

A MODO DE PRÓLOGO

Me pide mi querido amigo y colega José Luis Cusi Alanoca quien adopta la identificación académica de Jose L. Cusi-Alanoca que contribuya con algunas ideas y reflexiones sobre el trabajo que me ha hecho llegar intitulado: «*EL DEBIDO PROCESO COMO GARANTÍA EPISTÉMICA*», con el subtítulo: «*La primacía de las garantías epistémicas en el constitucionalismo penal frente al castigo inmediato*»

Para comenzar, no pasa desapercibida la apoyatura epistémica en la que desea anidar su trabajo. La palabra epistémica del griego ἐπιστήμη *epistēmē* supone 'conocimiento'. Pero, indagando, aún más, sobre su significado, el diccionario de la lengua española nos muestra varios de sus significados; a saber: 1. Conocimiento exacto, 2. Conjunto de conocimientos que condicionan las formas de entender e interpretar el mundo en determinadas épocas y 3. Saber construido metodológica y racionalmente, en oposición a opiniones que carecen d fundamento.

A través del tránsito de los significados de la palabra episteme, el autor se adentra en una exposición con la que persigue trasladar al lector un conocimiento exacto de lo que es objeto de estudio, que, además, se encuentra condicionada por el modo de entender e interpretar la aplicación del derecho penal elaborada mediante una concreta metodología de modo racional en contraste con criterios o planteamiento doctrinales diversos o no coincidentes con los que sustenta el autor.

Para situarnos en contexto, conviene tener presente que la institución del debido proceso tiene su origen en el Reino de la Gran Bretaña en el que surge ante la inexistencia de una declaración de derechos fundamentales, con rango constitucional, al estilo del constitucionalismo norteamericano, continental e hispanoamericano lo que obligó a que los tribunales ingleses acudieran a conceptos muy genéricos como proceso legal, tratamiento igual o a aceptar la existencia de libertades abstractas en el modo en que son recogidas en las declaraciones universales de derechos humanos que históricamente irían conformando el concepto de proceso que se adecuaba o era debido con una práctica judicial concreta de esos conceptos extremadamente genéricos en su institución procesal más ejemplar como lo es y sigue siendo, el juicio con jurado en la que se ofrecen, en el sistema británico, garantías procesales adecuadas a las partes que aseguran la equidad (*fairness*), imparcialidad e independencia judiciales, igualdad y uniformidad en la aplicación universal del derecho, racionalidad, publicidad del proceso que integran la noción de debido proceso.

Como podrá comprenderse el debido proceso se caracterizaría por evitar el rigor inflexible de la ley, igual para todos, comparable a una regla de hierro

que solo con el calor de la forja se doblega y que puede justificar incluso la ausencia de justicia ya que *summum ius summa iniura* pero que se evitaría si se acude a la aplicación del derecho, mediante su vertiente racional y de equidad (*fairness*) que bien podría responder a la justicia natural, por oposición a la letra de la ley positiva ya que esa justificación del proceso como debido descansaría en lo que es adecuado no ya según la ley positiva como también por la ley natural e incluso, como se ha indicado, por la ley divina.

El derecho norteamericano fiel a su origen anglosajón, sí que en cambio alude al debido proceso como garantía constitucional que «se consagra en las enmiendas quinta y decimocuarta de la Constitución federal, cuyo núcleo consiste en que nadie será privado de su vida, libertad o propiedad sino según el debido proceso legal». Si se observa bien, el denominado debido procesal legal o debido proceso de ley lo es ahora según ley. Pero, una ley cuyo ámbito nuclear consistente en que nadie será privado de su vida, libertad o propiedad, no es precisamente procesal, aunque necesita del proceso para ser efectiva lo que obliga a que esa ley que haría debido o adecuado al proceso, se deba proyectar en dos vertientes. En una vertiente material o substancial (el *substantive due process of law*) y en otra procesal (el *due process of procedural law*) siendo precisamente en el derecho norteamericano en el que se reflejaría esa doble perspectiva del denominado debido proceso de ley.

De modo similar a como sucedió en el país en el que surge el denominado debido proceso, ahora también en el derecho norteamericano, el primer aspecto, el *substantive due process* idiosincrásico del denominado debido proceso de ley norteamericano, ha pasado por diversas etapas, desde una en que se juzgó en el fondo contra una especie de derecho natural, la legislación de tipo económico-social y se declararon inconstitucionales las leyes laborales e intervencionistas porque supuestamente implicaban limitaciones no razonables al derecho de propiedad» a ser utilizado «por los tribunales para formar, sobre todo, el derecho a la intimidad de las personas (*privacy and personhood*).

Por su parte y respecto del segundo aspecto que sería el *due process of procedural law* o denominado debido proceso de ley procesal también se acudió, en el derecho norteamericano, a criterios muy genéricos según el camino que ya se recorrió en el país en el que surgió. En efecto y al igual que en el Reino de la Gran Bretaña, originariamente se recurrió a conceptos como el derecho natural o ideas de moralidad convencional o a una noción de lo que históricamente parecía justo y correcto aunque finalmente se impondría una receta del denominado debido proceso de ley procesal que respondería a tres factores distintos: primero, el interés privado que será afectado por una acción estatal; segundo, el riesgo de una privación errónea de dicho interés por medio de procedimientos utilizados y el valor probable, si hay alguno, de protecciones procesales alternativas, y finalmente, el interés del gobierno incluyendo la función oficial de que se trate y las cargas fiscales y administrativas que entrañarían requerimientos procesales adicionales o sustitutos.

Se comprenderá, pues, que el proceso que se pretende justificar en un sintagma adjetival como es el que hace referencia a su condición de debido, haya

surgido históricamente en el mundo anglosajón, que es de donde proviene, sustentado en justificaciones de muy diversa índole no todas ellas procesales.

El autor, que sigue en los inicios de su trabajo la propuesta metodológica de Ferrajoli, no es ajeno a cómo el propio Ferrajoli adopta las propuestas que, sobre el debido proceso, anidaron en su momento en el *common law* en donde surgió. Así dice, asumiendo el pensamiento de Ferrajoli, que «una garantía es una técnica normativa prevista para tutelar efectivamente un derecho subjetivo, ya sea patrimonial o fundamental. Su existencia se justifica por la desconfianza en el cumplimiento espontáneo del derecho, especialmente frente al ejercicio ilegítimo del poder. En este marco, el *garantismo* no es solo una doctrina penal, sino un paradigma general del derecho que impone límites y controles jurídicos a todos los poderes -públicos y privados, estatales e internacionales-, a fin de asegurar la efectividad de los derechos fundamentales».

En definitiva, el garantismo es primordialmente sustancial y sólo cuando su sustantividad es puesta en cuestión, surge como garantismo procesal. Pero, con la advertencia de que su instrumentalidad, al servicio del garantismo sustancial, lo puede ubicar incluso al margen de la ley en los casos en que la sustantividad de la realidad social lo exija programando un modelo de garantismo procesal que surge del veredicto no motivado o no legal o no sujeto a la aplicación de la ley por parte de un jurado.

Este modelo de garantismo no encuentra justificación en el sistema del *civil law* en el que el garantismo procesal «se manifiesta en una concepción estricta del principio de legalidad y de tipicidad procesal. En esta perspectiva, el juez no es —dice Cusí-Alanoca siguiendo a Alvarado Velloso— un creador del derecho, sino un aplicador de normas previamente establecidas. Su actuación está regulada por el ordenamiento jurídico y sometida a un conjunto de garantías que aseguran la previsibilidad y la seguridad jurídica. De allí el rechazo tajante al decisionismo judicial, a las medidas autosatisfactivas, a las innovaciones sin base legal expresa y a la justicia de valores».

Como se puede observar, las anteriores reflexiones serían lo más opuesto a cómo el garantismo es concebido en el sistema del *common law*. Es más, se podría concluir que cuando se acude al garantismo procesal en los sistemas jurídicos del *civil law* —entiéndase los sistemas jurídicos de latino américa y europeos— en nada y para nada se vinculan con el modelo de garantismo que se aplica en el sistema del *common law*.

No obstante, la anterior reflexión, existe capacidad de sinonimia entre el garantismo que se adopta en el sistema del *common law* con el normativo constitucional que se postula en el sistema del *civil law*, porque, si bien el segundo permite construir el Estado constitucional de Derecho que «no es, según Cusí-Alanoca, simplemente una forma organizativa del poder, sino una forma jurídica y política de limitarlo mediante la garantía de derechos» permite la apertura al proceso justo; concepto más propio del *common law* que del *civil law* pero que, para Cusí-Alanoca, «debe ser entendido como un derecho fundamental de carácter dinámico, que trasciende la dimensión de la excesiva formalidad del procedimiento para orientarse hacia la efectividad material de los derechos»

encontrando su más equilibrada perfección en la existencia del debido proceso que aun cuando «se oriente a la conformidad con la verdad», en palabras de Andrés Ibañez, muy trabajosamente congenia con el modelo de debido proceso que se aplica en el sistema del *common law* en el que un sistema procesal netamente adversarial, desconocido para los sistemas del *civil law*, impide el logro de la verdad y acrecienta la existencia de veredictos erróneos.

Planteamiento que puede que posea particular incidencia en la presunción de inocencia que «exige, según Cusi-Alanoca, que el Estado se abstenga de emitir condenas informales o juicios mediáticos que afecten el honor, la dignidad y los derechos fundamentales del individuo».

Termina el Prof. Cusi-Alanoca refiriéndose a dos cuestiones de particular importancia y de extrema preocupación social. De un lado alude al feminicidio o violencia de género o violencia sobre la mujer con resultado de muerte y, de otro, a la victimología.

En definitiva, el lector tiene en sus manos todo un ramillete de cuestiones metodológicamente bien tratadas que le van a permitir adentrarse mediante una lectura fácil y, sobre todo, bien documentada, en conceptos que son básicos para un correcto entendimiento del Derecho procesal justificado en el alcance epistémico de cada una de ellas.

En Donostia-San Sebastián (España), junio de 2025

Prof. Dr. Dr. Dr. b. c. mult. Antonio M^a Lorca Navarrete

Director del Instituto Vasco de Derecho Procesal/Director of the Basque
Institute of Procedural Law

Web: <http://www.institutovascodederechoprocesal.com/>

Scientific CV: <https://orcid.org/0000-0003-3595-3007>

Catedrático de Derecho Procesal/Professor of Procedural Law

PREFACIO

Vivimos tiempos en los que la sensibilidad frente al dolor de las «víctimas» —especialmente en casos de violencia de género— ha ganado espacio en el discurso jurídico, político y social. Y eso, sin duda, es un avance necesario y legítimo porque reafirma una sociedad justa. Pero al mismo tiempo, vemos cómo esa legítima preocupación, en determinados contextos, puede debilitar los pilares esenciales del Estado Constitucional de Derecho: *principio de legalidad, seguridad jurídica, la presunción de inocencia, el debido proceso, la valoración racional de la prueba y la motivación argumentativa de las decisiones judiciales*. La reacción frente al dolor no puede convertirse en una justificación para el castigo sin prueba ni contradicción.

Este libro está estructurado en seis capítulos que buscan aportar claridad y reflexión sobre estas tensiones.

El *primer capítulo* aborda el *paradigma del garantismo*: Es un modelo teórico, normativo y crítico del derecho. Se trata de un modelo garantista clásico que se fundamenta en principios como la *legalidad estricta, la lesividad y materialidad de los delitos, la responsabilidad personal, el juicio oral contradictorio y la presunción de inocencia* el cual *no* buscan proteger al acusado, sino evitar que la justicia se convierta en una justicia arbitraria que condene a inocentes. En este sentido, el garantismo, no pretende renunciar al castigo, es una exigencia con el fin de que toda sanción penal esté precedida por un proceso justo, racional y respetuoso de los derechos y garantías fundamentales.

El *segundo capítulo* explora y reafirma el constitucionalismo garantista: Es decir, la idea de que el derecho penal solo puede operar dentro de la esfera o umbral de la Constitución, reconociendo la supremacía normativa de la Constitución, los derechos fundamentales como límites al poder punitivo, el principio de legalidad como base del control judicial y los límites precisos a cualquier forma de arbitrariedad institucional.

El *tercer capítulo* analiza, desde una mirada crítica y comprometida con el Estado constitucional de derecho, cómo las garantías constitucionales operan como fundamentos epistémicos del proceso penal justo y racional. Esto se vuelve especialmente relevante frente a escenarios complejos, donde el *castigo inmediato* tiende a sustituir la argumentación racional por decisiones apresuradas y condicionadas por la presión política, social y mediática y por la íntima convicción del juez.

En el *cuarto capítulo* se reflexiona sobre *el impacto de los estereotipos y sesgos cognitivos en la valoración de la prueba*, con especial énfasis en los delitos de femicidio. Asimismo, analizo sobre cómo la perspectiva de género —

justicia de género—, puede, en determinados contextos, derivar en el debilitamiento de garantías fundamentales del proceso penal, como la exigencia de prueba, la presunción de inocencia, la inversión racional de la carga de la prueba o la necesidad de una motivación rigurosa en las decisiones judiciales.

En el *quinto capítulo* analizo los sistemas de valoración de la prueba, con especial énfasis en el *sistema de la sana crítica*, entendido como un método racional y justificado para fundamentar la valoración de la prueba. A diferencia del sistema de prueba legal tasada, este modelo permite al juez valorar libremente los medios de prueba conforme a criterios lógicos, metodológicos y epistemológicos, sin incurrir en arbitrariedad. En este apartado, examino tanto los fundamentos teóricos de la *sana crítica* y de las reglas de sana crítica —estándares—, las cuales exigen una justificación y motivación razonada basada en la lógica, las máximas de experiencia, conocimientos científicos... Asimismo, explico cómo este sistema contribuye a la búsqueda de la *verdad*, garantizando decisiones judiciales fundadas en pruebas debidamente corroboradas y no en meras elucubraciones.

Finalmente, el *sexto capítulo* examina el lugar que ocupa la *víctima en el concepto constitucional de justicia penal*, proponiendo una tesis: la víctima no puede ser reducida a un mero discurso político ni a una figura decorativa del proceso. Pero tampoco puede ser tratada como un simple argumento retórico en decisiones judiciales cargadas de citas doctrinales y referencias legales, ya que con ello no se garantiza el restablecimiento *efectivo* de los daños causados por quien ha sido declarado penalmente responsable. El reconocimiento de la víctima en el proceso penal debe ser real, y respetuoso del marco garantista.

Este libro nos invita a reflexionar con honestidad intelectual y un firme compromiso académico sobre las garantías epistémicas. En una época en la que la justicia penal tiende a supeditarse a la presión política, social y mediática —que a menudo se convierte en excusa para acelerar la resolución de los casos, a costa de decisiones que carecen de la debida motivación y fundamentación—, este libro propone recuperar el sentido profundo de las garantías epistémicas, o al menos alentar su investigación para hacerla más completa. No como obstáculos, sino como garantías indispensables frente al poder.

El lector encontrará en este libro una mirada crítica sobre cómo el castigo inmediato, producto de la presión mediática, social, política o de las denuncias falsas envueltas de emociones que distorsionan la *finalidad del proceso penal acusatorio —búsqueda de la verdad—*. Frente a ese escenario de castigo inmediato, la respuesta no puede ser otra que la reafirmación de la garantía a tener un derecho a un juicio justo, fundado en pruebas, en igualdad de partes, y no en prejuicios o urgencias punitivas.

Los jueces no pueden ceder ante ninguna presión. Pues son los únicos que poseen legitimidad institucional y constitucional para impartir justicia a través del derecho, en virtud del mandato que les confiere la Constitución y la Ley, por ello tienen el *deber* de fundamentar y motivar sus decisiones con base a la prueba de los hechos. Necesitamos jueces con amplia formación para el cargo

que ejercen, con independencia e imparcialidad, con sentido de justicia (conforme el ordenamiento positivo vigente) y con la convicción de que su tarea no es agrandar a la opinión pública o al poder político, sino aplicar el derecho con imparcialidad, no «crearla». El verdadero equilibrio está ahí: entre la protección de los derechos y la responsabilidad frente a la víctima; entre la firmeza del derecho y la prudencia en su aplicación; entre la legalidad como límite del poder y la humanidad como fundamento de la justicia.

*José L. Cusi-Alanoca*¹

En las alturas de La Paz (Bolivia),
durante el gélido invierno andino de 2025

1. Nota del autor sobre la identificación académica:

En publicaciones anteriores, el autor aparece como José L. Cusi Alanoca (sin guion). Para garantizar identificación precisa y evitar separaciones erróneas (como Alanoca o Cusi por separado), a partir de la presente obra, y con el fin de garantizar consistencia en la identificación académica, se adopta la forma José L. Cusi-Alanoca (con guion) como firma unificada en todas las futuras publicaciones. Esta decisión se alinea con convenciones de estandarización académica (APA, Chicago), Normas RAE (DPD, entrada «guion»), y prácticas internacionales para mantener la identidad unificada del autor en bases de datos científicas (ORCID, Scopus). Se solicita a lectores, bibliotecas y bases de datos que utilicen este formato para todas las referencias y citas posteriores.

Capítulo I

PARADIGMA DEL GARANTISMO

1. MODELO GARANTISTA²

1.1. La epistemología garantista

Ferrajoli, entiende que el derecho penal en los ordenamientos jurídicos modernos es, en gran medida, un producto histórico de la modernidad racional. El modelo garantista clásico se fundamenta en *principios como la legalidad estricta, la lesividad y materialidad de los delitos, la responsabilidad personal, el juicio oral contradictorio y la presunción de inocencia*. Todos estos principios tienen su origen en la tradición ilustrada y liberal del siglo XVIII, que aglutina diversas corrientes filosóficas: el iusnaturalismo, el contractualismo, el racionalismo y el empirismo, la teoría de la separación de poderes, el positivismo jurídico y el utilitarismo.³

Sin embargo, Ferrajoli advierte que estos fundamentos no son homogéneos ni unívocamente liberales. Algunas de estas doctrinas, como el utilitarismo, han servido tanto para fundamentar penas mínimas (como en Beccaria) como para justificar sistemas represivos orientados a la seguridad máxima (como la prevención especial o la defensa social). Del mismo modo, el positivismo jurídico, si bien es la base del principio de legalidad, también puede sustentar regímenes penales absolutistas, al ser neutral frente al resto de las garantías procesales. Incluso las teorías contractualistas han sido usadas para legitimar modelos tan dispares como el estado absoluto de Hobbes, el estado de derecho liberal de Locke o la democracia directa de Rousseau.⁴

Pese a esta heterogeneidad teórica, los principios garantistas consagrados en constituciones y codificaciones modernas configuran, según Ferrajoli, un *sistema unitario y coherente*, cuya cohesión proviene de su función epistemológica: ofrecer un esquema racional y fiable de identificación de la desviación punible. Así, el garantismo penal no solo actúa como un sistema de límites al poder punitivo, sino que garantiza un modelo de juicio racional orientado a proteger a las personas contra la arbitrariedad.⁵

2. El presente se fundamenta en el famoso libro «Derecho y razón» de Luigi Ferrajoli.

3. Ferrajoli, 1995: 33-34.

4. Ferrajoli, 1995: 33-34.

5. Ferrajoli, 1995: 33-34.

Ferrajoli reconoce que este modelo presenta aporías teóricas y lógicas, que lo convierten en un esquema ideal y en parte ideológico. Sin embargo, antes de emprender su crítica o revisión, es necesario delinear sus dos elementos fundamentales: uno legislativo (la definición de los delitos y penas) y otro jurisdiccional (la verificación de la conducta punible), los cuales sustentan, respectivamente, *las garantías penales y las garantías procesales* del sistema punitivo.⁶

1.2. Convencionalismo penal y estricta legalidad

Para Ferrajoli, el *convencionalismo penal* constituye el primer elemento estructural del modelo garantista del derecho penal y se expresa en el *principio de estricta legalidad*. Este principio establece dos condiciones fundamentales para la determinación de lo punible:⁷

- *Condición formal o legal*: solo puede considerarse punible aquello que ha sido definido formalmente por la ley, sin referencia a juicios morales, naturales o sociales sobre la desviación. Es la clásica máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*.
- *Condición empírica o fáctica*: las conductas punibles deben ser definidas legalmente de forma objetiva, a partir de comportamientos observables, y no de condiciones personales o estatus subjetivos del autor. Se aplica aquí la máxima *nulla poena sine crimine et sine culpa*.

1.2.1. La doble dimensión del principio de legalidad

Ferrajoli distingue dos sentidos del principio de legalidad:⁸

- *El principio de mera legalidad* (dirigido a los jueces): obliga a aplicar exclusivamente lo que esté legalmente tipificado, con independencia de valoraciones personales sobre la moralidad o la justicia del hecho.
- *El principio de estricta legalidad* (dirigido al legislador): exige que las normas penales sean empíricamente precisas, taxativas y excluyan formulaciones vagas o abiertas, garantizando así su carácter exhaustivo y excluyente.

Este principio, en su versión estricta, funciona como una *técnica legislativa* para excluir tipificaciones penales arbitrarias o discriminatorias que se basan en categorías personales (como «vagos», «proclives a delinquir», «enemigos del pueblo», etc.), y no en hechos verificables.⁹

6. Ferrajoli, 1995: 33-34.

7. Ferrajoli, 1995: 33-34.

8. Ferrajoli, 1995: 33-34.

9. Ferrajoli, 1995: 33-34.