrested, detained, or deprived of liberty in an arbitrary manner.

States shall take measures to eradicate the detention of migrants in law, public policy and practice. Until then, States shall ensure that detention is used only in accordance with and as authorized by law and only when determined to be necessary, reasonable in all the circumstances, and proportionate to a legitimate purpose. Detention shall occur only as a measure of last resort and shall last no longer than required by the circumstances<sup>214</sup>.

The IACtHR has issued several decisions in which the notion of arbitrary detention has been concretely shaped. Importantly, and in addition to the aforementioned criteria, the topic of the ‘quality’ of the domestic provision concerning the issuing of custodial measures is embodied within the ‘freedom from arbitrariness’ test (and not, as happened within the European legal framework within that of legality). Here, the approach endorsed by the IACtHR appears to be similar to that of the international law standards, where an overlapping between the two notions is well acknowledged. Some examples may be useful to understand the blurred approach *in parte qua*. For instance, the absence *in toto* of grounds or purposes for detention is a circumstance that, differently from the European *espace juridique*, leads to the conclusion that deprivation of liberty is arbitrary in the material case<sup>215</sup>. Analogously, a custodial measure is affected by arbitrariness where the relevant detention order is not adequately substantiated, to the point that it is impossible to ascertain the compliance with the principles of necessity and proportionality in

---

<sup>214</sup> IACHR. Inter-American Principles on the Human Rights of all Migrants, Refugees, Stateless Persons and Victims of Human Trafficking. Resolution no. 04/19, 7<sup>th</sup> December 2019, Principle 68, first and second paragraph.

<sup>215</sup> See, amongst other authorities, IACtHR. Torres Millacura y otros v. Argentina. 26<sup>th</sup> August 2011, para. 78 and the case-law cited therein. Available at: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_229\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_229_esp.pdf). Accessed on July 9, 2022.

the material case<sup>216</sup>. Finally, the Court has highlighted in *Yvon Neptune* that the blatant lack of competence of the judicial authority issuing the detention order may result in a deprivation of liberty which is, at once, ‘unlawful and arbitrary’<sup>217</sup>.

With regard to administrative detention, the IACtHR, as was to be expected, adopted the aforementioned principles *in casu*. Nevertheless, a higher standard has been set in several areas. In *Vélez Loor*, the Court argued that the lack of a maximum time limit for detention in the relevant domestic law is not keeping *per se* with Article 7(3) ACHR, as the provision at stake *de facto* may encourage foreigners’ prolonged detention, which becomes thus inherently arbitrary<sup>218</sup>. It seems, to me, according to the wording adopted, that this does hold true regardless of the fact that the applicant may have had access to an effective legal remedy to challenge the lawfulness of his deprivation of liberty<sup>219</sup> – when domestic law applies no limit to detention, the arbitrariness of the related custodial decisions is automatically acknowledged. This approach is evidently disruptive – detention of asylum seekers as designed by EU law might be deemed arbitrary as such, in the light of the IAHR standards, due to the lack of a maximum period of detention clearly provided for. Furthermore, an individual assessment upon the necessity *in concreto* of the measure at stake shall be conducted *before* the latter is implemented, thus avoiding the foreigners’ automatic deprivation of liberty<sup>220</sup>. This aspect is indeed implicitly mentioned in the Reception Directive<sup>221</sup>, while it has been

---

<sup>216</sup> IACtHR. *Barretto Leiva v. Venezuela*, Merits, Reparations and Costs. 17<sup>th</sup> November 2009, paras. 115-116. Available at: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_206\\_ing.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_ing.pdf). Accessed on July 9, 2022. See, by analogy, with regard to preventive detention, IACtHR. *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, Exceptiones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 21<sup>st</sup> November 2007, paras. 105 *et seq.*

<sup>217</sup> IACtHR. *Yvon Neptune v. Haiti*, Merits, Reparations and Costs. 6<sup>th</sup> May 2008, para. 100.

<sup>218</sup> IACtHR. *Vélez Loor vs. Panamá*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 23<sup>rd</sup> November 2010, para. 117.

<sup>219</sup> Cfr. *supra* note 188.

<sup>220</sup> IACtHR. *Vélez Loor vs. Panamá*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 23<sup>rd</sup> November 2010, para. 118.

<sup>221</sup> Article 8(2), Directive 2013/33/EU.

omitted in the Return Directive<sup>222</sup>, but it is noteworthy that such a duty has been cited *expressis verbis* within the IACtHR's case-law as a States' general obligation.

Nevertheless, a part of the arbitrariness test would appear to be more blurred with respect to the European legal framework. Whether detention measures *vis-à-vis* irregular migrants, the IACtHR argued in *Nadege Dorzema and Others*, had not been issued 'in order to carry out a procedure capable of determining the circumstances and legal status of the detainees, or even to conduct a formal immigration procedure for their deportation or expulsion', they will become arbitrary within the meaning of Article 7(3) ACHR<sup>223</sup>. Indeed, those assumptions might be redolent of the second limb of Article 5(1)(f) ECHR, which provides for the detention for the purpose of expulsion or extradition, on condition that the relevant proceedings are in progress and are prosecuted with 'due diligence' by the competent authorities<sup>224</sup>. As Costello rightly observed, notwithstanding with the fact that the latter provision does not require detention measures to be necessary *in concreto*, the 'due diligence test' entails that there must be a 'realistic prospect' of deportation of the individual concerned<sup>225</sup>. Such aspect is apparently lacking in the IACtHR's case-law on the matter. Yet, albeit indirectly, the fact that the competent authorities should act diligently to implement the relevant immigration proceedings while the alien is deprived of his liberty might be inferred from the requirement that any detention measure shall be necessary in the material case and shall last as short a period as possible. The same might hold true *vis-à-vis* the ground that there must also be a 'realistic prospect' of return/extradition of the person concerned, also considering the relevance of

---

<sup>222</sup> Nevertheless, the necessity of an individual assessment may be indirectly inferred by the *incipit* of Article 15, Directive 2008/115/EC insofar it provides that an irregular migrant may be deprived of his liberty 'unless other sufficient but coercive measures can be applied effectively in a specific case'.

<sup>223</sup> IACtHR. *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, Fondo, Reparaciones y Costas*. 24<sup>th</sup> October 2012, para. 134.

<sup>224</sup> See, recently, ECtHR. *Shikshaitov v. Slovakia*. App. nos. 56751/16 and 33762/17, 10<sup>th</sup> December 2020, para. 56 and the case-law cited therein.

<sup>225</sup> COSTELLO, Cathryn. Human Rights and the Elusive Universal Subject: Immigration Detention Under International Human Rights and EU Law. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Bloomington, v. 19, n. 1, p. 281, 2012.



the proportionality principle – in this regard, the UNHCR Guidelines set forth that ‘where justification is no longer valid, the [individual] should be released immediately’<sup>226</sup>.

It is noteworthy that the IACtHR’s line of reasoning differs also with the one of the CJEU in *Kadzoev*, where it was set out that deprivation of liberty under Article 15 of the Return Directive may be implemented by Member States ‘in order to ensure effective return procedures’ and, accordingly, may be ‘only maintained as long as removal arrangements are in progress and executed with due diligence’<sup>227</sup>. Otherwise, deprivation of liberty would become *ipso facto* arbitrary within the meaning of Article 6 of the Charter, read in conjunction with Article 5 ECHR. That being said, the poor wording of *Nadege Dorzema and Others* appears as an attempt of the IACtHR to be in keeping with minimum international law standards which do not expressly mention neither the requirement of due diligence, nor the fact that there shall be a realistic prospect of removal when custodial measures for the purpose of return/extradition are imposed.

### 3.3. ENHANCING HABEAS CORPUS RIGHTS IN THE IAHRs.

The application of a detention measures is not only a matter of substantive requirements, but very often procedural safeguards to control the lawfulness of detention play a key role in guaranteeing the fundamental rights of individuals. The robustness of the architecture of procedural safeguards, therefore, is an important element by which verifying whether, in a given legal system, the control of compliance with the substantive requirements for detention is effectively carried out in the material case. Broadly speaking, several international and regional instruments have devolved the role of overseers to judicial authorities, due to their inherent characteristics of impartiality and independence. Moreover, when it comes to administrative detention, procedural safeguards acquire even greater importance, as the custodial measure is ordered, in the first instance, by an administrative body (commonly, it may be a police or

---

<sup>226</sup> UNHCR. *Detention Guidelines*. 2012, para. 45.

<sup>227</sup> CJEU. Case C-357/09 PPU, Said Shamilovich Kadzoev (*Huchbarov*). ECLI:EU:C:2009:741, paras. 38 and 40.

a public security authority), unlike, for instance, what happens within criminal proceedings, where both pre-trial detention and detention following the conviction are imposed by the judicial authority (be it the judge for preliminary investigations or a court of merit).

All international instruments have accepted the importance of the right to judicial review of detention. This prerogative—i.e. the right to *habeas corpus*—is also acknowledged *vis-à-vis* those aliens who are subjected to administrative custodial measures, as it is sufficient that a deprivation of liberty occurs in the material case for this guarantee to be triggered. For instance, the provision of the ICCPR relating to this prerogative is Article 9(4) ICCPR, which reads as follows:

‘Anyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings before a court, in order that that court may decide without delay on the lawfulness of his detention and order his release if the detention is not lawful’.

This regulation shares exactly the same wording with Article 5(4) ECHR, except for the expression ‘without delay’. Analogously, neither Article 9(3) ICCPR nor Article 5(3) ECHR are relevant when migrants’ administrative detention measures are at stake, since they only deal with those judicial guarantees to be provided for when a deprivation of liberty has been implemented against an individual on the basis of a criminal charge<sup>228</sup>. Briefly, both the ICCPR and the ECHR provisions aim at guaranteeing the possibility to the person concerned to take proceedings in order to have the lawfulness of the detention measure at stake reviewed ‘speedily’ or ‘without delay’ before a court. The latter, which shall be independent from the parties in the material case as well as from the executive, shall decide upon the ‘lawfulness’ of the custodial measure and, whether the detention is found to be unlawful, shall be competent for ordering the release of the detainee. As is apparent, there

---

<sup>228</sup> In particular, Article 5(3) ECHR recalls, in turn, Article 5(1)(c) ECHR, the latter provision regulating the arrest or detention of a person ‘effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority on reasonable suspicion of having committed an offence or when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence or fleeing after having done so’, which is indeed one of the permissible grounds for detention.

is currently no provision which obliges States to provide an *automatic* system of judicial review, despite the several soft-law instruments which have urged Member States to do so<sup>229</sup>. Similarly, the relevant EU pieces of legislation provides for a judicial remedy for both irregular migrants and asylum seekers held in detention, with analogous characteristics, which is not automatic in nature, States having been let essentially unbound on this matter<sup>230</sup>.

The IAHRs approach on *habeas corpus* guarantees is very different, albeit it shares the aforementioned minimum standards. The very first provision which dealt with the issue was Article XXV, third paragraph, ADHR which reads as follows:

‘Every individual who has been deprived of his liberty has the right to have the legality of his detention ascertained without delay by a court, and the right to be tried without undue delay or, otherwise, to be released. He also has the right to humane treatment during the time he is in custody’.

Furthermore, Article 7(6) ACHR—which is the very *habeas corpus* provision of the Convention, similar to Article 5(4) ECHR—set forth that:

‘Anyone who is deprived of his liberty shall be entitled to recourse to a competent court, in order that the court may decide without delay on the lawfulness of his arrest or detention and order his release if the arrest or detention is unlawful. In States Parties whose laws provide that anyone who believes himself to be threatened with deprivation of his liberty is entitled to recourse to a competent court in order that it may decide on the lawfulness of such threat, this remedy may not be restricted or abolished. The interested party or another person in his behalf is entitled to seek these remedies’.

---

<sup>229</sup> See, *inter alia*, WGAD. Annual Report 2003. E/CN.4&2004/3, 15<sup>th</sup> December 2003, para. 86; WGAD. Annual Report 1997. E/CN.4/1998/44, 19<sup>th</sup> December 1997, para. 33(c); PACE COMMITTEE ON MIGRATION, REFUGEES AND POPULATION. Report on the detention of asylum seekers and irregular migrants. 11<sup>th</sup> January 2010, Doc. 12105, Appendix 1, para. 12; UNHCR. *Detention Guidelines*. 2012, para. 47.

<sup>230</sup> See Article 15(2)-(3), Directive 2008/115/EC and Article 8(3)-(4)-(5), Directive 2013/33/EU. These provisions constitute the tangible expression of the right to an effective remedy enshrined in Article 47 of the Charter.

So far, despite some differences in the wording adopted, the minimum standards for a judicial review in the IAHRs seem slightly analogous to those ensured within the European legal framework – there shall be a ‘judicial’ control, which must be not only formally laid down in domestic law but it shall be ‘effective’ *in concreto*<sup>231</sup>. Notably, the IACtHR has specified that the personal comparison of the detainee before the judge is an essential feature of the right to *habeas corpus*<sup>232</sup> as, differently from other legal frameworks, the latter is deemed to protect not only the individual’s personal liberty from the arbitrariness of States but also his physical integrity and his right to life<sup>233</sup>. This circumstance is absent in EU law, as well as in the international legal framework (when this issue is mentioned as a mere advice for States, and not as an obligation), while the settled ECtHR’s case-law has found that the physical presence of the prisoner before the judge is not mandatory in every context<sup>234</sup>.

Nevertheless, in the context of immigration detention, two aspects of the matter are profoundly different in respect of European legal systems, as the IACtHR has advocated a progressive approach upon the right to judicial review that every human being shall enjoy where his right to liberty is jeopardised.

A first divergence concerns the effectiveness of the right to *habeas corpus*. Indeed, as it is apparent, the guarantees provided by within the international/European legal framework may be hindered when, for instance, the migrant concerned does not take proceedings within the deadlines, indeed very short-term, which are almost always established in national law. This issue, so far, might prejudice also the whole

---

<sup>231</sup> IACtHR, *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. 28<sup>th</sup> August 2014, para. 376 and the case-law cited therein.

<sup>232</sup> IACtHR, *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. 21<sup>st</sup> November 2007, para. 129.

<sup>233</sup> IACtHR, *Habeas Corpus in Emergency Situations (Arts. 27(2), 25(1) and 7(6) American Convention on Human Rights)*. Advisory Opinion OC-8/87, 30<sup>th</sup> January 1987, para. 35. Available at: <https://bit.ly/3zbn33e>. Accessed on July 9, 2022.

<sup>234</sup> See e.g. ECtHR, *Bah v. The Netherlands (dec.)*. App. no. 35751/20, 22<sup>nd</sup> June 2021, paras. 37 and 44 and the case-law cited therein, and ECtHR, *Derungs v. Switzerland*. App. no. 52089/09, 10<sup>th</sup> May 2016, para. 75.

efficiency of the IAHRs, as Article 7(6) ACHR apparently sets out the same standards of Article 9(4) ICCPR and Article 5(4) – the assessment over the lawfulness of a detention measure is triggered *only at the request* of the migrant involved, provided that he shall be informed about the possibility to challenge the lawfulness of the detention order. In this regard, the evolutive approach of both the IACHR and the IACtHR is very relevant, as it calls into question the first limb of Article 7(5) ACHR which reads as follows: ‘Any person detained shall be brought promptly before a judge or other officer authorized by law to exercise judicial power...’. Since the second limb of such provision relates to criminal proceedings, one might think that the whole Article 7(5) ACHR applies only in that context, and hence its effectiveness should be excluded in administrative detention proceedings. Against this background, the IACtHR set forth that the ‘*control judicial inmediato*’ or ‘*la pronta intervencìon judicial*’<sup>235</sup>—and thus *automatic*, regardless a specific request made by the detainee in this regard—upon deprivation of liberty constitutes a legal mean aiming at avoiding unlawful and/or arbitrary detentions, in the light of the principles of the rule of law<sup>236</sup>, to the point that even custodial measures ordered by administrative authorities are subjected to the control foreseen in Article 7(5) ACHR<sup>237</sup>. In *Vélez Loor*, the Court clearly pointed out that, differently from European legal framework, an automatic judicial review is provided for *vis-à-vis* those foreigners deprived of their liberty *via* non-criminal means:

‘Unlike the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the American Convention does not set a limit on the exercise of the guarantee established in Article 7(5) of the Convention based on the reasons or circumstances under

---

<sup>235</sup> IACtHR, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, Fondo*, 19th November 1999, para. 135, available at: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_63\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf). Accessed on July 9, 2022.

<sup>236</sup> IACtHR. *Cabrera Garcia y Montel Florez vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. 26th November 2010, para. 93. Available at: <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Internacional/Casos/1.pdf>. Accessed on July 9, 2022.

<sup>237</sup> IACtHR. *López Álvarez vs. Honduras, Fondo, Reparaciones y Costas*. 1<sup>st</sup> February 2006, paras. 64 and 88.

which the person has been arrested or detained. Therefore, under the principle *pro persona*, this guarantee must be met whenever the person's detention or arrest is based on his or her migratory status, in accordance with the principles of judicial control and procedural immediacy. In order to establish a true mechanism of control in the face of unlawful and arbitrary detentions, the judicial review must be carried out promptly and in such a way as to guarantee compliance with the law and the detainee's effective enjoyment of his rights, taking into account his special vulnerability.<sup>238</sup>

The right to be brought promptly, and automatically, before a judicial authority is laid down in both Article 5(3) ECHR and Article 9(3) ICCPR and relates only to detainees involved in criminal proceedings, while the EU Charter does not contain a specific provision in this respect. Thus, the IAHRs—in extending this guarantee also to aliens placed in administrative detention—is *ictu oculi* enhancing their protection from unlawful or arbitrary deprivation of liberty, strengthening a crucial aspect of procedural safeguards.

A second difference may be found in the IAHRs' approach towards the acknowledgement of fair trial rights also to those foreigners whose liberty has been deprived, due to their status. Very briefly, Article 14 ICCPR and Article 6 ECHR deal with the right to a fair trial, but only, for the extent of this article<sup>239</sup>, when a criminal charge has been brought against an individual, and hence the latter provisions have never been deemed applicable to administrative detention cases. Differently, Article 8 ACHR, which is similarly labelled as 'right to a fair trial', discloses a universal character which enhances the protection of aliens against national powers. As laid down in Article 8(1) ACHR:

'Every person has the right to a hearing, with due guarantees and within a reasonable time, by a competent, independent,

<sup>238</sup> IACtHR. Vélez Loor vs. Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 23<sup>rd</sup> November 2010, para. 107.

<sup>239</sup> Notably, Article 47(2) of the Charter sets forth the right to a fair trial and, in principle, corresponds to Article 6(1) ECHR, as the CJEU found in *DEB* (CJEU. Case C-279/09, *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH v Bundesrepublik Deutschland*. ECLI:EU:C:2010:811, para. 32).

and impartial tribunal, previously established by law, in the substantiation of any accusation of a criminal nature made against him or for the determination of his rights and obligations of a civil, labor, fiscal, or any other nature’.

The IACHR has set forth that due process guarantees shall be secured to every person, despite his migration status<sup>240</sup>, without discrimination neither *ratione materiae* nor *ratione personae*<sup>241</sup>. While the other provisions of Article 8 ACHR relate explicitly to criminal proceedings, the wording just quoted provides ‘every person’ with fair trial rights, to the point that ‘Article 8(1) of the Convention also applies to the decision of administrative bodies’<sup>242</sup>. Thus, as Garcia recently pointed out, due process guarantees encompass those conditions that must be met to ensure the adequate defence of those whose rights are, broadly speaking, under judicial consideration<sup>243</sup>. It is noteworthy that the group of guarantees listed in Article 8(2) ACHR—which nominally refers only to criminal proceedings—has been embodied within the minimum guarantees of due process of law, and also applies in the determination of rights and obligations of a civil, labour, fiscal or any other nature, to the point that, in those matters, ‘the individual also has the overall right to the due process in criminal matters’<sup>244</sup>. *Inter alia*, it is worth mentioning the right to a hearing with due guarantees and without delay by an impartial tribunal, the right to prior notification, the right to linguistic assistance and the right to legal counsel<sup>245</sup> – conversely, the ECtHR suggested that

---

<sup>240</sup> IACtHR. *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, Fondo, Reparaciones y Costas*. 24th October 2012, para. 159.

<sup>241</sup> IACtHR. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03, 17<sup>th</sup> September 2003, para. 122.

<sup>242</sup> IACtHR. *Vélez Loor vs. Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. 23<sup>rd</sup> November 2010, para. 108.

<sup>243</sup> GARCÍA, Lila. *Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos sobre garantías del debido proceso en el control migratorio*. *Estudios de Derecho*, v. 77, n. 169, p. 124, 2020.

<sup>244</sup> See IACtHR. *Tribunal Constitucional vs. Perú, Merits, Reparations and Costs*. 31<sup>st</sup> January 2001, para. 70. Available at: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_71\\_ing.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_ing.pdf). Accessed on July 9, 2022.

<sup>245</sup> GARCÍA, Lila. *Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos sobre garantías del debido proceso en el control migratorio*. *Estudios de*

it is not always necessary that fair trial rights, as provided for in Article 6 ECHR, are to be guaranteed in non-criminal *habeas corpus* proceedings, albeit the latter shall hold a judicial character and ‘provide guarantees appropriate to the type of deprivation of liberty in question’<sup>246</sup>. As is apparent, a variable geometry of procedural rights may be foreseen in the European legal framework *vis-à-vis* aliens held in administrative detention, while the IAHRs seems to have circumscribed more precisely the features that every judicial proceeding shall respect.

Summarizing, regardless of his migratory status, every individual shall enjoy fair trial rights as both the IACHR<sup>247</sup> and the IACtHR<sup>248</sup> explicitly recognised. In administrative detention proceedings, consequently, the individual concerned shall enjoy an automatic judicial review upon his deprivation of liberty within a ‘fair trial’, in accordance with the grounds laid down in Article 8 ACHR.

#### 4. CONCLUDING REMARKS.

Since the end of the Second World War, regional systems have been significant actors within the world political and legal debate. Notably, one of their purposes consists in the effective protection of human rights and, to this end, all of them have shaped specific bodies to deal with this issue, more or less effective in *concreto*. The IAHRs approach on the matter makes no exception. Rejecting the principle of nationality, and reaffirming the universalism of fundamental rights, the ADHR and the ACHR led to the construction of a peculiar legal framework towards the rights of the individual, promoting a *pro persona* paradigm, thus making the latter the very focus of the whole IAHRs. As has been discussed

---

*Derecho*, v. 77, n. 169, p. 132 *et seq.*, 2020.

<sup>246</sup> See, *inter alia*, ECtHR. A. and Others v. The United Kingdom [GC]. App. no. 3455/05, 19<sup>th</sup> February 2009, para. 203 and the case-law cited therein.

<sup>247</sup> IACHR. Report on the Immigration in the United States: Detention and Due Process. OEA/Ser.L/V/II., Doc. 78/10, 30<sup>th</sup> December 2010, paras. 56-57. Notably, the Commission observed that ‘many of these guarantees are articulated in a language that is more germane to criminal proceedings’ (*ibid.*, para. 57 *in fine*).

<sup>248</sup> See, amongst other authorities, IACtHR. Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, Fondo, Reparaciones y Costas. 24<sup>th</sup> October 2012, para. 159.



below, both the IACHR and the IACtHR are making efforts to keep human rights standards in the Americas high-level, especially *vis-à-vis* migrants ‘as a vulnerable group’<sup>249</sup>.

If there is a broad and recognised need to ensure national prerogatives to States in managing migratory flows—a circumstance which is well-acknowledged also at international and European level—, the innovation, and the relevance, of the IAHRs influence in this area may be understood with specific regard to immigration detention discipline. As has been illustrated, administrative deprivation of liberty is ‘structured and understood as a “necessary adjunct” to State sovereignty’<sup>250</sup>, and OAS Member States have followed this general trend, largely implementing custodial measures through non-criminal proceedings against irregular aliens or applicants for international protection. Nearly always, it is not easy task to distinguish between a criminal detention from an administrative one although they deemed to be penalties implemented through the same means as the degree of deprivation of liberty is *de facto* the same, the punitive character of the latter measure might be apparent. Accordingly, the IACtHR has proved ready to accept that it may equally hold a punitive hue *in rerum natura*, while the European courts are silent on this point.

Overall, the focus of the Inter-American bodies can be said to have been more on the protection of individuals’ right to liberty, as enshrined both in the ADHR and the ACHR, than the preservation of national prerogatives. This may be seen as an unprecedented approach in this matter in the whole world. Among the most important innovations in the IAHRs approach upon administrative custodial measures for immigration purposes is, on the one hand, the firm refutation of routine-based detention systems and, at the same time, the promotion of an effective system of judicial guarantees *vis-à-vis* the prisoner. The consequences of this twofold position should not be under-stated, as they marked the opportunity to emphasise the dissonances among Europe and the Americas legal systems,

---

<sup>249</sup> GIUPPONI, Belen Olmos. Assessing the evolution of the Inter-American Court of Human Rights in the protection of migrants’ rights: past, present and future. *The International Journal of Human Rights*, v. 21, n. 9, p. 1495, 2017.

<sup>250</sup> BRYAN, Ian; LANGFORD, Peter. The Lawful Detention of Unauthorised Aliens under the European System for the Protection of Human Rights. *Nordic Journal of International Law*, v. 80, n. 2, p. 216, 2011.

through the lens of international law. Among them, the exceptionality principle advocated by IAHR bodies is to be appreciated, in that it reduces the possibility for States to deprive an individual of his personal liberty through a quasi-automatic resort to custodial tools. Analogously, the importance of the principle of legality and the protection from arbitrary detentions have been deemed very sensitive topics for both the IACHR and the IACtHR. Finally, the Inter-American system offers a strong protection of *habeas corpus* and fair trial rights, extending the latter prerogatives also to those individuals not involved in criminal proceedings. Taken together, all these features may render the IAHR an ‘intriguing new model’<sup>251</sup> for the development of new standards related to administrative detention of migrants. Although the rate of compliance with IACtHR decisions is very low<sup>252</sup>, there is no reason for European courts and legislatures not to look at the IAHR as a source of inspiration and, at the same time, as the demonstration that a different approach upon aliens’ deprivation of liberty policies is possible and, as a matter of fact, necessary.

## BIBLIOGRAPHY

ARNOLD, Samuel; HARRIS, John. What is arbitrary power? *Journal of Political Studies*, London, vol. 10, n. 1, p. 55, 2017.

ASTA, Francesca. Arbitrary Decision-making and the Rule of Law. The Role of the Jurisdictions in Migrants’ Detention Proceedings – Between Discretion and Arbitrariness. *Etikk I Praksis – Nordic Journal of Applied Ethics*, Trondheim, v. 14, n. 2, p. 109, 2020.

BRYAN, Ian; LANGFORD, Peter. The Lawful Detention of Unauthorised Aliens under the European System for the Protection of Human Rights. *Nordic Journal of International Law*, v. 80, n. 2, p. 193, 2011.

CAMPESI, Giuseppe. *La detenzione amministrativa degli stranieri. Storia, diritto, politica*. Roma: Carocci, 2012.

---

<sup>251</sup> CANTOR, David James-BARICHELLO, Stefania Eugenia. The Inter-American human rights system: a new model for integrating refugee and complementary protection? *The International Journal of Human Rights*, London, v. 17, n. 5-6, p. 702, 2013.

<sup>252</sup> Most recently, see IACtHR. Annual Report 2020, p. 77 *et seq.* Available at: <https://bit.ly/3ln0vUU>. Accessed on July 9, 2022.

CANDIA-FALCÓN, Gonzalo. El Estado de Derecho y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Dikaion*, v. 24, n. 2, p. 225, 2015.

CANTOR, David James-BARICHELLO, Stefania Eugenia. The Inter-American human rights system: a new model for integrating refugee and complementary protection? *The International Journal of Human Rights*, London, v. 17, n. 5-6, p. 689, 2013.

CONTE, Alex; BURCHILL, Richard. *Defining Civil and Political Rights: The Jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee*. London: Routledge, 2016.

COSTELLO, Cathryn. Human Rights and the Elusive Universal Subject: Immigration Detention Under International Human Rights and EU Law. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Bloomington, v. 19, n. 1, pp. 257-303, 2012.

COSTELLO, Cathryn. Immigration Detention: The Ground Beneath Our Feet. *Current Legal Problems*, Oxford, v. 68, n. 1, pp. 143-177, 2015.

DEMBOUR, Marie-Bénédicte. *When Humans Become Migrants*. Oxford: Oxford University Press, 2015.

DEMBOUR, Marie-Bénédicte. The Migrants Case-law in the European Court of Human Rights: Critique and Way Forward, in ÇALI, Başak; BIANCU, Ledi; MOTOC, Iulia (eds.). *Migration and the European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2021, p. 17.

EDWARDS, Alice. Back to Basics: The Right to Liberty and Security of Person and “Alternative to Detention” of Refugees, Asylum-Seekers, Stateless Persons and Other Migrants. April 2011.

ENGSTROM, Par. Human Rights: Effectiveness of International and Regional Mechanisms. *Oxford Research Encyclopaedia of International Studies*, Oxford, 22 December 2017.

ENGSTROM, Par; HILLEBRECHT, Courtney. Institutional change and the Inter-American Human Rights System. *The International Journal of Human Rights*, London, v. 22, n. 9, p. 1111, 2018.

GARCÍA, Lila. Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos sobre garantías del debido proceso en el control migratorio. *Estudios de Derecho*, v. 77, n. 169, p. 124, 2020.

GIUPPONI, Belen Olmos. Assessing the evolution of the Inter-American Court of Human Rights in the protection of migrants’ rights: past, present and future. *The International Journal of Human Rights*, v. 21, n. 9, p. 1477, 2017.

HERNÁNDEZ, Joel. Inter-American standards on migration, asylum and refugee law. *University of Vienna Law Review*, v. 2, n. 2, p. 198, 2018.

HRC. General Comment No. 27: Article 12 (Freedom of Movement). UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, 2<sup>nd</sup> November 1999.

HRC. General Comment No. 35. Article 9 (Liberty and security in person). CCPR/C/GC/35, 16<sup>th</sup> December 2014.

HUNEEUS, Alexandra; RASK MADSEN, Mikael. Between universalism and regional law and politics: A comparative history of the American, European, and African human rights systems. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 16, n. 1, p. 136, 2018.

LASAGNI, Giulia. *Banking Supervision and Criminal Investigation: Comparing the EU and US Experiences*. Cham: Springer, 2019.

MAJCHER, Izabella; FLYNN, Michael; GRANGE, Mariette. *Immigration Detention in the European Union. In the Shadow of the “Crisis”*, Cham: Springer, 2020.

MASON, Ashley. Interpretation of the American Convention in Latin America: The Impact of the Inter-American Court of Human rights' decision in *Vélez Loor v. Panama* on irregular migrant rights. *Law and Business Review of the Americas*, v. 18, n. 1, p. 71, 2012.

MUGWANYA, George William. Realizing Universal Human Rights Norms Through Regional Human Rights Mechanisms: Reinvigorating the African System. *Indiana International & Comparative Law Review*, Indianapolis, v. 10, n. 1, p. 35, 1999.

O'NIONS, Helen. No Right to Liberty: The Detention of Asylum Seekers for Administrative Convenience. *European Journal of Migration and Law*, Leiden, v. 10, n. 2, p. 149, 2008.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES (OAS). Charter of the Organisation of American States, 30 April 1948.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES (OAS). Inter-American Democratic Charter. 11 September 2011.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES (OAS). Inter-American Convention against all Forms of Discrimination and Intolerance. 6<sup>th</sup> May 2013.

PACE COMMITTEE ON MIGRATION, REFUGEES AND POPULATION. Report on the detention of asylum seekers and irregular migrants. 11<sup>th</sup> January 2010, Doc. 12105, Appendix 1.

PALLADINO, Rossana. *La detenzione dei migranti. Regime europeo competenze statali diritti umani*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2018.

SHAVER, Lea. The Inter-American Human Rights System: An Effective Institution for Regional Rights Protection. *Washington University Global Studies Law Review*, Washington, v. 9, n. 4, p. 639, 2010.

UN GENERAL ASSEMBLY. Regional arrangements for the promotion and protection of human rights, 16<sup>th</sup> December 1977, A/RES/32/127.

UN GENERAL ASSEMBLY. Resolution A/RES/54/166 on 'Protection of Migrants'. 24<sup>th</sup> February 2000.

UN GENERAL ASSEMBLY. Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, Mr. Jorge Bustamante. 65<sup>th</sup> Session, 3<sup>rd</sup> August 2010, A/65/222.

UNHCR. *Detention Guidelines*. 2012, paras. 18-41.

WESTON, Burns; LUKES, Robin Ann; HNATT, Kelly. Regional Human Rights Regimes: A Comparison and Appraisal. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Nashville (TX), v. 20, n. 4, p. 585, 1987.

WGAD. Annual Report 1997. E/CN.4/1998/44, 19<sup>th</sup> December 1997.

WGAD. Annual Report 2003. E/CN.4/2004/3, 15<sup>th</sup> December 2003.

### **Authorship information**

*Lorenzo Bernardini*. Postdoctoral Researcher in Criminal Law (Faculté de Droit, d'Économie et de Finance (FDEF), University of Luxembourg. PhD in Global Studies (Dipartimento di Giurisprudenza (DiGiur), University of Urbino/IT. [lorenzo.bernardini@uni.lu](mailto:lorenzo.bernardini@uni.lu)

### **Additional information and author's declarations (scientific integrity)**

*Conflict of interest declaration:* the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

*Declaration of authorship:* all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

*Declaration of originality:* the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; he also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

### Editorial process dates

(<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 11/07/2022
- Desk review and plagiarism check: 30/07/2022
- Review 1: 05/09/2022
- Review 2: 06/09/2022
- Preliminary editorial decision: 07/09/2022
- Correction round return: 16/09/2022
- Final editorial decision: 10/10/2022

### Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 1 (CRG)
- Reviewers: 2

### HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

BERNARDINI, Lorenzo. "Criminal or nay?" Migrants' administrative detention within the IAHRs: lessons (not) learned by Europe. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, n. 3, p. 1537-1604, set./dez. 2022. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i3.732>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.

**Processo Penal em  
Perspectiva Interdisciplinar**






# Discriminación en la persecución penal. Acerca de las diferencias entre delitos intracarcelarios y delitos cometidos fuera de prisión.<sup>1</sup>

*Discrimination in criminal prosecution. On the differences between crimes committed in prison and crimes committed outside prison.*

**Jörg Alfred Stippel<sup>2</sup>**

Universidad Central de Chile – Santiago/Chile


jorg.stippel@ucentral.cl

 <http://orcid.org/0000-0002-8465-7020>

**Paula Medina González<sup>3</sup>**

Universidad Central de Chile – Santiago/Chile

pmedinag@ucentral.cl

 <https://orcid.org/0000-0001-8356-3025>

---

**RESUMEN:** El presente artículo aborda la problemática de la persecución penal de los delitos intracarcelarios a la luz del principio de igualdad ante la ley y no discriminación. Nos preguntamos: ¿la reacción institucional

- 
- <sup>1</sup> Este trabajo forma parte del proyecto Fondecyt Regular N° 1211531: “*Persecución penal de delitos intracarcelarios y la protección de sus víctimas y testigos en Chile: características y factores que inciden en su eficacia y calidad*” (2021- 2023), financiado por la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo de Chile (ANID). El presente artículo expone una primera parte de esta investigación, dejando para documentos posteriores el estudio de los factores explicativos de las diferencias que aquí se describen.
  - <sup>2</sup> Doctor en Derecho, Universidad de Bremen. Docente e Investigador de la Universidad Central de Chile.
  - <sup>3</sup> Magíster en Criminología, Universidad Central de Chile; Magíster en Métodos para la Investigación Social, Universidad Diego Portales. Docente e Investigadora de la Universidad Central de Chile.

frente a delitos en que la víctima es una persona privada de libertad, alcanza el mismo estándar que aquella frente a delitos que ocurren fuera de la cárcel? Para ello, comparamos los resultados de investigaciones criminales realizadas por la Fiscalía de Chile, en un período de 12 años, respecto de delitos de homicidios, lesiones y sexuales, intra y extracarcelarios. Las conclusiones indican que existe una desigualdad en la respuesta institucional que reciben los delitos cometidos dentro de la cárcel, y que esta diferencia implica una discriminación fáctica hacia las víctimas privadas de libertad que resulta en mayores niveles de impunidad, y que les convierte en víctimas de segunda clase.

**PALABRAS CLAVES:** Violencia carcelaria; delitos intracarcelarios; víctimas privadas de libertad; persecución penal; principio de igualdad y no discriminación.

**ABSTRACT:** *This article addresses the issue of criminal prosecution of crimes within prisons in light of the principle of equality before the law and non-discrimination. We ask whether the institutional answer to crimes where the victim is a person deprived of liberty reaches the same standard as that for crimes that occur outside prison. To this end, we compare the results of criminal investigations carried out by the Chilean Public Prosecutor's Office over a 12-year period with respect to homicides, injuries and sexual violence, both inside and outside of prison. The conclusions indicate that there is an inequality in the institutional response to crimes committed inside prison, and that this difference implies a factual discrimination against victims deprived of liberty, which makes them second-class victims.*

**KEYWORDS:** *Prison violence; prison crimes; prisoner victims; criminal prosecution; principle of equality and non-discrimination.*

**SUMARIO:** Introducción. I. Aspectos conceptuales. I.1. Criterios e indicadores de evaluación del sistema penal. I.2. La selectividad del sistema I.3. Personas privadas de libertad como grupo en situación de vulnerabilidad. II. Resultados del estudio. II.1 Metodología. II.2. Resultados. II.2.1. En cuanto a los tipos de salidas. II.2.2. En cuanto a la selectividad del sistema penal. Conclusiones.

---

## INTRODUCCIÓN

Raras veces se describe o considera a las personas privadas de libertad como “víctimas de delito”.<sup>4</sup> Lo que se releva ocasionalmente en los medios de comunicación son las riñas o muertes que ocurren en las cárceles. Personas que han fallecido por ataques de otras personas privadas de libertad<sup>5</sup> o aquellos que han quedado con secuelas físicas y psíquicas que les van a marcar de por vida. Los medios generalmente cubren el “espectáculo” que representan las armas usadas para defenderse, acuchillarse o matarse. Un espectáculo a menudo promovido por la propia administración penitenciaria al exhibir los instrumentos decomisados. Pocos se preguntan si esto viola normas penales o si se inician investigaciones criminales por estos hechos y cuáles son sus resultados.<sup>6</sup> Lo que aún predomina en la práctica carcelaria y la cultura jurídica<sup>7</sup> de América Latina es la idea del purgatorio.<sup>8</sup> Neumann (†) percibe que a las cárceles latinoamericanas “no se va a cumplir un castigo sino a ser castigado diaria y continuamente”.<sup>9</sup>

En Chile, se han desarrollado estudios principalmente descriptivos sobre la violencia carcelaria, que se remiten a constatar aquello que parece

---

<sup>4</sup> El Código Procesal Penal chileno (en adelante, CCP) considera víctima al “ofendido por el delito” enunciando las distintas categorías en el artículo 108.

<sup>5</sup> Según datos de Gendarmería de Chile, entre 2006 y 2016, murieron 1.646 personas en las cárceles a nivel nacional, casi un 30% (488) fueron por agresiones de parte de otras personas encarceladas (información obtenida vía Ley de Transparencia, N° 2650, 25 de septiembre de 2017).

<sup>6</sup> Véase videos en: LA CUARTA (22.07.2018) o reportajes en prensa escrita: LA TERCERA (09.12.2018).

<sup>7</sup> Sobre el concepto de “cultura jurídica” ver: SQUELLA, Agustín. *Filosofía del Derecho*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001, pp. 497-581.

<sup>8</sup> Trajtenberg y Sánchez de Ribera señalan que “en la región latinoamericana, la violencia en prisiones, lejos de ser un hecho sorprendente, es una consecuencia natural”. TRAJTENBERG, Nicolás y SÁNCHEZ DE RIBERA, Olga. Violencia en instituciones penitenciarias. Definición, la medición y la explicación del fenómeno. *Revista de Ciencias Sociales*, Montevideo, v. 32, n. 45, pp. 147-175, 2019. <https://doi.org/10.26489/rvs.v32i45.6> p. 149.

<sup>9</sup> NEUMAN, Elías. El abuso de poder en las cárceles latinoamericanas. Disponible en: <https://www.ehu.es/documents/1736829/2029681/08+-+Abuso+poder+carceles.pdf> Acceso en: 10 sept. 2021. p. 54.

obvio y *propio* de la cárcel.<sup>10</sup> Lo que aún no existe son investigaciones acerca de la respuesta institucional a esta criminalidad.<sup>11</sup> Sobre este aspecto desarrollamos el presente trabajo. Partimos de la base que la criminalidad, cualquiera sea el contexto en que se produzca y las personas a quienes afecte, está interrelacionada con la respuesta que se le otorga. Hasta cierto grado, las respuestas penales “modelan” la criminalidad. No solo porque las instituciones registran y procesan selectivamente los delitos, sino porque su propia acción también constituye un factor explicativo de la forma que adquiere dicha criminalidad.<sup>12</sup> Si la respuesta forma parte del problema, se hace aún más necesario estudiar las características de dicha respuesta. Asimismo, estudios sobre violencia carcelaria han demostrado que los menores niveles de violencia dicen relación -entre otros factores- con la percepción de legitimidad que las personas privadas de libertad tienen acerca de las autoridades y funcionarios penitenciarios, la que depende, a su vez, de la apreciación que tienen del respeto y la equidad con que son tratadas por estas autoridades y funcionarios.<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup> En el año 2013, 21% de las personas privadas de libertad habían sufrido maltrato físico por parte de pares y un 34% maltrato psicológico. SANHUEZA, Guillermo; SMITH, M. Ángeles y VALENZUELA, Victoria. Victimización física entre internos en cárceles chilenas: una primera exploración. *Revista Trabajo Social*, Santiago, n. 88, pp. 61-73, 2015. <https://doi.org/10.7764/rts.88.61-74> p. 67. A nivel comparado, entre seis países de América Latina, arrojó que Chile es el país donde más personas declaran ser golpeadas al interior de la cárcel, cerca del 26%. SÁNCHEZ, Mauricio y PIÑOL, Diego. *Condiciones de vida en los centros de privación de libertad en Chile*. Instituto de Asuntos Públicos, Universidad de Chile, 2015. p. 33.

<sup>11</sup> En cambio, en el caso inglés, por ejemplo, Liebling cuestiona la legitimidad del sistema carcelario analizando diferentes tipos de muertes en prisión y su respuesta institucional. LIEBLING, Alison. The Meaning of Ending Life in Prison. *Journal of Correctional Health Care*, v. 23, n. 1, pp. 20-31, 2017. <https://doi.org/10.1177/1078345816685070>

<sup>12</sup> Las instancias de control del delito pueden ser instituciones etiquetadoras que no hacen más que agravar los problemas de la sociedad y de los que están fuera de ella. Ver: KUNZ, Karl-Ludwig y SINGELNSTEIN, Tobias. *Kriminologie*, séptima edición. Bern: UTB, 2017, pp. 168 y ss. Para un análisis de esta teoría, ver: GRATTEY, Ryken. Societal Reactions to Deviance. *Annual Review of Sociology*, n. 37, pp. 185-204, 2011. <https://doi.org/10.1146/annurev-soc-081309-150012>

<sup>13</sup> JACKSON, Jonathan; TYLER, Tom R.; BRADFORD, Ben; TAYLOR, Dominic y SHINER, Mike. Legitimacy and procedural justice in prisons. *Prison service*

Es en este contexto que problematizamos la igualdad ante la ley y un posible déficit en la reacción institucional cuando la víctima es una persona privada de libertad. Para ello, comparamos los resultados de investigaciones criminales desarrolladas en el mundo libre con aquellas realizadas dentro de recintos carcelarios. Nos enfocamos en tres categorías de delitos de especial gravedad: homicidios<sup>14</sup>, delitos sexuales y lesiones. Nos interesa saber si: ¿la reacción institucional frente a delitos en que la víctima es una persona privada de libertad, alcanza el mismo estándar que aquella frente a delitos que ocurren fuera de la cárcel? La hipótesis es que existe una desigualdad en la respuesta institucional que reciben los delitos cometidos dentro y fuera de una cárcel, y que esta diferencia implica una discriminación fáctica hacia las víctimas intracarcelarias que resulta en mayores niveles de impunidad.

En la primera parte de este trabajo, revisamos los aspectos conceptuales e identificamos criterios e indicadores, que nos permiten luego contrastar los datos sobre los resultados de las investigaciones dentro y fuera de las cárceles. En las conclusiones discutimos las implicancias de los hallazgos y esbozamos posibles explicaciones.

## I. ASPECTOS CONCEPTUALES

### I.1. CRITERIOS E INDICADORES DE EVALUACIÓN DEL SISTEMA PENAL

En Chile, se han desarrollado distintos trabajos cuyo propósito ha sido examinar los resultados y el impacto de la implementación de la

---

*journal*, n. 191, pp. 4-10, 2010.

<sup>14</sup> “El número de muertes en prisión también es un indicador del funcionamiento del sistema penitenciario. En especial, más allá de que no hay sistema de convivencia institucional que destierre totalmente la violencia, las muertes violentas en un ámbito supuestamente controlado, suelen reflejar deficiencias severas en el nivel de la intervención técnica y programática del lugar”. COMISIONADO PENITENCIARIO. Informe especial sobre muertes en custodia en 2016. p. 11 (punto 20). Ver también: TOMCZAK, Philippa y MCALLISTER, Sue. Prisoner death investigations: a means for improving safety in prisons and societies? *Journal of Social Welfare and Family Law*, v. 43, n. 2, pp. 212-230, 2021. <https://doi.org/10.1080/09649069.2021.1917714> pp. 214 y ss.

reforma procesal penal (2005).<sup>15</sup> Allí se ha debatido sobre cuáles son los indicadores más idóneos para realizar esta evaluación. Conceptos como calidad, eficacia, efectividad y eficiencia de la persecución penal, han sido parte de estas discusiones.<sup>16</sup> También han surgido críticas a esta forma de “medición”, ya que algunos de estos indicadores podrían terminar distorsionando<sup>17</sup> los objetivos declarados del proceso de reforma, tales como la consolidación del sistema constitucional y democrático.<sup>18</sup> En otros contextos, autores como Díez Ripollés han propuesto analizar los sistemas de control penal desde la perspectiva de la “exclusión social que producen sobre aquellos colectivos que entran en conflicto con la ley penal”.<sup>19</sup> Lacey,

<sup>15</sup> Baytelman y Duce, dividen las salidas del Ministerio Público en tres categorías: desestimaciones, soluciones y otras. Para ellos, las “soluciones” (facultad de no investigar, sentencias condenatorias y absolutorias, sobreseimiento definitivo, suspensión condicional y acuerdo reparatorio) constituyen salidas de calidad, ya que requieren de control judicial. BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio. *Evaluación de la reforma procesal penal: estado de una reforma en marcha*. Santiago: Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, 2003. pp. 232 y ss. Ver también: DUCE, M. Desafíos en la persecución de delitos comunes en Chile: reflexiones a partir de una investigación empírica. *Revista Sistemas Judiciales*, n. 15, pp. 36-48, 2010. pp. 41 y ss.

<sup>16</sup> Fandiño *et al.* señalan que la calidad dice relación con que el resultado satisfaga a la mayor cantidad de intervinientes y que se logre así una solución al conflicto. Una condena solo podría ser un resultado de calidad para la Fiscalía, pero no para la Defensoría, cuyo resultado de calidad sería la absolución. Desde su perspectiva, pareciera ser que los casos son “de las instituciones”, pues estas consiguen salidas de calidad o no y son “su” conflicto. Cabe preguntarse ¿si el Ministerio Público debería tener un interés institucional en conseguir condenas? Pareciera que el sistema penal no busca principalmente resolver un conflicto o “producir justicia”, sino sirve también como tribuna para alcanzar metas institucionales. FANDIÑO, Marco; RUA, Gonzalo; MORENO, Leonardo y FIBLA, Gonzalo; Arellano, Jorge (Dir). *Desafíos de la reforma procesal penal en Chile: análisis retrospectivo a más de una década*. Santiago: CEJA, 2017.

<sup>17</sup> Como señala Campbell, cuanto más utilizado sea un determinado indicador social cuantitativo para la toma de decisiones, mayor será la presión a la que estará sujeto y más probable será que corrompa y distorsione los procesos sociales que, se supone, debería monitorear. CAMPBELL, Donald. Assessing the impact of planned social change. *Evaluation and Program Planning*, v. 2, n. 1, 1979, pp. 67-90, 1979. [https://doi.org/10.1016/0149-7189\(79\)90048-X](https://doi.org/10.1016/0149-7189(79)90048-X)

<sup>18</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Mensaje del Código Procesal Penal, 1995, p. 1.

<sup>19</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis y GARCÍA, Elisa. RIMES: Un instrumento de comparación de políticas criminales nacionales desde la exclusión social. *Revista*

por su parte, propone llevar el análisis a un nivel superior, más allá del funcionamiento de las instituciones. Se pregunta por las condiciones que hacen posible que las prácticas de la justicia penal se produzcan en un marco de valores de moderación penal o inclusión. Para él, la humanidad, la equidad y la eficacia con la que un gobierno gestiona su sistema de justicia penal es un índice clave del estado de una democracia.<sup>20</sup>

El Ministerio Público de Chile recoge estas ideas en su Política Nacional de Persecución Penal. Pretende dar respuesta a “las exigencias de una mayor certeza jurídica y de igualdad en el trato” que deberían recibir las y los ciudadanos involucrados en un proceso penal. Esa certeza e igualdad debería guiar el actuar del Ministerio Público y “consecuencialmente el de las policías y otros actores auxiliares vinculados a estos procedimientos“. Por ello, se define como principio que “en todas las actuaciones del Ministerio Público en las diversas etapas del proceso penal se deberá velar por la igualdad ante la ley“.<sup>21</sup> Interesa indagar entonces, hasta qué punto se garantiza la igualdad ante la ley de las personas privadas de libertad.<sup>22</sup> Esa igualdad debería tener su reflejo en “todas las actuaciones”, es decir en las prácticas de persecución penal.

En nuestro análisis consideramos además una idea de Lorca, quien relaciona la falta de igualdad ante la ley en materia penal al tema de la impunidad. Entiende que hay impunidad en “sentido fuerte” cuando los delitos no son perseguidos, condenados o castigados, porque las víctimas

---

*Política Criminal*, Santiago, v. 15, n. 30, pp. 670-693, 2020. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992020000200670>

<sup>20</sup> LACEY, Nicola. Criminal Justice and Democratic Systems: Inclusionary and Exclusionary Dynamics in the Institutional Structure of Late Modern Societies. *Center for European Studies Working Paper Series*, n. 148, pp. 1-38, 2007. <http://aei.pitt.edu/9016/1/lacey.pdf> p. 3. En un sentido similar, en la obra *el Espíritu de las leyes* (publicada en 1748), se afirma que “en estado natural, los hombres nacen iguales, pero no podrían conservar esta igualdad. La sociedad se la hace perder, y no volverán a ser iguales si no es en virtud de las leyes”. MONTESQUIEU (1689-1755). *Del espíritu de las leyes*. Madrid: Alianza Editorial, 2015. Libro VIII, Capítulo III, p. 100.

<sup>21</sup> FICALÍA DE CHILE. *Política Nacional de Persecución Penal*. pp. 6-20.

<sup>22</sup> Montesquieu opinaba también que “en las Monarquías y en los Estados despóticos nadie aspira a la igualdad; ni siquiera se le ocurre a nadie semejante idea; cada individuo tiende a la superioridad”. MONTESQUIEU (1689-1755). *Del espíritu de las leyes*. Madrid: Alianza Editorial, 2015. Capítulo IV, p. 43.

pertenecen a un grupo de personas consideradas “menos importantes”. Un ejemplo sería la investigación de los delitos cometidos contra personas privadas de libertad. Advierte que, en estos casos, se crea una categoría de ciudadanos de segunda clase y eso por “una cuestión de facto y no de iure”. Le preocupa que el hecho de que algunas personas estén por sobre o por debajo del alcance de la ley “pervierte nuestra idea de legalidad y la experiencia de vivir en un Estado de Derecho”.<sup>23</sup> Analizaremos si en los delitos intracarcelarios existe esa impunidad en “un sentido fuerte”, es decir, si las personas privadas de libertad son tratadas como ciudadanos de segunda clase.

Por lo expuesto, el foco de nuestro trabajo está en el tema de la igualdad y la no discriminación. En base a los datos analizados no emitimos juicios sobre la eficacia o eficiencia del sistema, ni sobre los niveles de exclusión social que este produce o profundiza. Queremos saber si la persecución penal de delitos intracarcelarios muestra resultados distintos que los que se obtienen en investigaciones fuera de la cárcel, respecto de los mismos delitos. Ello sería un indicador de una posible desigualdad y discriminación con la que el sistema de justicia penal “procesa” hechos cuando se trata de víctimas intracarcelarias generando de facto mayores niveles de impunidad.

## 1.2. LA SELECTIVIDAD DEL SISTEMA

Un posible trato desigual puede verificarse en base al análisis del funcionamiento práctico de la selectividad del sistema de justicia penal.<sup>24</sup> En los hechos todo sistema penal es inevitablemente selectivo.

<sup>23</sup> LORCA, Rocío. ¿Cuál es el problema con la impunidad? una aproximación no punitivista. En: BEADE, Gustavo; BRACANCCINI, Fernando y MOLLIS, Santiago (eds.), *Castigo, Proceso y Teoría Política*, Santiago: Editorial Marcial Pons, 2021 (en prensa). Punto III.

<sup>24</sup> En un estudio que analiza decisiones de archivo de causas penales, Pásara observa que en el Ministerio Público existe variedad y dispersión de criterios para desestimar los casos, arbitrariedad en la elección de salidas e incentivos perversos que focalizan la persecución en aquellos casos en que resulta fácil concluir. PÁSARA, Luis. *La justicia en la región andina*. Miradas de cerca a Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 120-125, 2015.



Dicha selectividad es inherente a las limitaciones operacionales de las instituciones del poder punitivo, por cuestiones de capacidad tecnológica y disponibilidad de recursos humanos, entre otras. Así, la aplicación del derecho penal queda reducida a un grupo de personas que son seleccionadas a través de los denominados procesos de criminalización.<sup>25</sup> La criminología crítica ha evidenciado que dicha selectividad se vincula a condiciones macro estructurales, vinculadas con procesos de exclusión social hacia determinados grupos históricamente desaventajados. Así, la actuación del sistema de justicia reproduciría las desigualdades sociales existentes.<sup>26</sup> Sin perjuicio de ello, Nelken plantea, en referencia al caso italiano, que el proceso penal actúa en sí mismo como una variable independiente o semi autónoma respecto de la punitividad de un sistema penal, y no solo como un medio o una variable que depende de factores económicos y políticos más amplios. Así, recuerda que la pregunta clave es ¿cómo los diferentes sistemas construyen y operan esta selectividad a lo largo del tiempo?<sup>27</sup> Binder, por su parte, afirma que a menudo se produce “una especie de ‘selección natural’ de los casos, de tal modo que solo los que tienen recursos, tenacidad o paciencia pueden seguir adelante”, y que “las condiciones del trámite o de la organización” pueden imponer “criterios arbitrarios de selectividad que nadie controla”.<sup>28</sup>

Siguiendo a Nelken y Binder, entendemos que el proceso penal junto con el funcionamiento de sus instituciones puede ampliar o reducir la selectividad del sistema y esto puede ser de manera arbitraria<sup>29</sup>, ya que

---

<sup>25</sup> BECKER, Howard. *Outsiders: hacia una sociología de la desviación*. New York: Press of Glencoe, 1963. p. 163.

<sup>26</sup> BARATTA Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. Introducción a la sociología jurídico-penal. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2004. pp. 173 y ss.

<sup>27</sup> NELKEN, David. Comparative Criminal Justice Beyond Ethnocentrism and Relativism. *European Journal of Criminology*, v. 6, n. 4, pp. 291-311, 2009. <https://doi.org/10.1177/1477370809104684> p. 301 y ss.

<sup>28</sup> BINDER, Alberto. ¿Cómo y sobre qué debe rendir cuentas el sistema judicial? *Revista Sistemas Judiciales*, n. 15, pp. 88-102, 2009. p. 91.

<sup>29</sup> Antes de la reforma procesal penal, también el legislador chileno percibía que la selectividad del sistema penal era discriminatoria, reproduciendo la estratificación social y “afectando sólo a los sectores sociales más vulnerables”. Para superarla se creó el Ministerio Público a fin de que pudiera “en base a criterios político criminales explícitos y sometido a estrictos controles

no se trata de un factor neutro u objetivo per se. Es en ese sentido que analizamos el funcionamiento de los distintos mecanismos procesales que estructuran y guían la selectividad del sistema. Nos interesa ver si los resultados de su aplicación, la práctica institucional de su uso, indican que podría existir un trato discriminatorio hacia las personas privadas de libertad, y si los datos permiten pensar que esa selección podría ser arbitraria y contraria a la igualdad. Cabe señalar que, tradicionalmente, la selectividad del sistema de justicia penal ha sido analizada desde el punto de vista de las personas o grupos que son criminalizados por la acción de dicho sistema. En este caso, analizamos la selectividad desde el punto de vista de las personas victimizadas, para verificar si también allí operan mecanismos de discriminación.

### 1.3. PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD COMO GRUPO EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD

Las personas privadas de libertad forman parte de uno de los denominados grupos en situación de vulnerabilidad.<sup>30</sup> Esto significa que poseen una menor “capacidad para sobrevivir, resistir y recuperarse del impacto de un peligro o amenaza”<sup>31</sup>, como podría ser una victimización delictiva. Por lo tanto, el daño que genera esta victimización será probablemente más intenso que el que experimentaría una persona

---

de responsabilidad conducir la selectividad del sistema penal hacia la criminalidad más lesiva”. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Mensaje del Código Procesal Penal. 1995, p. 4.

<sup>30</sup> Según las Reglas de Brasilia (Regla 22) “la privación de la libertad, ordenada por autoridad pública competente, puede generar dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia el resto de derechos de los que es titular la persona privada de libertad, especialmente cuando concurre alguna causa de vulnerabilidad enumerada en los apartados anteriores” (edad, discapacidad, pertenencia a comunidades indígenas, victimización, migración y desplazamiento interno, pobreza, género, pertenencia a minorías). Cabe señalar, siguiendo a Osorio, que la vulnerabilidad no es un estado, sino una situación en proceso que puede cambiar. OSORIO, Oscar. Vulnerabilidad y vejez: implicaciones y orientaciones epistémicas del concepto de vulnerabilidad. *Intersticios sociales*, n. 13, pp. 1-34, 2017. <https://doi.org/10.55555/IS.13.112> pp. 3 y 4.

<sup>31</sup> WISNER, Ben; BLAIKIE, Piers; CANNON, Terry y DAVIS, Ian. *At risk: natural hazards, people's vulnerability and disasters*. Londres: Routledge, 2004. p. 11.

no privada de libertad ante igual situación. Esta capacidad reducida de respuesta, no dice relación necesariamente con un déficit psicológico, *individual*, ya que la vulnerabilidad es un concepto relacional, es decir, depende de la interacción de características personales y sociales.<sup>32</sup> En este caso, la vulnerabilidad surge de la interrelación entre factores individuales y la condición misma de privación de libertad, que coloca a estas personas en el lugar del subalterno y oprimido<sup>33</sup>, mermando su capacidad de respuesta, sus posibilidades de pedir ayuda y de recibirla, e intensificando el impacto multidimensional que la victimización tendrá sobre su vida.

El propio Ministerio Público, en un instructivo sobre violencia institucional, considera que esta “impacta, en su mayoría, a personas que se encuentran en situaciones de especial vulnerabilidad, por diversas causas tales como [...] la privación de libertad”.<sup>34</sup> Por lo tanto, para generar cierta igualdad en la persecución penal, se requeriría de una política de acción afirmativa<sup>35</sup> a favor de víctimas privadas de libertad. La Comisión Internacional de Juristas define medidas de acción afirmativa como “medidas positivas para asegurar una igualdad efectiva y no meramente teórica”. Resalta que “los beneficiarios de dichas medidas son los grupos o personas que sufren de desventajas estructurales”.<sup>36</sup> Si aplicamos la idea del Ministerio Público, tendríamos que esperar que justamente las investigaciones que afectan a víctimas privadas de

---

<sup>32</sup> OSORIO, Oscar. Vulnerabilidad y vejez: implicaciones y orientaciones epistémicas del concepto de vulnerabilidad. *Intersticios sociales*, n. 13, pp. 1-34, 2017. <https://doi.org/10.55555/IS.13.112> p. 10.

<sup>33</sup> CHAKRAVORTY SPIVAK, Gayatri y GIRALDO, Santiago. ¿Puede hablar el subalterno? *Revista Colombiana de Antropología*, v. 39, pp. 297-364, 2003. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=105018181010>

<sup>34</sup> OFICIO FN N° 037/2019. Instrucción General que imparte criterios de actuación en delitos de violencia institucional. 15 de enero de 2019.

<sup>35</sup> Las Reglas Mandela recogen la necesidad de acciones afirmativas en el ámbito carcelario cuando estipulan en la Regla 2.2. que “Con el propósito de aplicar el principio de no discriminación, las administraciones penitenciarias tendrán en cuenta las necesidades individuales de los reclusos, en particular de las categorías más vulnerables en el contexto penitenciario. Se deberán adoptar medidas de protección y promoción de los derechos de los reclusos con necesidades especiales, y dichas medidas no se considerarán discriminatorias”.

<sup>36</sup> COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. Medidas de Acción Afirmativa. p. 2.

libertad ameritan un esfuerzo especial para dar respuesta a su situación de especial vulnerabilidad. Eso sería más relevante aún en el caso de los delitos más lesivos.

La pregunta que surge entonces es: ¿si la comparación de los resultados de investigaciones de delitos intra y extracarcelarios muestran esa dedicación especial? Si estos fueran similares, podríamos entender que aquellas posibles desventajas que enfrentan las víctimas recluidas son tomadas en cuenta por el Ministerio Público. En cambio, de no ser así, podría existir una selectividad discriminatoria. Consideramos además que, si el Estado tiene el deber de prevenir y sancionar delitos, cabría suponer que allí donde ejerce un control social tan intenso, como es la cárcel, debería tener una mejor oportunidad para realizar dichas funciones, ya que todo debiera estar bajo su vigilancia. Esto va de la mano con la obligación que pesa sobre todos los funcionarios públicos de denunciar delitos,<sup>37</sup> ya que cuando un funcionario penitenciario incumple con la obligación de comunicar un hecho delictivo “con la debida prontitud” a la Fiscalía, queda sujeto a la responsabilidad administrativa correspondiente.<sup>38</sup>

## II. RESULTADOS DEL ESTUDIO

### II.1. METODOLOGÍA

Para analizar los resultados de la persecución penal de delitos intracarcelarios versus extracarcelarios, se utilizó una estrategia cuantitativa que consistió en el análisis del registro estadístico del Ministerio Público (Sistema de Apoyo a los Fiscales, SAF). Este registra la información relativa a los casos, delitos, imputados y tipos de términos aplicados de todos los hechos presuntamente delictivos que ingresan al sistema. El SAF se estructura a partir de casos identificados con un RUC (Rol Único de Caso) al que se asocian uno o más delitos (que pueden variar durante

<sup>37</sup> El artículo 61 letra k. del DFL 29 sobre el Estatuto Administrativo obliga a cada funcionario público a “Denunciar ante el Ministerio Público, o ante la policía si no hubiere fiscalía en el lugar en que el funcionario presta servicios, con la debida prontitud, los crímenes o simples delitos y a la autoridad competente los hechos de carácter irregular...”.

<sup>38</sup> Así lo dispone el art. 119 del DFL 29.

la investigación), uno o más imputados(as) y una o más víctimas. Para este estudio se trabajó con la categoría “delitos con sitio del suceso en Gendarmería de Chile”<sup>39</sup>, dato que consigna el SAF y que constituyen el subconjunto de los delitos que denominamos “intracarcelarios”. En base a esta información<sup>40</sup>, se extrajeron específicamente aquellas cifras correspondientes a las categorías de Homicidios, Delitos Sexuales y Lesiones.<sup>41</sup> Estos datos se compararon con aquellos que correspondían a la población general (delitos “extracarcelarios”), contenidas en los boletines estadísticos del Ministerio Público. Para realizar dicha comparación, se calcularon los porcentajes relativos de cada uno de los tipos de salidas y términos analizados, para cada año. Para el análisis, se consideró un período de 12 años, del 2009 al 2020.<sup>42</sup> A partir de estos datos se elaboraron tablas y gráficos que permitieran sintetizar y exponer la comparación.<sup>43</sup>

## II.2. RESULTADOS

### II.2.1. EN CUANTO A LOS TIPOS DE SALIDAS

El Ministerio Público distingue entre tres categorías de tipos de salidas que tienen los diferentes hechos delictivos que ingresan. Estas son: las salidas judiciales, las no judiciales y los otros términos. Compararemos a continuación, a través de una serie de gráficos, qué tipo de salidas tuvieron los delitos de homicidios, lesiones y sexuales a nivel intra y extracarcelario, a partir de los porcentajes en que fueron aplicadas estas salidas en cada año.

---

<sup>39</sup> La categoría “delitos con sitio del suceso en Gendarmería de Chile” considera todos los tipos de recintos penitenciarios, tanto femeninos como masculinos. Los datos del Ministerio Público que se utilizaron en esta oportunidad no permiten discriminar el sexo de imputados(as) ni de víctimas.

<sup>40</sup> Datos proporcionados directamente por el Ministerio Público, en el marco de un convenio de colaboración existente con la universidad.

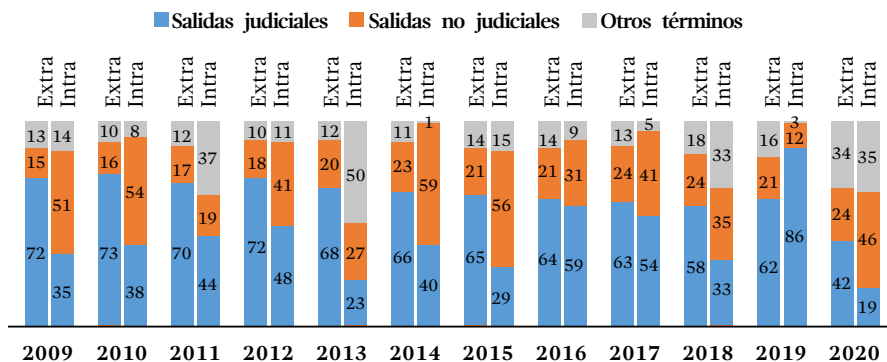
<sup>41</sup> Los delitos que forman parte de cada categoría se encuentran detallados en los boletines estadísticos del Ministerio Público. Disponibles en: <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do>

<sup>42</sup> Se consideró desde el año 2009, dado que antes de eso los boletines estadísticos del Ministerio Público no presentan la misma desagregación que en años posteriores, lo que impide la comparabilidad de los datos.

<sup>43</sup> MEDINA, Paula. Bases de datos Excel. Dataset. figshare. 2022. <https://doi.org/10.6084/m9.figshare.21168829>

a. *Homicidios*: el gráfico N° 1 muestra que, en homicidios extracarcelarios, en todos los años a excepción del 2020, predominan las salidas judiciales por sobre la suma de las no judiciales y otros términos. En cambio, en homicidios intracarcelarios, con excepción de 2016, 2017 y 2019, predominan las salidas no judiciales y los otros términos. Asimismo, las salidas judiciales en homicidios intracarcelarios, con excepción del 2019, y con un promedio de 42%, nunca alcanzaron el mismo nivel que presentan en homicidios extracarcelarios (cuyo promedio es 65%), mostrando además una gran irregularidad entre un año y otro.

**Gráfico N° 1:** Porcentajes de tipos de salidas en homicidios extra e intracarcelarios



Fuente: Elaboración propia en base a datos SAF, Ministerio Público.

Si bien el universo de homicidios intracarcelarios es menor<sup>44</sup>, la tendencia comparativa a no judicializar estas causas parece evidente.<sup>45</sup> Eso

<sup>44</sup> Entre los años 2009 y 2020 ingresaron 542 delitos de homicidios intracarcelarios al Ministerio Público versus 20.296 homicidios extracarcelarios.

<sup>45</sup> Eso a pesar de la importancia de investigar especialmente homicidios cometidos al interior de sistemas carcelarios. Tomczak y McAllister explican que la investigación de las muertes es importante por múltiples razones: la responsabilidad (legal) por las prácticas riesgosas; la salud y la seguridad pública; la calidad de la atención médica; las preocupaciones de la comunidad y la comprensión de los afligidos. Estiman que si las muertes no se investigan eficazmente ni se adoptan medidas correctivas adecuadas, las consecuencias adversas para la comunidad en general pueden ser desastrosas. TOMCZAK, Philippa y MCALLISTER, Sue. Prisoner death investigations: a means for

puede tener varias explicaciones. Se puede tratar de un tema probatorio. En su caso, reflejaría también la falta de control que tiene la administración penitenciaria sobre el espacio bajo su custodia. Al no poder recopilar suficientes elementos de prueba, el Ministerio Público se puede ver obligado en mayor medida a archivar la causa o a no perseverar en su investigación. Los datos que analizamos más adelante muestran esa tendencia. Sin embargo, las dificultades en la investigación de muertes en custodia son problemas conocidos y por ende deberían haber sido considerados de antemano por el Ministerio Público en cada investigación que se realiza dentro de una cárcel.<sup>46</sup>

Los parámetros internacionales sobre cómo se debe investigar una muerte bajo custodia resultan bastante claros.<sup>47</sup> El Protocolo de Minnesota sobre la Investigación de Muertes Potencialmente Ilícitas de Naciones Unidas, parte de la premisa que toda muerte bajo custodia es potencialmente ilícita y se encuentra atravesada por una presunción general de responsabilidad estatal.<sup>48</sup> El protocolo exhorta a los Estados miembros a realizar investigaciones prontas, efectivas, imparciales y transparentes. Eso implica que se debe proceder sin demoras injustificadas. Cómo mínimo se exige recuperar y preservar todo material probatorio, las circunstancias de la muerte, identificar posibles testigos y obtener sus testimonios y las circunstancias que rodearon la muerte, entre otros.<sup>49</sup>

---

improving safety in prisons and societies? *Journal of Social Welfare and Family Law*, v. 43, n. 2, pp. 212-230, 2021. <https://doi.org/10.1080/09649069.2021.1917714> p. 212.

<sup>46</sup> Eso llevó a que, por ejemplo, en EE.UU. se registren de manera sistemática todos los fallecimientos ocurridos en instancias de detención o cárceles desde el 2000, cuando se aprobó la Ley de Reporte de Fallecimientos en Detención (Death in Custody Reporting Act). Estadísticas acerca de la tasa de mortalidad en el sistema carcelario federal, de cada Estado y centros locales están disponibles en: <https://www.bjs.gov/index.cfm?ty=dcdetail&iid=243&https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/msp0114st.pdf>

<sup>47</sup> La Cruz Roja también tiene su propia guía. Disponible en: <https://shop.icrc.org/guidelines-for-investigating-deaths-in-custody-pdf-ar-1>

<sup>48</sup> Protocolo de Minnesota sobre la investigación de muertes potencialmente ilícitas. 2016, punto 17.

<sup>49</sup> Protocolo de Minnesota. 2016, puntos 22 al 33.

En Chile, se plasmaron algunas directrices del Protocolo de Minnesota en el “Protocolo Intersectorial de Alerta Temprana Ante Muertes Bajo Control, Custodia o Cuidado del Estado” (2018). También el fiscal nacional dictó un Instructivo general que imparte criterios de actuación en delitos de violencia institucional (2019). Allí, se justifica la necesidad de ese instrumento considerando que estas investigaciones pueden “verse obstaculizadas por la posible existencia de un compromiso corporativo en los agentes de las instituciones públicas a la que pertenecen los investigados, lo que puede originar prácticas que entorpezcan las investigaciones, tales como la afectación de elementos de prueba, alteración de registros e intimidación de víctimas y testigos”.<sup>50</sup> El instructivo contempla un apartado sobre las obligaciones investigativas tratándose de muertes ocurridas bajo custodia, control o cuidado del Estado.<sup>51</sup> Entre otras, que los fiscales deben evitar “decisiones de término que no permitan reabrir la investigación en el caso de aparecer nuevos antecedentes” y que deben promover en esos casos “los términos de Archivo Provisional o Decisión de No Perseverar”.<sup>52</sup>

Vemos que el Ministerio Público está consciente de las dificultades que enfrenta la investigación de muertes bajo custodia y que existe o existía una voluntad interinstitucional de enfrentar esta problemática. Eso podría explicar que el único año con una tasa mayor de salidas judiciales en homicidios intracarcelarios haya sido el 2019. Se trataría de causas iniciadas el año 2018 (cuando se firmó el Protocolo Intersectorial de Alerta Temprana), que terminaron el año siguiente. Podríamos suponer que eso impactó positivamente en el esclarecimiento y en los términos judiciales de homicidios intracarcelarios. Sin embargo, el aludido Instructivo podría

<sup>50</sup> OFICIO FN N° 037/2019. Instrucción general que imparte criterios de actuación en delitos de violencia institucional. 15 de enero de 2019.

<sup>51</sup> Un informe de CEJA resalta que “Debe destacarse, sin embargo, que las directrices contenidas en el Protocolo de Minnesota no se reducen a la elaboración de la autopsia, sino que abarcan todo el proceso de la investigación, partiendo por la recolección inicial de la prueba en la escena del crimen”. CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS (CEJA). Evaluación del sistema de justicia de Chile ante las violaciones de derechos humanos ocurridas en el contexto de la protesta social. 2020. p. 47.

<sup>52</sup> OFICIO FN N° 037/2019. Punto II. Esto es reconocido por el Subcomité de Prevención de la Tortura. CAT/C/CHL/CO/6/Add.1. Punto 11.



haber tenido solo ese efecto puntual, y más bien a la larga ser un factor que contribuyera a un mayor uso de salidas no judiciales en homicidios intracarcelarios, ya que, en vez de poner el acento en la promoción de una investigación pronta y efectiva, el instructivo enfatiza que los fiscales generen la posibilidad de poder reabrir y luego perpetuar la investigación en el tiempo. Se puede observar además que el Protocolo de Minnesota se refiere a 5 medidas mínimas de investigación en casos de muertes bajo custodia<sup>53</sup>, el Instructivo general reduce ese mínimo a tres.<sup>54</sup> A su vez el Instructivo general no se refiere a la necesaria prontitud de la investigación,<sup>55</sup> sino que basta una “realización oportuna”.<sup>56</sup> El conjunto de esos factores podría explicar el aumento considerable de salidas no judiciales el año 2020.<sup>57</sup>

También podemos entender que este aumento, dado que se produce afuera y adentro de las cárceles, se explica más bien por factores externos. Todas las instituciones tuvieron que ajustar sus prioridades en respuesta a las necesidades sanitarias que impuso la pandemia por Covid 19. Para el Poder Judicial, eso implicó que la celebración de audiencias judiciales se cambió a una modalidad virtual<sup>58</sup>, bajando la “productividad” de todo el sistema.<sup>59</sup> A eso se suman problemas identificados en un estudio reciente del CEJA. Encontraron que existen limitaciones en la capacitación de fiscales en la aplicación práctica del Protocolo de Minnesota.<sup>60</sup> Así,

---

<sup>53</sup> Protocolo de Minnesota, 2016, punto 25.

<sup>54</sup> OFICIO FN N° 037/2019, punto II. 2.

<sup>55</sup> Como lo hace el Protocolo de Minnesota en su punto 23.

<sup>56</sup> OFICIO FN N° 037/2019, punto II. 2.

<sup>57</sup> Acerca de la importancia de las instrucciones dentro del Ministerio Público, véase CHAHUÁN, Sabas. *Manual del (nuevo) Procedimiento Penal*. Santiago: Thomson Reuters, 2019. pp. 86 y ss.

<sup>58</sup> Véase la Ley 21.226 (01.04.2020) que establece un Régimen Jurídico de Excepción para los procesos judiciales y el Auto Acordado sobre funcionamiento del Poder Judicial durante la emergencia sanitaria (Acta N° 52-2020, del 08.04.2020), más las últimas modificaciones de la Ley 21.379 (30.09.2021).

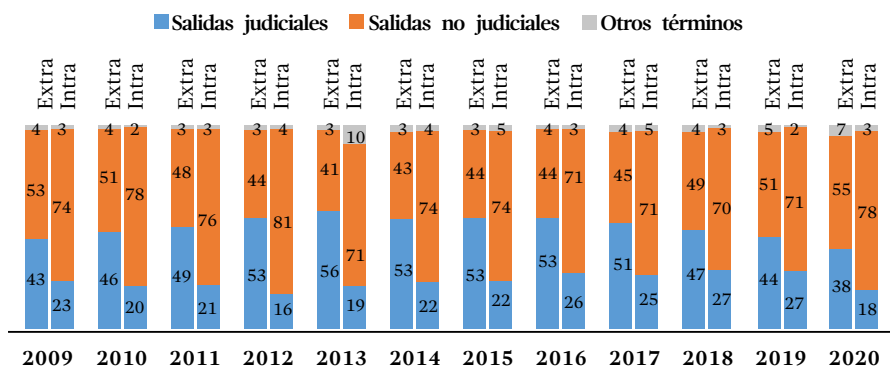
<sup>59</sup> Véase OLAVE, Mauricio. *Tribunales en pandemia: urge una sobredotación de jueces y juezas*, El Mostrador, 2021.

<sup>60</sup> CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS (CEJA). *Evaluación del sistema de justicia de Chile ante las violaciones de derechos humanos ocurridas en el contexto de la protesta social*. 2020. pp. 48 y ss.

podemos entender el menor porcentaje general de uso de salidas judiciales en homicidios intracarcelarios, también como indicador de la falta de especialización del personal a cargo.<sup>61</sup>

b. *Lesiones*: el tipo de salida que reciben lesiones intra y extracarcelarias muestra una mayor variación que los homicidios, como lo muestra el gráfico N° 2.<sup>62</sup> En lesiones extracarcelarias prácticamente la mitad termina en salidas judiciales mientras que a nivel intracarcelario sólo lo hace un máximo de 27% (2019), habiendo llegado incluso a 16% en el 2012.

**Gráfico N° 2:** Porcentajes de tipos de salidas en lesiones intra y extracarcelarias



Fuente: Elaboración propia en base a datos SAF, Ministerio Público.

<sup>61</sup> La Procuración argentina encontró que: “Los informes anuales realizados por este organismo han permitido relevar una serie de prácticas arraigadas en la cultura de la agencia judicial que explican sus mezquinos resultados: desde la decisión de no iniciar actuaciones judiciales ante muertes bajo custodia hasta su desarrollo rutinario y desinteresado, desapegado de criterios de exhaustividad y eficacia. Se destaca la delegación de tareas centrales de investigación en fuerzas de seguridad, la falta de postulación de una teoría del caso por la agencia judicial y el Ministerio Público, y las limitaciones en la producción de pruebas, para finalmente detectar como regularidad el archivo de las actuaciones sin haber intentado, siquiera, líneas de investigación que permitieran formular posibles reproches penales a funcionarias y funcionarios públicos”. PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN. Morir en prisión: fallecimientos bajo custodia y responsabilidad estatal, 2020. pp. 81 y ss.

<sup>62</sup> Cabe señalar que, en el periodo analizado, ingresaron 25.525 lesiones intracarcelarias al Ministerio Público versus 1.964.191 lesiones extracarcelarias.

Una posible explicación de los resultados difiere en un punto relevante a la de los homicidios. Si en la investigación de homicidios intracarcelarios interviene generalmente la policía, eso no es así cuando se trata de esclarecer lesiones, en especial si no son de gravedad. En estos casos, la investigación es generalmente efectuada por funcionarios de la administración penitenciaria (Gendarmería de Chile). La normativa procesal chilena permite a los fiscales “impartir instrucciones” a esta institución cuando se trata de hechos cometidos en el interior de una cárcel.<sup>63</sup> Tanto el Ministerio Público, como Gendarmería de Chile han interpretado esa remisión como norma que permite delegar la realización de cualquier acto de investigación -que fuera de la cárcel realiza la policía- a la institución penitenciaria. En consecuencia, Gendarmería de Chile ha creado el Departamento de Investigación y Análisis Penitenciario (en adelante, DIAP).<sup>64</sup>

Ahora bien, a nivel internacional se reconoce como principio fundamental, que quienes realicen investigaciones penales sean independientes de influencias indebidas.<sup>65</sup> El Protocolo de Minnesota explica que esa independencia debe ser institucional y formal, en la teoría y en la práctica, en todas las etapas.<sup>66</sup> Así, los investigadores no deberían depender del operador penitenciario, sino que ser independientes de los presuntos culpables y de las unidades, instituciones u organismos a las que pertenezcan.<sup>67</sup> Desde esa perspectiva, sorprende que el Instructivo general del Fiscal Nacional que imparte criterios de actuación en delitos de violencia institucional, haya establecido que el fiscal podrá trabajar directamente con el DIAP.<sup>68</sup> Una explicación de esa aparente contradicción, sería que formalmente el DIAP no investiga, sino que trabaja como auxiliar en la investigación que dirige la Fiscalía. Sin embargo, es difícil imaginarse que un funcionario penitenciario pueda ser percibido como independiente

---

<sup>63</sup> Así lo dispone el Art. 79 par. 3 del Código Procesal Penal.

<sup>64</sup> Resolución Exenta N° 1421, de fecha 09 de marzo de 2018, que aprobó la organización interna de la Subdirección Operativa y sus Departamentos dependientes, creando el Departamento de Investigación y Análisis Penitenciario. Arts. 60 y siguientes.

<sup>65</sup> Así también lo determina la Regla 57.3 y 71 de las Reglas Mandela.

<sup>66</sup> En el mismo sentido, las Reglas Mandela 57, numeral 3 y Regla 71.

<sup>67</sup> Véase el Protocolo de Minnesota, punto 28.

<sup>68</sup> OFICIO FN N° 037/2019, punto I.3.7

en la investigación de un hecho ocurrido en un centro cuya seguridad debería estar garantizado por sus colegas y quizás superiores en rango.<sup>69</sup>

Existen además casos, donde lesiones sufridas en riñas son el resultado de la falta de intervención de funcionarios penitenciarios.<sup>70</sup> Parece poco probable que, por ejemplo, un posible delito funcionario cometido por omisión, sea investigado de manera independiente si ese proceso queda en manos de otros funcionarios penitenciarios. Siempre va a quedar la posible sospecha, aunque sea infundada, del favoritismo.<sup>71</sup>

Desde otra perspectiva, Castillo percibe como “particularmente grave” que Gendarmería de Chile pueda actuar como auxiliar en la investigación de delitos intracarcelarios. Según él, ese organismo “carece absolutamente de la competencia para realizar investigaciones profesionales, respetuosas de los derechos fundamentales”. Afirmo además que sería casi imposible evitar “el problema de la visión de túnel” en investigaciones realizadas por Gendarmería.<sup>72</sup> En los hechos, el personal

---

<sup>69</sup> A ese hecho responden las Reglas Mandela al disponer que la administración del establecimiento penitenciario solo “cooperará plenamente con esa autoridad y garantizará la preservación de todas las pruebas” (Regla 71, numeral 1). El énfasis está en que la investigación la realice otra autoridad independiente e imparcial. Cooperar se contrapone al concepto de realizar por cuenta propia.

<sup>70</sup> Por ejemplo, en el fallo “Sepúlveda Carrasco, Jeannette y otros con Fisco de Chile” (Rol N° 55-2018, del 25.02.2019) la Corte Suprema confirmó la obligación del Estado de pagar una indemnización a los familiares de una víctima “puesto que Gendarmería de Chile efectivamente obró de una manera deficiente en el evento que condujo al fallecimiento del interno..., pues en lugar de contar con un sistema de televigilancia eficiente..., empleó en el lugar un circuito cerrado de televisión incompleto y deficiente, que impidió alertar oportunamente de la riña que condujo a su muerte...” (Considerando 15°). Otro caso puede revisarse en STIPPEL, Jörg. *Cárcel, derecho y política*. Santiago: LOM, 2013. pp. 286 y ss.

<sup>71</sup> La Procuraduría de la Nación argentina encontró que: “Entre los principales motivos por los que las investigaciones resultan infructuosas, debe destacarse la falta de apertura hacia líneas de indagación alternativas al relato oficial propuesto por la agencia penitenciaria. Y uno de los principales obstáculos hacia la posibilidad de vislumbrar teorías del caso diversas, consiste en la delegación en fuerzas de seguridad de las primeras y más relevantes medidas de prueba”. PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN. *Morir en prisión: fallecimientos bajo custodia y responsabilidad estatal*, 2020. p. 90.

<sup>72</sup> CASTILLO, Ignacio. *Enjuiciando al proceso penal chileno desde el ino-centrismo* (algunos apuntes sobre la necesidad de tomarse en serio a los

penitenciario no recibe la misma formación que un policía, porque cumple otras funciones.<sup>73</sup> Si bien pueden existir funcionarios que hayan tenido cursos de capacitación en investigaciones criminales, la orientación general de su formación es otra.

En base a lo desarrollado, podemos entender las diferencias en los resultados de la persecución de lesiones dentro y fuera de la cárcel, como indicador de una falta de independencia y especialización del organismo auxiliar al que recurre el Ministerio Público. Los y las fiscales, al no involucrar a la policía en la investigación de lesiones cometidas al interior de una cárcel, inciden en que los resultados sean distintos.

*c. Delitos sexuales:* a diferencia de homicidios y lesiones, observamos aquí un mayor porcentaje de salidas no judiciales, tanto a nivel extra como intracarcelario.<sup>74</sup> En lo extracarcelario, estas salidas oscilan en un rango entre 66% el 2009 y 59% el 2014, y en lo intracarcelario, varían entre 88% el 2009 y 67% el 2020. Sin embargo, las salidas no judiciales siguen siendo mayores a nivel intracarcelario. Así, en los 12 años, las salidas judiciales en delitos sexuales intracarcelarios representaron la mitad o menos de estas salidas en delitos sexuales extracarcelarios. Por otra parte, desde el año 2015, se percibe una constante baja de salidas judiciales en delitos sexuales investigados fuera de la cárcel (de 31% el 2015 a 21% el 2020),

---

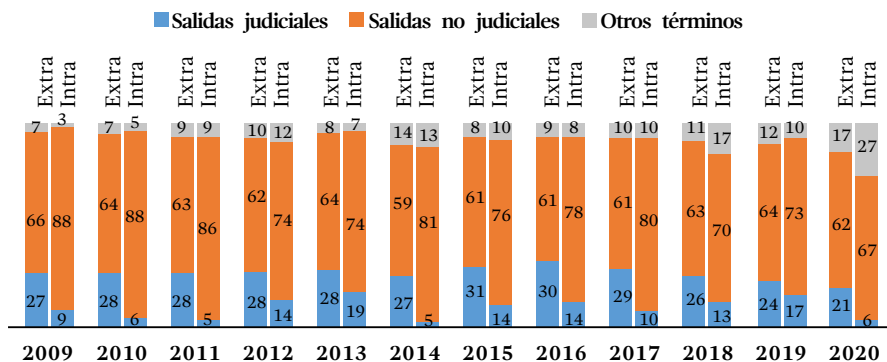
inocentes). *Revista Política Criminal*, Santiago, v. 8, n. 15, pp. 249-313, 2013. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992013000100007> Pie de página 34. La visión de túnel se refiere a que: “Las decisiones que se toman en el marco de un proceso penal son el resultado de sesgos cognitivos subyacentes a la manera en que los actores del sistema piensan, interpretan, evalúan e integran la información disponible”. CHARMAN, Steve; DOUGLASS, Amy y MOOK, Alexis. Cognitive bias in legal decision making. En: BREWER, Neil y DOUGLASS, Amy (eds.). *Psychological Science and the Law*. Nueva York: The Guilford Press, 2019, pp. 30-53. p. 30

<sup>73</sup> Estas consisten en “atender, vigilar y contribuir a la reinserción social de las personas...” (artículo 1° de la Ley Orgánica de Gendarmería, Decreto Ley N° 2859 del 12.09.1979).

<sup>74</sup> Los delitos sexuales intracarcelarios que ingresaron al Ministerio Público, entre el 2009 y 2020, fueron 662. Mientras que los extracarcelarios fueron 273.204. Los tipos de delitos sexuales son, entre otros, abuso sexual, violación, estupro, sodomía, y producción, adquisición o almacenamiento de material pornográfico infantil. Ver todos los tipos que considera la categoría “delitos sexuales” en los boletines estadísticos de la Fiscalía Nacional: <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do>

mientras que a nivel intracarcelario estos porcentajes muestran mayor irregularidad en el tiempo. El gráfico N° 3 evidencia estos resultados:

**Gráfico N° 3:** Porcentajes tipos de salidas en delitos sexuales intra y extracarcelarios



*Fuente:* Elaboración propia en base a datos SAF, Ministerio Público.

En el alto porcentaje de salidas no judiciales en delitos sexuales es probable que incidan factores que en otros delitos cobran menor relevancia. Eso explica que la tendencia a judicializar menos delitos se dé tanto en delitos cometidos dentro como fuera de la cárcel. Nos referimos, por ejemplo, a la situación especial de la víctima.

Tjajtenberg y Sánchez de Ribera explican que dentro del contexto penitenciario existen fuertes códigos culturales respecto a los “soplones” y miedo a las represalias. En consecuencia, las motivaciones de las víctimas para denunciar serían particularmente débiles. La situación de reclusión conlleva un efecto disuasivo relevante, pues al estar restringida la libertad de circulación, hay mayor certeza de sufrir represalias. Por otro lado, las víctimas a menudo no tendrían confianza en el sistema penal, autoridades o funcionarios, y consideran que su denuncia no tendrá ningún efecto positivo.<sup>75</sup> En un estudio chileno previo, nosotros también encontramos

<sup>75</sup> TRAJTENBERG, Nicolás y SÁNCHEZ DE RIBERA, Olga. Violencia en instituciones penitenciarias. Definición, la medición y la explicación del fenómeno. *Revista de Ciencias Sociales*, Montevideo, v. 32, n. 45, pp. 147-175, 2019. <https://doi.org/10.26489/rvs.v32i45.6> p. 153.

que especialmente el miedo a sufrir represalias y la desconfianza en la utilidad de la reclamación impedían que víctimas privadas de libertad reclamen por sus derechos.<sup>76</sup>

Si bien lo anterior aplica para todo tipo de delitos, es un hecho conocido que, especialmente en delitos sexuales, la denuncia y las posteriores declaraciones testimoniales son un tema que requiere de atención particular. Por ello, en Chile, el Fiscal Nacional dictó un Instructivo general (2015) que entrega criterios de actuación en delitos sexuales.<sup>77</sup> En el punto II.1., determina que las investigaciones en estos casos deberían radicarse en fiscales especializados. Si eso no fuese posible, se establece que igual la declaración de la víctima la debería tomar un fiscal, abogado o profesional de la Unidad de Atención y Protección a Víctimas. El Instructivo dispone que el fiscal “deberá preferir, en cuanto estén disponibles los servicios especializados en investigación de delitos sexuales de una o de ambas policías”. También que el fiscal debe participar personalmente en la toma de declaración de la víctima y que sólo excepcionalmente “podrá delegar dicha diligencia en funcionarios especializados de alguna de las policías”. De manera indirecta, el instructivo excluye a la administración penitenciaria como posible auxiliar en la investigación de delitos sexuales. La normativa interna de la Fiscalía entiende además la retractación como “un fenómeno de ocurrencia habitual”, que hace necesario que el fiscal solicite o decrete las medidas de protección correspondientes.<sup>78</sup>

Vemos que el instructivo no estipula deberes particulares en cuanto a la investigación de delitos sexuales en el contexto de encierro. No toma en cuenta la condición de especial vulnerabilidad de víctimas recluidas. Eso sorprende ya que la experiencia nacional<sup>79</sup>

---

<sup>76</sup> STIPPEL, Jörg. *Las cárceles y la búsqueda de una política criminal para Chile*. Santiago: LOM, 2006. p. 191.

<sup>77</sup> FISCALÍA DE CHILE. Oficio FN N° 160/2009. Instrucción general que imparte criterios de actuación en delitos sexuales. 30 de marzo de 2009.

<sup>78</sup> Oficio FN N° 160/2009. Punto II. 2.2.; 2.1 y 2.6.

<sup>79</sup> En Chile, por ejemplo, la Ley N° 2.057, del 20 de enero de 2018 representa un avance hacia la protección de víctimas menores de edad de delitos sexuales, reconociendo la necesidad de prevenir la victimización secundaria por parte del sistema de justicia penal.

e internacional<sup>80</sup> hace suponer que la posibilidad que una víctima de un delito sexual que vive al interior de una cárcel se retracte es particularmente alta. Los esfuerzos desplegados para evitar que se concreten las posibles amenazas y así el uso de medidas de protección, deberían cobrar una relevancia especial. Sin embargo, las cifras indican que ese no es el caso. Ese hecho en sí hace necesario enfrentar el problema de manera institucional.<sup>81</sup> Que eso no haya ocurrido hasta ahora, puede explicarse con lo que una ONG dedicada a la lucha contra el abuso sexual en las cárceles (Just Detention International) resalta, que “junto a las prácticas y políticas mejoradas, tiene que haber un cambio en la actitud del público hacia la violación en prisión para que este abuso pare”.<sup>82</sup> Las cifras hacen pensar, que ese cambio de actitud aún no se ha producido en Chile.

## II.2.2. EN CUANTO A LA SELECTIVIDAD DEL SISTEMA PENAL

*a. Principio de oportunidad:* una de las innovaciones introducidas por la reforma procesal penal, es el principio de oportunidad.<sup>83</sup> Su

<sup>80</sup> En EE.UU. destaca la experiencia con la implementación de la Ley de Eliminación de Violaciones en Cárceles (Prisión Rape Elimination Act) de 2003. La norma y antecedentes de su implementación pueden ser consultados aquí: <https://www.prearesourcecenter.org/about/prison-rape-elimination-act>

<sup>81</sup> Como se ha hecho en Estados Unidos. Desde que se aprobó la Ley de Eliminación de la violación en Cárceles (Prison Rape Elimination Act) en 2003, se publican datos periódicos y análisis de las causas de violaciones entre presos. Existe, a su vez, una comisión que supervisa la implementación de la normativa. Véase: <https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/pdca17.pdf>

<sup>82</sup> “A menudo, el estigma de la violación o la creencia de que los internos merecen ser violados, previene a las víctimas de hablar acerca del abuso y recibir la ayuda que necesitan. Las víctimas deben poder hablar libremente de sus experiencias para que el problema sea comprendido. Actitudes públicas que valoran la seguridad y la dignidad de todas las personas, incluyendo a los internos, les facilitan a las víctimas hablar sobre el abuso y detener la violación en prisión”. JUST DETENTION INTERNATIONAL. El Abuso sexual en prisión: una crisis global de los derechos humanos. Disponible en: [https://justdetention.org/wp-content/uploads/2015/11/International\\_Summary\\_Spanish.pdf](https://justdetention.org/wp-content/uploads/2015/11/International_Summary_Spanish.pdf) p. 3.

<sup>83</sup> Horvitz y López explican que este constituye “la antítesis teórica” o en las palabras de Rodríguez Vega “el principio antagónico” al principio de legalidad.



reconocimiento legal<sup>84</sup> responde al hallazgo que ningún sistema puede procesar todo el caudal de delitos que se cometen. Refleja la necesidad de priorizar la investigación en delitos más graves o de mayor interés social y promover así la eficiencia del sistema.<sup>85</sup> La legislación chilena permite a los fiscales no iniciar la persecución penal o abandonarla cuando ya se ha iniciado, cuando enfrentan un hecho que no compromete gravemente el interés público, siempre y cuando la pena asignada al delito no sea mayor a 541 días de privación de libertad.<sup>86</sup>

Chahuán propone cuatro grupos de supuestos que estarían comprendidos en esta definición. Estima que el interés público no estaría gravemente afectado cuando no es necesario o posible prevenir un hecho delictivo “por medio de la conminación penal”, cuando el “desvalor de la acción o del resultado son insignificantes”, cuando es previsible que los efectos criminógenos de la intervención serían más graves que “la eventual merma preventivo general” y cuando razones de humanidad hacen aconsejable no intervenir penalmente.<sup>87</sup>

En cuanto a la aplicación del principio de oportunidad en delitos intra y extracarcelarios, solo encontramos diferencias en el delito de lesiones, ya que en los delitos de homicidios y sexuales -tanto intra como extracarcelarios- debido a las penas asignadas a ambas clases de delitos<sup>88</sup> los porcentajes de aplicación son prácticamente iguales a cero. Si analizamos las lesiones, la comparación muestra que el principio de oportunidad se usa en un porcentaje mayor cuando este delito es cometido al interior de una cárcel, siendo esto una constante en los doce años estudiados. Aún más, en algunos años (2015, 2016, 2019 y 2020) su aplicación en lesiones

---

HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005. p. 48.

<sup>84</sup> Artículo 170 del Código Procesal Penal (CPP).

<sup>85</sup> Se trata de casos donde los criterios de prevención no exigen la imposición de una pena. HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005. p. 51.

<sup>86</sup> Art. 170, CPP. Cuando un hecho compromete gravemente el interés público no se regula expresamente.

<sup>87</sup> CHAHUÁN, Sabas. *Manual del (nuevo) Procedimiento Penal*. Santiago: Thomson Reuters, 2019. p. 85.

<sup>88</sup> Véase art. 390 y ss., y 361 y ss. del Código Penal.

intracarcelarias llegó prácticamente a duplicar la cifra que alcanzó su uso fuera de la cárcel.

**Tabla N° 1.** Principios de oportunidad en delitos extra e intracarcelarios

TIPO DE DELITO / CONTEXTO	2009		2010		2011		2012		2013		2014	
	N°	%	N°	%	N°	%	N°	%	N°	%	N°	%
HOMICIDIOS EXTRA	2	0,1	1	0,0	0	0,0	0	0,0	2	0,1	0	0,0
HOMICIDIOS INTRA	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0
LESIONES EXTRA	35196	14,3	28862	12,3	32803	12,1	28769	11,0	24609	10,3	22806	10,2
LESIONES INTRA	523	15,7	499	15,5	513	12,6	474	12,0	818	18,2	986	18,6
D. SEXUALES EXTRA	12	0,1	13	0,1	12	0,1	21	0,1	14	0,1	29	0,1
D. SEXUALES INTRA	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0
TIPO DE DELITO / CONTEXTO	2015		2016		2017		2018		2019		2020	
	N°	%	N°	%	N°	%	N°	%	N°	%	N°	%
HOMICIDIOS EXTRA	2	0,1	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0
HOMICIDIOS INTRA	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0
LESIONES EXTRA	20536	9,7	18261	9,2	17295	8,9	18899	9,2	22216	10,0	16086	9,2
LESIONES INTRA	1022	18,0	1089	18,7	837	11,8	977	12,6	2066	21,9	2143	22,6
D. SEXUALES EXTRA	15	0,1	24	0,1	25	0,1	26	0,1	32	0,1	47	0,2
D. SEXUALES INTRA	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0

*Fuente:* Elaboración propia en base a datos SAF, Ministerio Público.

Esto permite varias interpretaciones. Podríamos pensar que las lesiones intracarcelarias generalmente son de menor gravedad que aquellas cometidas afuera. Sin embargo, esto no se condice con estudios previos.<sup>89</sup> Otra interpretación sería, que la valoración del interés público afectado por el delito depende del contexto. Esa explicación preocuparía, ya que tendríamos que suponer que el Ministerio Público considera que una

<sup>89</sup> Valenzuela *et al.* encontraron que “El sitio del trauma más frecuente fue el tórax y el abdomen (incluyendo cara anterior y posterior completa), cada uno con 18 pacientes (39,13% cada uno). El diagnóstico de ingreso más frecuente fue neumotórax en doce sujetos”. VALENZUELA, *et al.* Lesiones traumáticas más frecuentes producidas en 2 centros de detención penitenciario, un estudio observacional. *Revista de Cirugía*, Santiago, v. 72, n. 2, pp. 107-112, 2020. <http://dx.doi.org/10.35687/s2452-45492020002480> El Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) analiza también el número de personas lesionadas en riñas entre internos y por funcionarios. INDH. Estudio de las condiciones carcelarias en Chile 2016 - 2017. Seguimiento de recomendaciones y cumplimiento de estándares internacionales sobre el derecho a la integridad personal. Santiago: Andros Ltda., 2018. pp. 119 y ss. (tablas 26 y 27).

lesión cometida en una cárcel afecta menos el interés público que cuando el mismo delito es cometido en el mundo libre. De esa manera tendríamos víctimas de primera y segunda categoría. A su vez podría implicar, que las y los fiscales estiman que el efecto intimidante de una sanción y así la supuesta prevención general funciona mejor en delitos cometidos fuera de una cárcel. Si bien aquí no podemos analizar la aplicación concreta del derecho en cada caso, las cifras indican que existe un trato desigual en la aplicación de la norma.

*b. Salidas alternativas:* otra herramienta para conducir la selectividad del sistema penal hacia la criminalidad más lesiva, son las salidas alternativas al juicio.<sup>90</sup> Específicamente la suspensión condicional del procedimiento (SCP) y los acuerdos reparatorios (AC).<sup>91</sup> Chahuán se refiere a estas como las salidas alternativas “en sentido estricto”, ya que pretenden privilegiar la búsqueda de una solución al conflicto, más que la pura imposición de una sanción. Sin embargo, el autor hace notar que especialmente el acuerdo reparatorio enfrenta una crítica “inobjetable”. Afirma que, en una sociedad desigual como la chilena, los poderosos económicamente siempre tendrán acceso a esa salida alternativa, quedando así reservado el instrumento penal a los más débiles y vulnerables socialmente. Por ello resalta la importancia de que el Ministerio Público considere ese factor en las políticas de persecución pública.<sup>92</sup>

---

<sup>90</sup> Horvitz y López proponen entender ambas salidas alternativas como reflejo de la idea del principio de oportunidad “en un sentido amplio”. HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005. p. 52.

<sup>91</sup> Artículos 237 a 241. Código Procesal Penal.

<sup>92</sup> CHAHUÁN, Sabas. *Manual del (nuevo) Procedimiento Penal*. Santiago: Thomson Reuters, 2019. pp. 260 y 266.

Tabla N° 2. Salidas alternativas en delitos extra e intracarcelarios

TIPO DE SALIDA	TIPO DE DELITO / CONTEXTO	2009		2010		2011		2012		2013		2014	
		N°	%	N°	%	N°	%	N°	%	N°	%	N°	%
SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCEDIMIENTO	HOMICIDIOS EXTRA	32	1,5	49	1,9	61	2,9	34	1,6	42	1,9	32	1,3
	HOMICIDIOS INTRA	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0
	LESIONES EXTRA	54730	22,3	55488	23,6	80419	29,6	85386	32,5	75446	31,7	56644	25,4
	LESIONES INTRA	0	0,0	0	0,0	0	0,0	1	0,0	0	0,0	1	0,0
	D. SEXUALES EXTRA	642	2,9	782	3,7	1183	5,2	1525	6,4	1428	5,6	1434	5,5
	D. SEXUALES INTRA	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0
	<b>TIPO DE DELITO/CONTEXTO</b>	<b>2015</b>	<b>2016</b>	<b>2017</b>	<b>2018</b>	<b>2019</b>	<b>2020</b>						
	HOMICIDIOS EXTRA	21	0,9	13	0,6	9	0,4	14	0,6	6	0,2	5	0,2
	HOMICIDIOS INTRA	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0
	LESIONES EXTRA	30569	14,4	27287	13,8	26327	13,5	24498	11,9	24790	11,1	15058	8,7
	LESIONES INTRA	5	0,1	3	0,1	1	0,0	8	0,1	6	0,1	2	0,0
	D. SEXUALES EXTRA	824	3,5	915	4,0	812	3,4	859	3,0	1066	3,0	619	2,4
	D. SEXUALES INTRA	0	0,0	0	0,0	0	0,0	1	1,5	0	0,0	0	0,0
	ACUERDO REPARATORIO	<b>TIPO DE DELITO/CONTEXTO</b>	<b>2009</b>		<b>2010</b>		<b>2011</b>		<b>2012</b>		<b>2013</b>		<b>2014</b>
		N°	%	N°	%	N°	%	N°	%	N°	%	N°	%
HOMICIDIOS EXTRA		0	0,0	0	0,0	0	0,0	5	0,2	2	0,1	1	0,0
HOMICIDIOS INTRA		0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0
LESIONES EXTRA		3660	1,5	4570	1,9	6234	2,3	7450	2,8	7115	3,0	6968	3,1
LESIONES INTRA		19	0,6	35	1,1	43	1,1	67	1,7	69	1,5	100	1,9
D. SEXUALES EXTRA		1	0,0	0	0,0	1	0,0	0	0,0	0	0,0	7	0,0
D. SEXUALES INTRA		0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0
<b>TIPO DE DELITO/CONTEXTO</b>		<b>2015</b>	<b>2016</b>	<b>2017</b>	<b>2018</b>	<b>2019</b>	<b>2020</b>						
		N°	%	N°	%	N°	%	N°	%	N°	%	N°	%
HOMICIDIOS EXTRA		6	0,3	3	0,1	0	0,0	0	0,0	4	0,1	3	0,1
HOMICIDIOS INTRA		0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0
LESIONES EXTRA		6421	3,0	6291	3,2	6554	3,4	6600	3,2	6567	2,9	3162	1,8
LESIONES INTRA		63	1,1	68	1,2	137	1,9	91	1,2	98	1,0	41	0,4
D. SEXUALES EXTRA	4	0,0	4	0,0	3	0,0	7	0,0	5	0,0	3	0,0	
D. SEXUALES INTRA	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	

Fuente: Elaboración propia en base a datos SAF, Ministerio Público.

En el caso de la SCP, respecto a los homicidios y delitos sexuales extracarcelarios, esta se aplica en porcentajes muy bajos comparados con otros tipos de términos. En homicidios, en un rango que va del 0,2% (2019 y 2020) al 2,9% (2011), mientras que en delitos sexuales va del 2,4% (2020) al 6,4% (2012). Por su parte, el uso de la SCP en homicidios y delitos sexuales intracarcelarios es casi inexistente (sólo en el 2018 se

registra un caso). Con relación a las lesiones extracarcelarias, la SCP se aplica en un porcentaje que varía entre el 33% (2012) y el 8,7% (2020). Se observa también que esa cifra, tras un constante aumento entre los años 2009 al 2012 (del 22,3 % al 32,5 %), se redujo sistemáticamente hasta su cifra más baja del periodo en el 2020, con un 8,7%. Si comparamos esas cifras con aquellas de lesiones intracarcelarias, vemos que allí casi no se aplica esa medida alternativa. En todo el tiempo analizado existen apenas cuatro años (2015, 2016, 2018 y 2019) dónde la cifra alcanza un 0,1 %. El resto del tiempo prácticamente no se recurrió al uso de la SCP en lesiones intracarcelarias.

Respecto a los acuerdos reparatorios (AR), encontramos que tanto en homicidios como en delitos sexuales extracarcelarios estos se aplicaron en muy baja proporción, alcanzando solo, en el caso de homicidios, un máximo de 0,3% en el 2015. En delitos sexuales solo se verifican algunos casos aislados que no alcanzan a expresarse a nivel porcentual. Por su parte, en homicidios y delitos sexuales intracarcelarios, los AR fueron iguales a cero en todo el periodo estudiado. En cambio, estos sí se aplicaron en las lesiones extracarcelarias, si bien con porcentajes acotados, pero que han mostrado un alza importante desde un 1,5% en el 2009 a un 3,4% en 2017. En 2019 y 2020 vemos una nueva baja de AR en lesiones extracarcelarias (2,9% y 1,8%). En un nivel inferior, también se aplicaron AR en lesiones intracarcelarias, con un 0,4% y 0,6% en el 2020 y 2009, y un 1,9% en el 2014 y 2017, siendo su cifra más alta.

El hecho que casi no se haya aplicado ninguna salida alternativa en homicidios y delitos sexuales intracarcelarios, puede explicarse con los requisitos de procedencia. Para suspender condicionalmente, se requiere que el imputado no haya sido condenado con anterioridad por crimen o simple delito.<sup>93</sup> A su vez, el AR sólo puede recaer sobre bienes jurídicos de carácter patrimonial, lesiones menos graves y delitos culposos.<sup>94</sup>

---

<sup>93</sup> Artículo 237 par. 2 letra b. Código Procesal Penal. El Código Penal entiende que “Los delitos, atendida su gravedad, se dividen en crímenes, simples delitos y faltas...” (Art. 3. Código Penal). Después estipula las penas que corresponden a cada una de estas categorías (Art. 21. Código Penal).

<sup>94</sup> Artículo 241. CPP. CHAHUÁN, Sabas. *Manual del (nuevo) Procedimiento Penal*. Santiago: Thomson Reuters, 2019. pp. 267 y ss.

Como las personas a quienes se les podría aplicar una SCP en delitos intracarcelarios se encuentran reclusas, es probable que un porcentaje de ellos haya sido condenado previamente por un crimen o simple delito. De esa manera quedarían fuera del ámbito de aplicación de esta salida alternativa. Por otro lado, es probable que lesiones leves y homicidios culposos raras veces lleguen a ser denunciados dentro del contexto carcelario. Ese hecho se explicaría por la naturalización de la violencia al interior de las cárceles (véase arriba). Así, como se denuncian menos, existirían menos probabilidades de llegar a un acuerdo reparatorio. Por otro lado, se podría pensar que los fiscales no recurren a la SCP en delitos intracarcelarios por el esfuerzo logístico que implicaría. Sería necesario buscar primero el acuerdo del imputado<sup>95</sup> y coordinarse con el servicio penitenciario para poder conversar con él o tendrían que visitar la cárcel. Luego habría que trasladar al imputado a la audiencia.

Por último, las condiciones que podría imponer el juez de garantía al momento de resolver la aplicación de la SCP son de difícil o imposible cumplimiento al interior de una cárcel. En las actuales condiciones del sistema carcelario chileno, será difícil obligarle a una persona privada de libertad, por ejemplo, someterse a un tratamiento médico o ejercer un trabajo. El hacinamiento podría dificultar, también, la imposición de la obligación de abstenerse de frecuentar determinados lugares o personas.<sup>96</sup>

Respecto a los AR, una última línea interpretativa podría relacionarse con que las personas privadas de libertad no cuentan generalmente con recursos financieros que podrían utilizar con este fin. La falta de una política de persecución penal específica de delitos intracarcelarios, podría implicar que ese eventual desequilibrio no encuentra contrapeso.

### *c. Decisiones de no investigar o de dejar una investigación*

Los instrumentos procesales más relevantes, que contribuyen al descongestionamiento del sistema, y que consideramos en nuestro análisis,

---

<sup>95</sup> Artículo 237 párr. 1 Código Procesal Penal.

<sup>96</sup> Artículo 238 parr. letra a., b., c., d. del Código Procesal Penal.

son la facultad de no iniciar una investigación<sup>97</sup>, el archivo provisional<sup>98</sup> y la decisión de no perseverar.<sup>99</sup>

*c.1. Facultad de no iniciar una investigación:* Horvitz explica que esta se refiere a supuestos evidentes o manifiestos donde basta la información y los antecedentes suministrados en la denuncia para tomar la decisión de no iniciar una investigación. En estos casos, el fiscal puede abstenerse de investigar y archivar definitivamente la causa previa aprobación del juez de garantía.<sup>100</sup>

Los resultados arrojan diferencias considerables entre el uso de esa herramienta procesal en los delitos intra y extracarcelarios. Respecto a los homicidios intracarcelarios, destaca que el Ministerio Público haya decidido el año 2009, en un 11,6% no iniciar investigaciones. Pese a que ese porcentaje bajó, promediando un 1.6% en los años siguientes (con un rango de 3,0% en 2015 a 0% en 2018), se puede observar que, en comparación a los homicidios cometidos fuera de la cárcel -salvo en los años 2014 y 2018 en que los porcentajes igualaron y/o superaron levemente a los porcentajes en homicidios intracarcelarios- en todos los otros años la facultad de no investigar se aplicó en mayor proporción dentro que fuera de la cárcel. Asimismo, cuando se denunciaron lesiones al interior de la cárcel, el Ministerio Público decidió no iniciar investigaciones también en una proporción mayor que frente a lesiones extracarcelarias. Salvo en el año 2013, en el resto de los años la proporción de facultades de no investigar en lesiones intracarcelarias superó a las extracarcelarias. De hecho, en 2011, 2018, 2019 y 2020, este porcentaje duplicó al de lesiones extracarcelarias.

También podemos observar que, desde el 2015 (5,4%), existe una tendencia hacia el mayor uso de esa herramienta procesal, duplicando y/o triplicando las cifras de años anteriores. Ese desarrollo se percibe también en las investigaciones de lesiones cometidas fuera del sistema carcelario. Si en el 2012 la Fiscalía sólo decidía no investigar lesiones en

---

<sup>97</sup> Artículo 168. Código Procesal Penal.

<sup>98</sup> Artículo 168. Código Procesal Penal.

<sup>99</sup> Artículo 248 letra c. Código Procesal Penal.

<sup>100</sup> HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Tomo I. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005. p. 485.

un 2,1% de las causas, desde el año 2016 esa cifra se duplicó, llegando a 4,7% en 2017.

Por otra parte, el uso de esta herramienta procesal en delitos sexuales muestra una tendencia distinta. En delitos sexuales intracarcelarios, el Ministerio Público decidió no iniciar investigaciones en un rango que va de 0,8 % (2011) a un 8,1 % (2019). Desde el año 2015 existe además una tendencia hacia el mayor uso de la facultad de no iniciar investigaciones en delitos sexuales cometidos al interior del sistema carcelario. En cambio, en delitos sexuales cometidos en el contexto libre, el porcentaje de causas donde la Fiscalía decide no iniciar una investigación es generalmente mayor, variando entre un 4,2% (2010) a un 6,8 % (2015). El porcentaje de aplicación de este tipo de término, muestra mayor estabilidad en el tiempo en el caso de los delitos sexuales extracarcelarios.

**Tabla N° 3.** Facultad para no investigar en delitos extra e intracarcelarios

TIPO DE DELITO / CONTEXTO	2009		2010		2011		2012		2013		2014	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%
HOMICIDIOS EXTRA	14	0,7	9	0,4	10	0,5	5	0,2	4	0,2	27	1,1
HOMICIDIOS INTRA	5	11,6	2	2,8	1	1,2	1	1,9	2	1,8	1	1,1
LESIONES EXTRA	7206	2,9	6661	2,8	7181	2,6	5484	2,1	5997	2,5	7125	3,2
LESIONES INTRA	136	4,1	95	3,0	270	6,6	62	1,6	91	2,0	175	3,3
D. SEXUALES EXTRA	1117	5,0	879	4,2	1034	4,6	1097	4,6	1360	5,4	1455	5,6
D. SEXUALES INTRA	6	2,8	3	1,9	1	0,8	1	0,9	2	2,4	1	1,1
TIPO DE DELITO / CONTEXTO	2015		2016		2017		2018		2019		2020	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%
HOMICIDIOS EXTRA	24	1,0	16	0,7	15	0,6	10	0,4	29	1,0	21	0,9
HOMICIDIOS INTRA	3	3,0	2	1,9	1	1,2	0	0,0	5	1,4	1	1,0
LESIONES EXTRA	7166	3,4	8570	4,3	9192	4,7	9432	4,6	9069	4,1	7017	4,0
LESIONES INTRA	308	5,4	400	6,9	537	7,6	848	10,9	902	9,6	770	8,1
D. SEXUALES EXTRA	1590	6,8	1358	5,9	1383	5,7	1611	5,6	1881	5,4	1276	4,9
D. SEXUALES INTRA	3	3,6	4	4,3	2	4,0	4	5,9	8	8,1	5	4,0

*Fuente:* Elaboración propia en base a datos SAF, Ministerio Público.

Los resultados muestran que, en homicidios y lesiones intracarcelarias, los fiscales en mayor medida consideran desestimar la investigación a partir de la información aportada solo en las denuncias. En base a los datos disponibles, no podemos analizar las razones que



inciden en esta práctica. Sin embargo, investigaciones previas<sup>101</sup> muestran como otros actores del sistema judicial desconfían de las declaraciones de personas privadas de libertad. Parece poco probable que las y los fiscales sean la excepción.<sup>102</sup> La desconfianza también podría ir acompañada de cierta indiferencia o desinterés en este tipo de delitos y sus víctimas, dando cuenta que la naturalización de la violencia intracarcelaria también opera a nivel de los persecutores.

Igual vemos que los resultados en delitos sexuales se contraponen a esa tendencia. Si bien las cifras totales son muy bajas, lo que puede dificultar una comparación, podemos entender el resultado en relación al nivel de afectación de la convivencia interna y lo que implica para la víctima denunciar esos hechos dentro de una cárcel. Desde esta perspectiva, es probable que la víctima solo presente una denuncia cuando tiene pruebas irrefutables. Sólo en ese caso es probable que rompa lo que se ha denominado una “Ley de silencio”<sup>103</sup>, ya que ser víctima de un delito sexual entre privados de libertad es percibido como parte del “estar preso”.<sup>104</sup>

García y Quesada en una investigación sobre violación sexual e impunidad en el sistema carcelario en Costa Rica, encontraron que la persona privada de libertad “pareciera hablarlo sólo cuando ha podido generar un lazo de confianza con uno de los funcionarios, en general del área de Seguridad”. Sin embargo, hasta los funcionarios penitenciarios “que se enteran de estas situaciones al igual que los privados de libertad también

---

<sup>101</sup> STIPPEL, Jörg. *Cárcel, derecho y política*. Santiago: LOM, p. 272 y ss.

<sup>102</sup> Nelken constata que en la medida en que los fiscales tengan margen de maniobra, sus elecciones reflejarán sus concepciones sobre lo que los tribunales pueden y deben hacer en estas situaciones. NELKEN, David. *Comparative Criminal Justice Beyond Ethnocentrism and Relativism*. *European Journal of Criminology*, v. 6, n. 4, pp. 291-311, 2009. <https://doi/10.1177/1477370809104684> p. 308.

<sup>103</sup> GARCÍA, Mercedes y QUESADA, Lucía. Violación sexual e impunidad en el sistema carcelario en Costa Rica, *Revista Humanitas*, v. 11, n. 11, pp. 29-46, 2014. p. 33 y ss.

<sup>104</sup> Existe una documentación extensa sobre la problemática de Human Rights Watch que ha contribuido a impulsar la posterior legislación contra la violencia sexual en las cárceles estadounidenses (Prison Rape Elimination Act). Véase: Human Rights Watch Report. (2001). No Escape: Male Rape in U.S. prisons. Disponible en: <https://www.hrw.org/reports/2001/prison/report.html>

sienten temor a comunicarlo por miedo a que el preso se vea perjudicado, porque no tienen confianza en el manejo que de esta información hagan otros funcionarios”.<sup>105</sup>

Podemos suponer entonces, que la barrera de denunciar un delito sexual es mayor. Eso explicaría el porcentaje bajo de decisiones donde la o el fiscal deciden no investigar los hechos, ya que esas denuncias podrían ser especialmente graves y fundadas.

*c.2. Archivo provisional:* como lo explica Vitar, el archivo opera cuando los antecedentes de un caso no permiten conducir una investigación con razonables expectativas de éxito.<sup>106</sup> Entonces la decisión de archivar una causa se basa no sólo en la información contenida en la denuncia, sino también en antecedentes adicionales recopilados en la investigación. Falta señalar que un Instructivo general del Fiscal nacional<sup>107</sup>, exige que los fiscales deben ser especialmente cuidadosos en el uso del archivo provisional en relación a delitos que afectan la libertad o indemnidad sexual, la vida y la libertad personal. En este tipo de casos se debe investigar “hasta agotar los medios razonables de esclarecimiento del ilícito denunciado y de sus autores, antes de dar aplicación al archivo provisional”.<sup>108</sup>

---

<sup>105</sup> GARCÍA, Mercedes y QUESADA, Lucía. Violación sexual e impunidad en el sistema carcelario en Costa Rica, *Revista Humanitas*, v. 11, n. 11, pp. 29-46, 2014. p. 35.

<sup>106</sup> VITAR, Jorge. El archivo provisional y su adecuada aplicación en el proceso penal chileno, En: FUENTES, Claudio (Coord.). *Diez Años de la Reforma Procesal Penal en Chile*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales. pp. 110 a 152, 2011. p. 114.

<sup>107</sup> FISCALÍA DE CHILE. Oficio FN N° 790/2008. Instrucción general que imparte criterios de actuación y procesos de gestión asociados al archivo provisional de la investigación, el principio de oportunidad y la facultad para no iniciar investigación, dejando sin efecto los anteriores. 22 de diciembre de 2008.

<sup>108</sup> OFICIO N° 790/2008, punto I. Vitar señala que existen mecanismos de control que pretenden evitar abusos, corrupción y decisiones erradas de los fiscales en el uso del archivo provisional. Cuando se trata de delitos que merecen una pena aflictiva (tres años y un día o más, art. 35 CP), el fiscal solo tiene cierta autonomía para archivar casos de mediana y baja gravedad, pues debe someter su decisión de archivar una causa a la aprobación del respectivo Fiscal Regional. VITAR, Jorge. El archivo provisional y su adecuada aplicación en el proceso penal chileno. En: FUENTES, Claudio (Coord.). *Diez Años*

**Tabla N° 4.** Archivo provisional en delitos extra e intracarcelarios

TIPO DE DELITO / CONTEXTO	2009		2010		2011		2012		2013		2014	
	N°	%	N°	%	N°	%	N°	%	N°	%	N°	%
HOMICIDIOS EXTRA	107	5,0	120	4,7	150	7,2	154	7,1	163	7,4	210	8,5
HOMICIDIOS INTRA	20	46,5	24	33,3	6	7,1	14	25,9	23	20,9	44	50,0
LESIONES EXTRA	81914	33,4	78643	33,5	83146	30,6	72400	27,6	59065	24,8	58718	26,4
LESIONES INTRA	1928	57,7	1957	60,9	2568	63,0	2659	67,1	2334	52,1	2825	53,3
D. SEXUALES EXTRA	12347	55,4	11057	52,2	11969	52,7	12049	50,6	13428	52,8	13737	53,1
D. SEXUALES INTRA	177	83,1	134	85,9	94	72,9	70	62,5	60	70,6	66	72,5
TIPO DE DELITO / CONTEXTO	2015		2016		2017		2018		2019		2020	
	N°	%	N°	%	N°	%	N°	%	N°	%	N°	%
HOMICIDIOS EXTRA	221	9,4	239	10,2	242	10,2	226	9,3	265	9,2	225	9,8
HOMICIDIOS INTRA	49	49,5	24	22,6	15	18,3	19	21,3	27	7,5	30	31,3
LESIONES EXTRA	57836	27,3	55397	27,9	59094	30,3	68981	33,5	77743	34,8	68747	39,5
LESIONES INTRA	3002	53,0	2969	51,0	4036	56,9	4397	56,5	4468	47,4	5197	54,8
D. SEXUALES EXTRA	11940	51,0	11760	51,1	12437	51,5	15796	54,8	19412	55,4	13993	53,4
D. SEXUALES INTRA	58	69,0	66	71,0	32	64,0	46	67,6	66	66,7	83	66,9

Fuente: Elaboración propia en base a datos SAF, Ministerio Público.

Observamos una diferencia marcada comparando delitos intra y extracarcelarios. En homicidios intracarcelarios el porcentaje de AP oscila entre 7,1% (2011) y 50% (2014). En cambio, en homicidios cometidos fuera de la cárcel nunca superó el 10,2% (2016 y 2017). Salvo el 2011 y 2019, en todos los otros años el porcentaje de AP de homicidios intracarcelarios fue ampliamente mayor al de homicidios fuera de la cárcel, en varios años incluso triplicó y cuadruplicó su número. Por otra parte, en homicidios extracarcelarios, estos muestran cierta estabilidad en el porcentaje de AP, bordeando el 10%, en especial en los últimos 6 años. Por el contrario, en homicidios intracarcelarios, el porcentaje de AP presenta una evolución más irregular. En el caso de lesiones, el porcentaje de AP intracarcelario también supera al que se aplica en lesiones extracarcelarias. Cuando se investigó un delito de lesiones al interior de una cárcel, esa investigación fue archivada siempre en más de la mitad de las causas, llegando a más de las dos terceras partes (un 67,1% en 2012). En cambio, generalmente se archivó un tercio o menos de las causas que indagaban lesiones cometidas

*de la Reforma Procesal Penal en Chile.* Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales. pp. 110 a 152, 2011. p. 117.

fuera de la cárcel (solo el 2020 la cifra fue mayor, 39,5%). En delitos sexuales intracarcelarios las cifras totales de denuncias que constan en los registros son muy bajas. Sin embargo, los pocos casos que logran ser denunciados se archivan en su gran mayoría (llegando a un 85,9% en 2010). Incluso en 2012, el año con el menor porcentaje, se archivaron un 63% de las causas. En comparación, los delitos sexuales extracarcelarios nunca fueron archivados en un porcentaje mayor al 55,4% (2009 y 2019), y en general, bordean el 50% en todos los años.

Podemos interpretar estos resultados apoyándonos en los hallazgos de estudios previos. Pásara encontró que existían cuatro factores que consideraban los fiscales para concluir que no había posibilidades de éxito con una investigación: no había imputado, no había testigos, la víctima no era habida o esta no entregaba antecedentes. Sin embargo, “cuando la víctima no insistía ante el Ministerio Público, el caso estaba destinado al archivo, aunque se tratase de un delito que no requiriere acción de parte”. Critica que “algunos de los casos referidos mostraban simplemente una falta de actividad de parte del Ministerio Público que probablemente revelaba carencia de interés”.<sup>109</sup>

Varios de los factores enunciados por Pásara cobran relevancia en la investigación de delitos intracarcelarios. En estos, la víctima tiene serias dificultades de insistir ante el Ministerio Público, pues se encuentra recluida. Normalmente no cuenta con un celular ni puede acceder a teléfonos públicos. A su vez no existe un ambiente que podría permitir llamadas en confianza, pues los teléfonos públicos están a la vista y escucha del resto de la población recluida en ambientes abiertos. Cualquier insistencia podría conllevar represalias por parte del posible victimario. En el contexto de la propia subcultura carcelaria el hecho de denunciar a otro recluso o de ser testigo en una causa penal está visto como un acto que contraviene las reglas internas. Desde esa perspectiva es difícil para

---

<sup>109</sup> Pásara hace notar que “cuando así se procede, dejándose sin respuesta la demanda de justicia planteada por un miembro de la sociedad, de una parte, se ignora que cada conflicto reviste importancia para las partes implicadas”. Según él “los efectos de la desatención llegan a comprometer las bases mismas del funcionamiento social y el régimen político”. PÁSARA, Luis. *La justicia en la región andina*. Miradas de cerca a Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015. pp. 125, 147 y ss.

víctimas encarceladas conseguir a testigos. Por eso sería necesario una política que contrastara esas dificultades. Similar a lo afirmado por Pásara podríamos sostener que la falta de esa política revela probablemente una carencia de interés.

Esa interpretación encontraría respaldo adicional en algo que propone Matus. Sugiere establecer, que los casos archivados “no son casos terminados, sino, más bien, no investigados o mal investigados”.<sup>110</sup> En base a ello, podríamos concluir que la variación en la práctica del uso del AP indica que un mismo delito se investiga peor cuando su víctima se encuentra privada de libertad.<sup>111</sup> Por otra parte, las irregularidades que se observan en relación a la evolución de los AP en el contexto intracarcelario, podrían indicar la falta de una política criminal específica que se oriente a la necesidad de mejorar o al menos mantener estas cifras en determinado rango.

*c.3. Decisión de no perseverar:* cuando el Ministerio Público decide dejar sin efecto una investigación, comunica al juez de garantía su voluntad de no perseverar en el procedimiento, por no haber podido reunir suficientes antecedentes para una acusación.<sup>112</sup> De acuerdo con

---

<sup>110</sup> Afirma que, con ello, la responsabilidad por la deficiente investigación recaería “en quien la debiera realizar o dirigir: la policía, en casos flagrantes y respecto de las primeras diligencias; los servicios forenses y médico legales en su caso; o los fiscales, cuando teniendo antecedentes conducentes no perseveran en la investigación”. MATUS, Jean Pierre. Evaluación crítica del funcionamiento del sistema procesal penal y presentación de propuestas específicas para su mejoramiento. p. 13.

<sup>111</sup> La Procuración Penitenciaria argentina constató una práctica similar: “De las trescientas dieciocho investigaciones judiciales por fallecimientos ocurridos en establecimientos penitenciarios federales entre 2009 y 2018, solamente dos expedientes han sido elevados a juicio por posibles responsabilidades de agentes penitenciarios. En uno de ellos se condenaron a cuatro agentes penitenciarios, mientras en el restante se dictaron absoluciones que se encuentran recurridas. Además, en nueve investigaciones se han citado a agentes penitenciarios a prestar declaración indagatoria, y en cinco se ha resuelto su procesamiento. Por fuera de ese puñado de excepciones, el 7% sólo registró avances respecto a otras personas privadas de su libertad, y el 45% fue archivado sin imputar a ningún funcionario penitenciario”. PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN. Morir en prisión: fallecimientos bajo custodia y responsabilidad estatal, 2020. p. 93.

<sup>112</sup> Artículo 248 letra c. CPP. Horvitz hace notar que ese mecanismo podría utilizarse con el fin de mantener abierta la investigación de un determinado

el mencionado instructivo<sup>113</sup>, por lo menos los delitos sexuales y los homicidios, siempre deberían ser investigados con especial diligencia antes de ser archivados, terminando así generalmente en una decisión de no perseverar.

Al analizar los resultados, no encontramos una tendencia clara en estas dos categorías de delitos. Existe un periodo donde la decisión de no perseverar es usada en un porcentaje mayor en homicidios extracarcelarios (2013 al 2016) que en aquellos intracarcelarios. Los años anteriores (2010 al 2012) muestran la tendencia inversa, lo mismo que desde el 2018 al 2020. Sin embargo, el porcentaje de “archivo tardío” en homicidios cometidos fuera del encierro, tuvo un rango de aplicación de 9,5 % en el 2009 a 14,3 % en el 2018, no alcanzando nunca los niveles a los que llegó en los homicidios intracarcelarios (el 2010 con 20,8 % y el 2017 con 23,2 %).

En delitos sexuales intracarcelarios el porcentaje máximo de decisiones de no perseverar (con un 16 % el 2017) también alcanza niveles muy superiores a los términos que recibieron los mismos hechos sufridos por víctimas en el medio libre (con un máximo de 8,2 % el 2015). En cambio, notamos una tendencia distinta en lesiones. Aquí la Fiscalía toma la decisión de no insistir en una investigación en mayor proporción en hechos ocurridos fuera del contexto carcelario. En lesiones sufridas dentro de la cárcel, el porcentaje de causas donde se decide no perseverar varía de un mínimo de 0,6% (2009 y 2011) a un máximo de 2,4% (2015). En cambio, el Ministerio Público no perseveró en la investigación de lesiones extracarcelarias en un mínimo de 3,5% (2010) y un máximo de 6,1% (2015). La siguiente tabla evidencia estos resultados:

---

delito, pues se podría pensar en presentar una nueva formalización de la investigación en un momento posterior. Interpretación sin embargo que ella rechaza, porque el legislador tenía “la voluntad drástica” de “poner término al procedimiento en caso de inactividad o falta de eficacia del Ministerio Público en sus tareas de persecución penal”. HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005. pp. 586 y ss.

<sup>113</sup> FISCALÍA DE CHILE. Oficio FN N° 790/2008.

**Tabla N° 5.** Decisión de no perseverar en delitos extra e intracarcelarios

TIPO DE DELITO / CONTEXTO	2009		2010		2011		2012		2013		2014	
	N°	%	N°	%	N°	%	N°	%	N°	%	N°	%
HOMICIDIOS EXTRA	201	9,5	287	11,3	199	9,6	229	10,5	257	11,7	341	13,7
HOMICIDIOS INTRA	2	4,7	15	20,8	10	11,9	8	14,8	7	6,4	8	9,1
LESIONES EXTRA	9178	3,7	8247	3,5	9880	3,6	11574	4,4	10597	4,5	12061	5,4
LESIONES INTRA	21	0,6	36	1,1	24	0,6	54	1,4	33	0,7	73	1,4
D. SEXUALES EXTRA	1426	6,4	1723	8,1	1487	6,5	1684	7,1	1890	7,4	2008	7,8
D. SEXUALES INTRA	10	4,7	4	2,6	17	13,2	12	10,7	3	3,5	8	8,8
TIPO DE DELITO / CONTEXTO	2015		2016		2017		2018		2019		2020	
	N°	%	N°	%	N°	%	N°	%	N°	%	N°	%
HOMICIDIOS EXTRA	256	10,9	279	11,9	329	13,9	348	14,3	348	12,0	311	13,6
HOMICIDIOS INTRA	6	6,1	9	8,5	19	23,2	12	13,5	15	4,2	13	13,5
LESIONES EXTRA	12881	6,1	11654	5,9	10902	5,6	11730	5,7	12759	5,7	10218	5,9
LESIONES INTRA	138	2,4	79	1,4	152	2,1	110	1,4	165	1,7	64	0,7
D. SEXUALES EXTRA	1913	8,2	1737	7,5	1713	7,1	1634	5,7	1789	5,1	1395	5,3
D. SEXUALES INTRA	6	7,1	7	7,5	8	16,0	3	4,4	6	6,1	0	0,0

Fuente: Elaboración propia en base a datos SAF, Ministerio Público.

Los datos analizados anteriormente son elocuentes. El porcentaje de decisiones de no perseverar en delitos intracarcelarios, generalmente es menor de aquel de delitos extracarcelarios. Visto en conjunto, esa práctica indica que el Ministerio Público generalmente toma la decisión de archivar una causa más tarde cuando se trata de investigar delitos cometidos fuera de la cárcel.

## CONCLUSIONES

Nos preguntamos en este artículo si: ¿la reacción institucional frente a delitos en que la víctima es una persona privada de libertad, alcanza el mismo estándar que aquella frente a delitos que ocurren fuera de la cárcel? A la luz de los datos analizados, comprobamos que no es lo mismo ser apuñalado, violado o asesinado dentro de una cárcel que fuera de ella. El Ministerio Público investiga estos delitos de manera distinta según sea el lugar de comisión de los hechos y, por ende, las víctimas de las cuales se trate. Las cifras muestran que en homicidios, lesiones y delitos sexuales intracarcelarios, los resultados de las investigaciones tienen menos salidas judiciales que cuando se persiguen los mismos delitos fuera de la

cárcel. Constatamos también que el principio de oportunidad se usa en un porcentaje mayor en delitos intracarcelarios, lo mismo que la facultad de no iniciar una investigación. Respecto al archivo provisional, en el contexto carcelario este duplica y a veces triplica su porcentaje en relación al uso fuera de la cárcel. Estos hallazgos son una constante en los 12 años analizados. Así, se concluye que los niveles de impunidad son mayores cuando se comete un delito al interior de una cárcel que fuera de ella.

Hay varias hipótesis explicativas sobre estos resultados. Por el lado de las víctimas, existiría desconfianza en el sistema penal, bajas expectativas sobre el efecto positivo de su denuncia y temor a sufrir represalias. También hay códigos culturales que operan al interior de la cárcel que refuerzan la mantención del silencio y desincentivan la denuncia y participación en un proceso penal. Por el lado de los fiscales y policías, puede existir desconfianza hacia las declaraciones de personas privadas de libertad, cierta indiferencia o desinterés en estos delitos y sus víctimas, y la percepción de que se desistirán de continuar y colaborar con la investigación. La falta de capacitación sobre investigación de delitos intracarcelarios colabora también con la precariedad de la respuesta. Por otra parte, la falta de independencia y especialización de Gendarmería de Chile como organismo auxiliar al que recurre el Ministerio Público, podría ser un factor especialmente relevante, sobre todo en los delitos de lesiones.

Si bien, en el caso de Chile, existen algunos instructivos del Fiscal nacional que entregan criterios de actuación sobre algunos delitos, estos parecen no tener aplicación práctica en el contexto carcelario, pese a que las personas privadas de libertad han sido categorizadas por la propia Fiscalía como un grupo en situación de vulnerabilidad. Esto nos hace suponer que juegan allí aspectos de la cultura institucional y de los propios prejuicios y estereotipos de los operadores del sistema, que coadyuvan para que en la práctica estas víctimas no sean atendidas ni protegidas en el estándar que se requiere.

Es necesario desarrollar más investigación para indagar con precisión cómo influyen estos y otros factores en los resultados de la persecución penal de estos delitos. En particular, identificar cómo se interrelacionan variables culturales e institucionales con la práctica concreta de los operadores (fiscales, policías, gendarmes, etc.) o en qué medida las acciones y decisiones que estos toman durante el proceso



penal, pueden ser independientes o autónomas respecto de las lógicas que sigue el sistema de justicia en su conjunto.

Por otra parte, los resultados llaman la atención, considerando que el ámbito carcelario es un espacio que ha sido caracterizado por ser una “institución total”<sup>114</sup>, donde el Estado se hace cargo de todos los aspectos de la vida de las personas privadas de libertad y le compete un rol de garante de la seguridad al interior de las cárceles.<sup>115</sup> Desde esa perspectiva, los niveles de impunidad deberían ser menores. Aquel que todo debe controlar, debería saber lo que pasa al interior, poder recopilar suficientes elementos de prueba y así esclarecer estos hechos. Sin embargo, mostramos que no es así.

Afirmamos además que las diferencias encontradas son discriminatorias. El Ministerio Público, en vez de delinear procedimientos especializados que permitan equilibrar las desventajas que sufre un grupo, reconocido como vulnerable, cuando se violan sus derechos, recurre a auxiliares que carecen de los conocimientos específicos. En vez de apoyarse en la policía, para la investigación de todos los delitos cometidos dentro de la cárcel, la Fiscalía recurre al apoyo de Gendarmería de Chile. Especialmente los resultados de las investigaciones de lesiones indican que ese apoyo no es suficiente.

Las evidencias muestran que se requiere de pautas de política criminal específicas para ajustar las estrategias de investigación al

---

<sup>114</sup> En la actualidad se discute el concepto de “institución total”, ya que la cárcel se ha vuelto una organización más permeable hacia exterior y se reconoce la existencia de importantes ámbitos de control por parte de las propias personas privadas de libertad. Pero al menos respecto a su regulación, esta sigue respondiendo a los parámetros que definen a una institución total. Véase: GOFFMAN, Erving. *Internados*. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales. Buenos Aires: Amorrortu, 1987. pp. 13 y ss.

<sup>115</sup> Como indica el Comisionado Parlamentario uruguayo Juan Miguel Petit: “La muerte en prisión constituye un hecho particularmente grave. El Estado es garante de los derechos humanos; y el primer derecho humano sobre el que se desarrollan todos los demás es el derecho a la vida. En el caso de las personas privadas de libertad, el Estado tiene a esos ciudadanos bajo su custodia directa, por lo que asegurar el derecho a una vida digna cobra especial vigor”. COMISIONADO PARLAMENTARIO PENITENCIARIO. Informe especial sobre muertes en custodia en 2016. p. 5 (punto 2). Sobre la posición de garante, véase: COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las américas, 2011. pp. 17 y ss.

interior de las cárceles y garantizar así una equidad y certeza jurídica en la persecución penal. Evidenciamos que, al menos a partir de sus resultados, el Ministerio Público parece no tomar en cuenta las particularidades en la conducción de investigaciones intracarcelarias para adecuar su intervención. Consideramos que esta falta de política criminal respecto a los delitos intracarcelarios da cuenta, entre otras cosas, de lo que Duce denomina como la persistencia de un estilo institucional que “privilegia una aproximación teórica o dogmática a los problemas del sistema de justicia criminal por sobre una entrada destinada a solucionar problemas concretos y específicos”.<sup>116</sup> Existe una Política Nacional de Persecución Penal que recoge la idea de la equidad, sin embargo, esta no avanza en la descripción, el análisis empírico y las propuestas de solución a los problemas concretos, como el que abordamos aquí.

Desde otra perspectiva, podemos entender que esta respuesta institucional a los delitos intracarcelarios contribuye a “modelar” la criminalidad intracarcelaria. En los delitos cometidos dentro del sistema carcelario, es la inacción la que puede explicar la mayor impunidad y consecuentemente los niveles delictivos. Si un factor disuasivo importante es el peligro de descubrimiento “anticipado” por el posible infractor<sup>117</sup>, la inactividad o ineffectividad en la persecución penal de estos delitos, es en sí uno de los factores explicativos no sólo del funcionamiento de las instituciones, sino de la propia criminalidad.

Finalmente, en sintonía con Lacey, podemos entender las diferencias detectadas como un indicador del estado de la democracia en Chile, que mostraría un serio déficit democrático cuando se trata de respetar los derechos de uno de los grupos de personas reconocidos por su situación de vulnerabilidad. En la práctica de la persecución penal en Chile existen víctimas de primera y segunda categoría. Las personas privadas de libertad son tratadas como personas menos importantes, como víctimas de segunda clase.

---

<sup>116</sup> DUCE, Mauricio. El Ministerio Público en la Reforma Procesal Penal en América Latina: visión general acerca del estado de los cambios. p. 74.

<sup>117</sup> NAGIN, Daniel. Deterrence: A Review of the Evidence by a Criminologist for Economists. *Annual Review of Economics*, n. 5, pp. 83–105, 2013. <https://10.1146/annurev-economics-072412-131310> pp. 93 y ss.

## REFERENCIAS

BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. Introducción a la sociología jurídico-penal. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2004.

BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio. *Evaluación de la reforma procesal penal: estado de una reforma en marcha*. Santiago: Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, 2003.

BECKER, Howard. *Outsiders: hacia una sociología de la desviación*. New York: Press of Glencoe, 1963.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Mensaje del Código Procesal Penal. 9 de Junio de 1995 Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1086244> Acceso en: 12 oct. 2021.

BINDER, Alberto. ¿Cómo y sobre qué debe rendir cuentas el sistema judicial? *Revista Sistemas Judiciales*, n. 15, pp. 88-102, 2009. <https://biblio.dpp.cl/data-files/14682.pdf>

BOGO CHIES, Luis y OTTA, Bruno. Mortes sob custódia prisional no Brasil. Prisões que matam; mortes que pouco importam. *Revista de Ciências Sociais*, Montevideo, v. 32, n. 45, pp. 67-90, 2018. <https://doi.org/10.26489/rvs.v32i45.3>

CAMPBELL, Donald. Assessing the impact of planned social change. *Evaluation and Program Planning*, v. 2, n. 1, pp. 67-90, 1979. [https://doi.org/10.1016/0149-7189\(79\)90048-X](https://doi.org/10.1016/0149-7189(79)90048-X)

CASTILLO, Ignacio. Enjuiciando al proceso penal chileno desde el inocentismo (algunos apuntes sobre la necesidad de tomarse en serio a los inocentes). *Revista Política Criminal*, Santiago, v. 8, n. 15, pp. 249-313, 2013. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992013000100007>

CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS (CEJA). Evaluación del sistema de justicia de Chile ante las violaciones de derechos humanos ocurridas en el contexto de la protesta social. 2020. Disponible en: <https://www.ciperchile.cl/wp-content/uploads/documento-03-1.pdf> Acceso en: 12 oct. 2021.

CHAHUÁN, Sabas. *Manual del (nuevo) Procedimiento Penal*. Santiago: Thomson Reuters, 2019.

CHAKRAVORTY SPIVAK, Gayatri y GIRALDO, Santiago. ¿Puede hablar el subalterno? *Revista Colombiana de Antropología*, Bogotá, v. 39, pp. 297-364, 2003. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=105018181010>

CHARMAN, Steve; DOUGLASS, Amy y MOOK, Alexis. Cognitive bias in legal decision making. En: BREWER, Neil y DOUGLASS, Amy (eds.). *Psychological Science and the Law*. Nueva York: The Guilford Press, 2019. pp. 30-53.

COMISIONADO PARLAMENTARIO PENITENCIARIO. Informe especial sobre muertes en custodia en 2016. Parlamento del Uruguay, 2016. Disponible en: [https://parlamento.gub.uy/sites/default/files/DocumentosCPP/Muertes%20en%20Prisi%C3%B3n%20Final%20para%20web.pdf?width=800&height=600&hl=en\\_US1&iframe=tr%20ue&rel=nofollow](https://parlamento.gub.uy/sites/default/files/DocumentosCPP/Muertes%20en%20Prisi%C3%B3n%20Final%20para%20web.pdf?width=800&height=600&hl=en_US1&iframe=tr%20ue&rel=nofollow) Acceso en: 14 dic. 2021.

COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. Medidas de Acción Afirmativa. Disponible en: <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2012/05/affirmative-action-advocacy-2004-spa.pdf> Acceso en: 30 sept. 2021.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las américas, 2011. pp. 17 y ss. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf> Acceso en: 15 dic. 2021.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis y GARCÍA, Elisa. RIMES: Un instrumento de comparación de políticas criminales nacionales desde la exclusión social. *Revista Política Criminal*, Santiago, v. 15, n. 30, pp. 670-693, 2020. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992020000200670>

DUCE, Mauricio. Desafíos en la persecución de delitos comunes en Chile: reflexiones a partir de una investigación empírica. *Revista Sistemas Judiciales*, Santiago, n. 15, pp. 36-48, 2010.

DUCE, Mauricio. El Ministerio Público en la Reforma Procesal Penal en América Latina: visión general acerca del estado de los cambios. pp. 65-82. Disponible en: <https://biblio.dpp.cl/datafiles/6163.pdf> Acceso en: 07 sept. 2021.

FANDIÑO, Marco; RUA, Gonzalo; MORENO, Leonardo y FIBLA, Gonzalo; Arellano, Jorge (Dir). Desafíos de la reforma procesal penal en Chile: análisis retrospectivo a más de una década. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, 2017. Disponible en: <https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5595/4%20-20Desaf%C3%ADos%20de%20la%20Reforma%20Procesal%20-%20VERSI%C3%93N%20DEFINITIVA.pdf?sequence=5&isAllowed=y> Acceso en: 12 oct. 2021.

FICALÍA DE CHILE. Política nacional de persecución penal. Disponible en: [http://www.fiscaliadechile.cl/politica\\_persecucion\\_penal.pdf](http://www.fiscaliadechile.cl/politica_persecucion_penal.pdf) Acceso en: 07 sept. 2021.

FISCALÍA DE CHILE. Protocolo intersectorial de alerta temprana ante muertes bajo control, custodia o cuidado del estado. 2018. Disponible en: <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=185862&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION> Acceso en: 20 nov. 2021.

FISCALÍA DE CHILE. Oficio FN N° 037/2019. Instrucción general que imparte criterios de actuación en delitos de violencia institucional. 15 de enero de 2019. Disponible en: <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=185862&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION> Acceso en: 12 oct. 2021.

FISCALÍA DE CHILE. Oficio FN N° 160/2009. Instrucción general que imparte criterios de actuación en delitos sexuales. 30 de marzo de 2009. Disponible en: [http://ciperchile.cl/pdfs/10-2013/abusos/Instructivo\\_Fiscalia\\_delitossexuales\\_refundido.pdf](http://ciperchile.cl/pdfs/10-2013/abusos/Instructivo_Fiscalia_delitossexuales_refundido.pdf) Acceso en: 20 nov. 2021.

FISCALÍA DE CHILE. Oficio FN N° 790/2008. Instrucción general que imparte criterios de actuación y procesos de gestión asociados al archivo provisional de la investigación, el principio de oportunidad y la facultad para no iniciar investigación, dejando sin efecto los anteriores. 22 de diciembre de 2008. Disponible en: <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/instructivos/index.do?d1=70> Acceso en: 20 nov. 2021.

GARCÍA, Mercedes y QUESADA, Lucía. Violación sexual e impunidad en el sistema carcelario en Costa Rica. *Revista Humanitas*, v. 11, n. 11, pp. 29-46, 2014.

GOFFMAN, Erving. *Internados*. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales. Buenos Aires: Amorrortu, 1987.

GRATTET, Ryken. Societal Reactions to Deviance. *Annual Review of Sociology*, n. 37, pp. 185-204, 2011. <https://doi.org/10.1146/annurev-soc-081309-150012>

HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.

INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, INDH. Estudio de las condiciones carcelarias en Chile 2016 - 2017. Seguimiento de recomendaciones y cumplimiento de estándares internacionales sobre el derecho a la integridad personal. Santiago: Andros Ltda., 2018. Disponible en: <https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/1180/estudio-general-2016-2017.pdf?sequence=3> Acceso en: 20 nov. 2021.

JACKSON, Jonathan; TYLER, Tom R.; BRADFORD, Ben; TAYLOR, Dominic y SHINER, Mike. Legitimacy and procedural justice in prisons. *Prison service journal*, n. 191, pp. 4-10, 2010. <http://eprints.lse.ac.uk/29676/>

JUST DETENTION INTERNATIONAL. El Abuso sexual en prisión: una crisis global de los derechos humanos. Disponible en: [https://justdetention.org/wp-content/uploads/2015/11/International\\_Summary\\_Spanish.pdf](https://justdetention.org/wp-content/uploads/2015/11/International_Summary_Spanish.pdf) Acceso en: 20 nov. 2021.

KUNZ, Karl-Ludwig y SINGELNSTEIN, Tobias. *Kriminologie*, séptima edición. Bern: UTB, 2017.

LACEY, Nicola. Criminal Justice and Democratic Systems: Inclusionary and Exclusionary Dynamics in the Institutional Structure of Late Modern Societies. *Center for European Studies Working Paper Series*, n. 148, pp. 1-38, 2007. <http://aei.pitt.edu/9016/1/lacey.pdf>

LA CUARTA. Así de peligrosas son las peleas en el óvalo de la Peni. (22.07.2018) Disponible en: <https://www.lacuarta.com/cronica/noticia/ovalo-peni-pelea/274641/> Acceso en: 12 oct. 2021.

LA TERCERA. Ex Penitenciaría de Santiago: poder y jerarquía en la cárcel más poblada de Chile. (09.12.2018) Disponible en: <https://www.latercera.com/nacional/noticia/ex-penitenciaria-santiago-poder-jerarquia-la-carcel-mas-poblada-chile/437714/> Acceso en: 12 oct. 2021.

LIEBLING, Alison. The Meaning of Ending Life in Prison. *Journal of Correctional Health Care*, v. 23, n. 1, pp. 20-31, 2017. <https://doi.org/10.1177/1078345816685070>

LORCA, Rocío. ¿Cuál es el problema con la impunidad? una aproximación no punitivista. En: BEADE, Gustavo; BRACANCCINI, Fernando y MOLLIS, Santiago (eds.), *Castigo, Proceso y Teoría Política*, Santiago: Editorial Marcial Pons, 2021 (en prensa).

MATUS, Jean Pierre. Evaluación crítica del funcionamiento del sistema procesal penal y presentación de propuestas específicas para su mejoramiento. Estudio de Trasfondo Grupo Res Pública Chile. Disponible en: <https://biblio.dpp.cl/datafiles/13405.pdf> Acceso en: 23 nov. 2021.

MEDINA, Paula. Bases de datos Excel. Dataset. figshare. 2022. <https://doi.org/10.6084/m9.figshare.21168829>

MONTESQUIEU (1689-1755). *Del espíritu de las Leyes*. Madrid: Alianza Editorial, 2015.

NACIONES UNIDAS. SUBCOMITÉ DE PREVENCIÓN CONTRA LA TORTURA. CAT/C/CHL/CO/6/Add.1. Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile. Información recibida de Chile sobre el seguimiento de las observaciones finales. 14 de agosto de 2019. Disponible en: <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhskHN->

jYqFY2xlvG2nAe1%2BVFnRtx%2FFPK%2FFzRCQmha%2BiGVNUU9k%2FCe0f-vMZ7gl%2F13dVgosYCHqPvwoKrTKU%2BEvAQngAp9Bx8hcbNWdhtaVkJQ-2kh4W8iofD29n%2FCthTWfzoKOA%3D%3D Acceso en: 12 oct. 2021.

NAGIN, Daniel. Deterrence: A Review of the Evidence by a Criminologist for Economists. *Annual Review of Economics*, n. 5, pp. 83–105, 2013. <https://10.1146/annurev-economics-072412-131310>

NELKEN, David. Comparative Criminal Justice Beyond Ethnocentrism and Relativism. *European Journal of Criminology*, v. 6, n. 4, pp. 291-311, 2009. <https://doi/10.1177/1477370809104684>

NEUMAN, Elías. El abuso de poder en las cárceles latinoamericanas. Disponible en: <https://www.ehu.es/documents/1736829/2029681/08+-+Abuso+poder+-+carceles.pdf> Acceso en: 10 sept. 2021.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Protocolo de Minnesota sobre la Investigación de Muertes Potencialmente Ilícitas (2016), Nueva York y Ginebra, 2017. Disponible en: [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/MinnesotaProtocol\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/MinnesotaProtocol_SP.pdf) Acceso en: 20 nov. 2021.

OLAVE, Mauricio. Tribunales en pandemia: urge una sobredotación de jueces y juezas. *El Mostrador*, 16.03.2021. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/destacado/2021/03/16/tribunales-en-pandemia-urge-una-sobredotacion-de-jueces-y-juezas/> Acceso en: 23 oct. 2021.

OSORIO, Oscar. Vulnerabilidad y vejez: implicaciones y orientaciones epistémicas del concepto de vulnerabilidad. *Intersticios sociales*, n. 13, pp. 1-34, 2017. <https://doi.org/10.55555/IS.13.112>

PÁSARA, Luis. *La justicia en la región andina*. Miradas de cerca a Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015.

PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN. Morir en prisión: fallecimientos bajo custodia y responsabilidad estatal, 2020. Disponible en: <https://www.ppn.gov.ar/pdf/publicaciones/cuadernos/cuadernos-ppn-13.pdf> Acceso en: 20 nov. 2021.

SÁNCHEZ, Mauricio y PIÑOL, Diego. Condiciones de vida en los centros de privación de libertad en Chile. Instituto de Asuntos Públicos, Universidad de Chile, 2015. Disponible en: [https://www.cesc.uchile.cl/docs/CESC\\_condiciones\\_centros\\_privacion.pdf](https://www.cesc.uchile.cl/docs/CESC_condiciones_centros_privacion.pdf) Acceso en: 12 oct. 2021.

SANHUEZA, Guillermo; SMITH, M. Ángeles y VALENZUELA, Victoria. Victimización física entre internos en cárceles chilenas: una primera exploración. *Revista Trabajo Social*, Santiago, n. 88, pp. 61-73, 2015. <https://doi.org/10.7764/rts.88.61-74>

SQUELLA, Agustín. *Filosofía del Derecho*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001.

STIPPEL, Jörg. *Las cárceles y la búsqueda de una política criminal para Chile*. Santiago: LOM, 2006.

STIPPEL, Jörg. *Cárcel, derecho y política*. Santiago: LOM, 2013.

TRAJTENBERG, Nicolás y SÁNCHEZ DE RIBERA, Olga. Violencia en instituciones penitenciarias. Definición, la medición y la explicación del fenómeno. *Revista de Ciencias Sociales*, Montevideo, v. 32, n. 45, pp. 147-175, 2019. <https://doi.org/10.26489/rvs.v32i45.6>

TOMCZAK, Philippa y McALLISTER, Sue. Prisoner death investigations: a means for improving safety in prisons and societies? *Journal of Social Welfare and Family Law*, v. 43, n. 2, pp. 212-230, 2021. <https://doi.org/10.1080/09649069.2021.1917714>

VALENZUELA, Cristián; VALENZUELA, Bayron; AEDO, Sócrates; ROJAS, María; PACHECO, Ana María; MARTÍNEZ, Mónica. Lesiones traumáticas más frecuentes producidas en 2 centros de detención penitenciario, un estudio observacional. *Revista de Cirugía*, v. 72, n. 2, pp. 107-112, 2020. <http://dx.doi.org/10.35687/s2452-45492020002480>

VITAR, Jorge. El archivo provisional y su adecuada aplicación en el proceso penal chileno", En: FUENTES, Claudio (Coord.). *Diez Años de la Reforma Procesal Penal en Chile*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2011. pp. 110 a 152.

WISNER, Ben; BLAIKIE, Piers; CANNON, Terry y DAVIS, Ian. *At risk: natural hazards, people's vulnerability and disasters*. Londres: Routledge, 2004.

### Authorship information

Jörg Alfred Stoppel. Doctor en Derecho, Universidad de Bremen. Docente e Investigador de la Universidad Central de Chile. [jorg.stoppel@ucentral.cl](mailto:jorg.stoppel@ucentral.cl)

Paula Medina González. Magíster en Criminología, Universidad Central de Chile; Magíster en Métodos para la Investigación Social, Universidad Diego Portales. Docente e Investigadora de la Universidad Central de Chile. [pmedinag@ucentral.cl](mailto:pmedinag@ucentral.cl)



### **Additional information and author's declarations (scientific integrity)**

*Acknowledgement:* Este trabajo forma parte del proyecto Fondecyt Regular N° 1211531: “Persecución penal de delitos intracarcelarios y la protección de sus víctimas y testigos en Chile: características y factores que inciden en su eficacia y calidad” (2021- 2023), financiado por la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo de Chile (ANID). El presente artículo expone una primera parte de esta investigación, dejando para documentos posteriores el estudio de los factores explicativos de las diferencias que aquí se describen.

*Conflict of interest declaration:* the authors confirm that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

*Declaration of authorship:* all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

- *Jörg Alfred Stippel:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Paula Medina González:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.

*Declaration of originality:* the authors assure that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; they also attest that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

### Editorial process dates

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Submission: 14/01/2022
- Desk review and plagiarism check: 20/01/2022
- Review 1: 31/01/2022
- Review 2: 14/02/2022
- Review 3: 04/03/2022
- Communication to postpone the editorial process to V8N3: 17/04/2022
- Preliminary editorial decision: 04/09/2022
- Correction round return 1: 20/09/2022
- Preliminary editorial decision 2: 20/09/2022
- Correction round return 2: 20/09/2022
- Final editorial decision: 12/10/2022

### Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Assistant-editor: 1 (PMM)
- Reviewers: 3

### HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

STIPPEL, Jörg A.; MEDINA GONZÁLEZ, Paula. Discriminación en la persecución penal. Acerca de las diferencias entre delitos intracarcelarios y delitos cometidos fuera de prisión. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, n. 3, p. 1607-1656, set./dez. 2022. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i3.679>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.