

INTRODUCCION

En noviembre de 1998, la Fundación para el Debido Proceso Legal organizó una conferencia en Washington, D.C. sobre "Reformas a la Justicia Penal en las Américas". La conferencia fue organizada en cooperación con la Fundación Interamericana de Abogados, y fue posible gracias a una donación de la Agencia Internacional para el Desarrollo de los Estados Unidos. La conferencia tuvo como anfitrión al Banco Interamericano de Desarrollo y recibió la asistencia del Banco Mundial. Este libro contiene los principales trabajos y ponencias presentados durante la conferencia.

I

Con esta conferencia la Fundación para el Debido Proceso Legal inauguró formalmente su programa de actividades. La idea del establecimiento de una institución dedicada al mejoramiento y la modernización de los sistemas nacionales de justicia en las Américas tiene sus orígenes en la creación, en 1992, de la Comisión de la Verdad de las Naciones Unidas para El Salvador. La Comisión estaba integrada por el ex-Presidente de Colombia, Belisario Betancur, el ex-Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela, Reinaldo Figueredo, y el abajo firmante, ex-Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En El Salvador, nos enfrentamos cara a cara con un sistema judicial corrupto y abusivo, el cual, a menos que fuera reformado, haría imposible la transición de un sistema básicamente opresivo y carente de respeto a la Ley, a un país en el cual el estado de derecho y las instituciones democráticas tendrían oportunidad de arraigarse gradualmente. Por lo tanto, dentro de las recomendaciones contenidas en el informe de la Comisión de la Verdad nos referimos a la necesidad de reformar el sistema de justicia.

Con el tiempo, nuestra experiencia en El Salvador nos llevó a reflexionar sobre la situación en otros países de nuestra región y a comprender que mientras el caso de El Salvador era en muchos aspectos único, otros países en nuestra región padecían, en mayor o menor medida, los efectos de sistemas de administración de justicia arcaicos, ineficientes, opresivos, corruptos y ampliamente antidemocráticos, los cuales necesitaban ser reformados.

Concluimos, por lo tanto, que el mejoramiento y la reforma de los sistemas para la administración de justicia existentes, necesitaban volverse un asunto prioritario en la agenda de todos aquellos que creen en la promoción de los derechos humanos en las Américas. De no prestarse atención, nuestros ineficientes, muchas veces corruptos y arcaicos sistemas de justicia, impedirán que una auténtica democracia se arraigue en nuestra región. Con el tiempo, aquellos sistemas de justicia producirán una insatisfacción popular generalizada con el riesgo de llevar líderes autoritarios al poder, iniciándonos nuevamente en el ciclo de violencia y represión que muchos de nosotros todavía recordamos demasiado bien. En resumen, estas son las consideraciones que llevaron en 1996, a los tres ex-miembros de la Comisión de la Verdad de las Naciones Unidas para el Salvador y a algunos de nuestros amigos y colegas a establecer la Fundación para el Debido Proceso Legal. Y éstas son básicamente las consideraciones que sirven como puntos de referencia para las futuras actividades de la Fundación.

II

No es una sorpresa, dada la alta calidad profesional de los participantes en la conferencia, que los trabajos presentados durante la misma y el intercambio de ideas que se produjo, contenga una gran riqueza de información acerca de los esfuerzos que se han dado en la actualidad para la reforma de la administración de la justicia penal, sus éxitos y fracasos. La conferencia demostró que importantes reformas están comenzando a ser implementadas, que tanto académicos como practicantes creativos y comprometidos están trabajando duro en la reestructuración o en la promoción de la reestructuración de la administración de los sistemas de justicia penal en sus países de origen, y que al menos en algunos de esos países, propuestas prometedoras de reforma están siendo favorablemente recibidas por los formadores de políticas y las instituciones judiciales nacionales.

Al mismo tiempo, la conferencia también demostró que todavía hay una enorme cantidad de trabajo por realizar, particularmente en asegurar que las innovaciones institucionales tomadas de otros sistemas legales, como el sistema acusatorio del *common law*, no sean simplemente impuestas sobre instituciones ya existentes. La experiencia en este sentido muestra que las reformas legales deben ser adaptadas al ambiente socio-político en el cual dichas reformas serán aplicadas, y que procedimientos y prácticas que funcionan en un sistema no necesariamente funcionan en otro. Estas conclusiones hacen un llamado para que exista un mayor escrutinio de las propuestas de reforma a la administración de justicia en términos de su adaptabilidad nacional y práctica; estas conclusiones también hacen un llamado para el desarrollo de programas de capacitación e investigación que empleen métodos empíricos y comparativos para probar la adaptabilidad.

III

La Fundación para el Debido Proceso Legal agradece a los participantes en la conferencia por su excelente disposición a compartir sus experiencias y sus reflexiones. La Fundación planea hacer uso de las conclusiones que han surgido de esta conferencia para formular sus programas específicos de investigación y capacitación. La Fundación espera convocar conferencias similares en el futuro para continuar el importante diálogo iniciado en noviembre de 1998.

Thomas Buergenthal

Washington, D.C. Junio de 1999

PALABRAS DE LA PROCURADORA GENERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS

Janet Reno *

Me complace estar aquí para dirigirme a este público distinguido y diverso, reunido por la Fundación para el Debido Proceso Legal conjuntamente con la Fundación Interamericana de Abogados, para hablar de las “Reformas a la Justicia Penal en las Américas” y los cambios y desafíos que enfrentamos en nuestro vecindario hemisférico para promover el imperio de la ley y para asegurar que la justicia se administra de una manera equitativa y efectiva para los ciudadanos a los cuales servimos y a las sociedades en las cuales vivimos. La convocatoria a esta conferencia por parte de estas fundaciones, cuyos miembros tienen un compromiso de larga data para con la protección de los derechos humanos y para con el mejoramiento de la administración de justicia en las Américas, y el hecho de que ustedes hayan aceptado la oportunidad de participar, nos satisface sobremanera.

Todos nosotros vivimos en un tiempo extraordinario de estímulos, energía y cambio. Como nunca antes, las vidas y las visiones de nuestros conciudadanos están siendo iluminadas y ampliadas por intercambios económicos, sociales y educativos con ciudadanos de otros países y culturas. De diversas maneras las fronteras territoriales entre los países están desapareciendo, a medida que vamos eliminando las barreras al comercio, a los viajes y a las comunicaciones.

La comunidad global de naciones en que vivimos nos proporciona mejores oportunidades de entendimiento mutuo— para compartir nuestras experiencias culturales y nuestra historia, los valores y tradiciones particulares de nuestras sociedades, y nuestras idiosincrasias— y el acceso y movilidad internacional que no podríamos haber imaginado hace pocas décadas.

Nuestro mundo es sin duda alguna un mundo mejor por el ánimo y la energía de nuestro tiempo— pero el hecho de que existe una comunidad global, con acceso transnacional instantáneo al conocimiento, a la información y a las ideas, también plantea desafíos nuevos y difíciles a nuestras instituciones y a nuestros gobiernos, y hace surgir nuevas expectativas, en nuestros conciudadanos, de un futuro mejor y más seguro.

- Mientras la gente de nuestros países ve y experimenta avances en sus propias vidas y en las vidas de sus vecinos internacionales, ¿no deben esperar y anticipar que los procesos, las instituciones y los individuos que los gobiernan también avancen para mantenerse al paso de los tiempos cambiantes y para satisfacer sus necesidades con mayor celeridad y eficiencia?
- Las personas, al hacer uso de los avances tecnológicos del mundo contemporáneo para comunicarse y viajar y participar en el comercio con cada vez mayor facilidad y flexibilidad, y al darse cuenta de que los delincuentes y las empresas criminales están empleando los mismos mecanismos para robarles el dinero y amenazar su bienestar, ¿no deben ellas esperar y anticipar que sus gobiernos e instituciones utilicen todos los medios posibles para protegerlas de interferencias ilegales y para disuadir patrones novedosos y destructivos de conducta criminal?
- Al utilizar el ciberespacio con fines buenos y legales, ¿no deberán nuestros ciudadanos esperar y anticipar ser libres del "ciber-crímen" y la amenaza que éste plantea a su privacidad y seguridad?
- Al observar los avances y las mejoras en el sector privado y en otros ámbitos, ¿no deben ellos esperar y anticipar avances similares en los procesos de la justicia — el descarte de los procedimientos anticuados y

* Procuradora General de los Estados Unidos de America

formales, un cambio radical de las leyes y de los reglamentos para satisfacer las necesidades modernas, un compromiso renovado para con la aplicación eficiente y efectiva de la ley y la realización completa del enorme potencial de la cooperación internacional— para mejorar las vidas cotidianas de los ciudadanos de la comunidad global?

Nos corresponde a todos los que hoy estamos aquí— representantes de los gobiernos del hemisferio, sean del poder judicial, del poder legislativo, fiscales y abogados defensores, académicos y diplomáticos, representantes de organizaciones no gubernamentales y del sector privado— formar y poner en práctica una coalición que satisfaga las expectativas y las esperanzas de los pueblos de nuestro hemisferio y del mundo entero.

Nosotros necesitamos forjar esta coalición si es que vamos a trabajar de manera eficaz en el fortalecimiento de los sistemas de justicia en la región, sistemas que reconozcan los derechos humanos de todas las personas, pero que a la vez validen y sostengan los derechos de aquellos ciudadanos respetuosos de la ley, de gozar de la paz y de la seguridad en sus hogares y en sus comunidades— sistemas que suministren acceso por igual y de manera oportuna a la justicia tanto para los acusados como para las víctimas— sistemas que reconozcan y protejan a los miembros más vulnerables de nuestras sociedades, los jóvenes y los ancianos, quienes con demasiada frecuencia son blanco de la actividad criminal, o que se encuentran indefensos ante los trámites engorrosos de nuestras estructuras burocráticas y jurídicas— sistemas que sean libres de influencias políticas y que rechacen las influencias corruptoras que nos rodean y nos amenazan a todos— sistemas que remuevan las barreras que todavía existen a la cooperación de agencias encargadas de hacer cumplir la ley a nivel internacional, para que así nuestros esfuerzos de llevar a los fugitivos ante la justicia de la manera más eficaz posible al igual que nuestros esfuerzos por desarticular las organizaciones transnacionales que aquejan a nuestra comunidad global, puedan tener éxito.

Nuestra coalición de compromiso también exigirá una coalición de todos nuestros recursos— recursos en cuanto tiempo, personas y dinero. Se requerirá de un esfuerzo coordinado por parte de todos los que nos encontramos hoy aquí y de los gobiernos, instituciones y organizaciones que representamos, para que se hagan realidad nuestras metas— y para cumplir con las esperanzas, las expectativas y los sueños de los ciudadanos del mundo en general.

Como parte de este movimiento de compromiso y acción, yo espero viajar pronto a Brasil para reunirme con los fiscales o procuradores generales de los países del hemisferio para evaluar nuestros esfuerzos y trazar nuestra trayectoria para el próximo siglo. Además, espero asistir a la próxima reunión de ministros de justicia en el Perú a comienzos de 1999 para compartir y ampliar nuestros compromisos mutuos con el progreso, incluyendo la creación de un Centro de Estudios de Justicia a nivel hemisférico, el cual todos nuestros Presidentes acordaron crear durante la Segunda Cumbre de la Américas. Abrigo el sueño de que este Centro establezca un mecanismo que permita y promueva el avance permanente de las varias reformas a la justicia penal en el largo plazo, por medio del intercambio de experiencias y programas de estudio por parte de jueces, fiscales, abogados defensores y otros en todo el hemisferio.

La cooperación regional que todos ustedes están demostrando esta noche y durante esta semana es admirable. Como todos sabemos, no hay ningún país que tenga todas las respuestas acerca de cómo llevar a cabo estas reformas ni de cómo enfrentar estos tiempos cambiantes. Podemos y debemos aprender los unos de los otros. Gracias a esta conferencia, todos los que nos encontramos aquí hoy día podemos compartir y beneficiarnos de nuestra pericia, nuestros conocimientos y nuestra experiencia para hacer de nuestro hemisferio y de nuestra comunidad global un mejor lugar para vivir.

Como dije anteriormente, nuestros ciudadanos esperan que hagamos todo lo que esté a nuestro alcance para satisfacer sus sueños para el próximo milenio— por medio de la utilización de avances tecnológicos, de la voluntad de deshacernos de la formalidad en favor de la comunicación y la acción rápida y efectiva, y de un compromiso de hacer de todo sistema de justicia una vía para la completa y equitativa adjudicación y reconocimiento de los derechos de todas las personas que comparecen ante ella.

Unámonos, entonces, para hacer realidad sus expectativas y sus sueños.

Gracias.

RESUMEN EJECUTIVO DEL REPORTE DE CONFERENCIA

*Douglass Cassel**

PREAMBULO

La conferencia sobre Reformas a la Justicia Penal en las Américas se llevó a cabo por iniciativa de la Fundación para el Debido Proceso Legal y la Fundación Interamericana de Abogados, del 17 al 20 de noviembre de 1998 en Washington, D.C. Los recursos financieros para la realización de esta conferencia fueron suministrados por la Agencia para el Desarrollo Internacional del Gobierno de los Estados Unidos (U.S. AID) y tuvo como anfitrión al Banco Interamericano de Desarrollo (BID).

El objeto de la conferencia fue reunir expertos en la materia, a fin de evaluar los progresos y discutir los problemas en los procesos de reforma de los sistemas de justicia penal en América Latina. Con ello se buscaba identificar mecanismos para futuros intercambios, así como también para el planeamiento y la investigación sobre el tema. Cabe señalar que los expertos consideraron, en el transcurso de esta Conferencia, tanto las experiencias particulares de cada país así como aquellas de carácter regional.

La Conferencia fue inaugurada por la Procuradora General de los Estados Unidos, la Doctora Janet Reno. En nombre de la Fundación para el Debido Proceso Legal las palabras de bienvenida estuvieron a cargo del Presidente de su Junta Directiva, Dr. Reinaldo Figueredo, y del Presidente de la Fundación, profesor Thomas Buergenthal. El señor Charles Norberg, fundador y primer presidente de la Fundación Interamericana de Abogados expresó igualmente palabras de bienvenida.

Durante la Conferencia, el Procurador General de México, Dr. Jorge Madrazo, abordó dos temas: uno referente a los esfuerzos efectuados por el Gobierno de México contra el crimen organizado, particularmente contra el tráfico de drogas, y el segundo, sobre el papel del fiscal y el juicio penal en el sistema de justicia criminal mexicano.

En la Conferencia participaron más de 40 expertos de Argentina, Bolivia, Chile, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, México, Perú, Estados Unidos y Venezuela. Entre ellos se encontraban funcionarios públicos, funcionarios de los poderes judiciales, del Ministerio Público, defensores públicos, abogados y expertos académicos, así como también especialistas del Banco Mundial y del Banco Interamericano de Desarrollo.

RESUMEN DEL PROGRAMA

Las sesiones de trabajo fueron inauguradas por el profesor Buergenthal y por el Doctor Fernando Carrillo Flores, ex Ministro de Justicia de Colombia y actual Consejero Principal para Reformas del Sector Público del Banco Interamericano de Desarrollo. Al efecto, se establecieron 8 paneles, en cada uno de los cuales se desarrolló una discusión plenaria del tema correspondiente. En el curso de cada discusión se abordaron puntos de vista globales y regionales así como estudios de casos de Venezuela y Chile. También se examinaron estudios sobre los nuevos papeles de los jueces, fiscales y defensores; sobre el derecho de la defensa; la coordinación de investigaciones criminales y la selección y entrenamiento de las personas

* Miembro y Secretario del Consejo Directivo de la Fundación para el Debido Proceso Legal; Director del Centro Internacional de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Northwestern University, Chicago, Estados Unidos.

involucradas en el proceso penal. De igual forma, el Procurador General de México, Dr. Jorge Madrazo, expuso sobre el tema de la delincuencia internacional organizada.

A continuación se presenta un breve resumen de las presentaciones. El texto completo de casi todas las presentaciones se encuentra en este mismo tomo.

Las presentaciones fueron las siguientes.

Tema: Consideraciones sobre las reformas de los Códigos de Procedimiento Penal a nivel global y regional.

Expositores:

Dr. Fernando Carrillo Flores (introducción).

Profesor Mirjan Damaska, Escuela de Derecho de la Universidad de Yale (aspectos globales).

Dr. José Cafferatta Nores, Diputado del Parlamento Argentino (aspectos regionales).

El Dr. Carrillo explicó que los Bancos Internacionales reconocen que la existencia de un Estado de Derecho es elemento básico para el establecimiento de una economía de mercado. Apuntó sobre las preocupaciones que el BID contempla con respecto al tema de la administración de justicia, señalando, además, que 19 de los 26 países de América Latina están en una etapa de transición hacia un sistema de procedimiento penal de tipo acusatorio oral.

El Profesor Damaska explicó las razones ideológicas y pragmáticas para las “grandes y aceleradas transformaciones en el derecho penal, no solamente en los países en vías de desarrollo, sino también en la mayoría de los países desarrollados”. Asimismo, explicó por qué histórica y actualmente algunos aspectos del sistema acusatorio oral tienden a adoptarse cada vez más en países que mantienen procedimientos penales de tradición inquisitiva. De igual forma, subrayó la necesidad de adelantar un estudio cuidadoso sobre las reformas efectuadas hacia un sistema oral, debido a que, en la práctica, el efecto de esas reformas puede variar sensiblemente de un particular sistema inquisitivo a otro. Subrayó, finalmente, que los derechos de la defensa deben mantener un estrecho equilibrio con la política de control criminal y argumentó “prudencia y moderación” en el tema de la protección del debido proceso.

El Dr. Cafferata señaló, por su parte, que la tendencia reformista hacia el sistema acusatorio oral en los derechos penales de América Latina obedece a la apertura hacia ideas democráticas y a la implantación de políticas de control criminal más realistas en la región. Asimismo, explicó cómo han cambiado los papeles de los distintos participantes en los sistemas de justicia penal y apuntó que la resistencia que se ha creado frente a la modificación del sistema penal basado en una tradición inquisitiva es el resultado de la herencia colonial autoritaria que poseen los distintos países de América Latina. Añadió que ello se debe también a los esfuerzos que aún se ejercen para mantener esquemas de poder autoritarios e injustos. De igual forma, rechazó la supuesta incompatibilidad entre los principios de seguridad pública y el respeto al debido proceso del acusado, indicando que ambos, seguridad y libertad, son posibles y por lo tanto pueden cohabitar. Por último, afirmó que las causas que han originado incrementos en los índices delictivos no se deben a deficiencias en los códigos de procedimiento penal, sino más bien a la exclusión social imperante y concluyó que, para reducir las tasas de criminalidad, es necesario construir una sociedad más justa.

Tema: Delincuencia Internacional Organizada.

Expositor:

Dr. Jorge Madrazo, Procurador General de México.

El Procurador General Madrazo advirtió que el “incremento de la violencia corrompe y es peligroso” y que la delincuencia organizada internacional, particularmente el tráfico de drogas, amenaza a la democracia y al estado de derecho. El Procurador Madrazo describió los esfuerzos del Gobierno de México en la lucha contra el tráfico de drogas y la corrupción oficial y en trabajar conjuntamente con los Estados Unidos.

Asimismo, abogó por mecanismos de evaluación multilateral dentro del sistema de la Organización de los Estados Americanos, en contraposición a aquellos similares de orden unilateral. Concluyó que el combate contra el tráfico de drogas es sólo posible dentro del marco de la cooperación internacional.

Tema: Reciente Adopción en Venezuela de un nuevo Código Procesal Penal.

Expositores:

Gisela Parra, Presidente del Consejo de la Judicatura de Venezuela.

Dr. Fernando M. Fernández, miembro de la firma Baker & McKenzie y Director de la Sección de Venezuela de Amnistía Internacional.

Dr. Alberto Arteaga, abogado y Profesor de Derecho Penal de la Universidad Central de Venezuela.

La Presidente Parra recalcó el proceso y el contenido de las recientes reformas al procedimiento penal con la promulgación del Código Orgánico Procesal Penal que consagra un sistema acusatorio y oral. Explicó que la iniciativa formal del proceso de reforma se inició a raíz de un acuerdo firmado con el Banco Mundial. Señaló que no obstante que el Nuevo Código entrará en vigor en julio de 1999, tres conjuntos de normas ya están en vigencia desde marzo de 1998: se trata de las correspondientes a los acuerdos reparatorios, la reducción de condena a cambio de reconocimiento por parte del imputado de los hechos que se le imputan y la eliminación del secreto o confidencialidad de la averiguación previa para el imputado y su defensa. Señaló que hasta este momento no se han registrado quejas contra esas reformas y que, dentro de un breve período de tiempo, todos los funcionarios del sistema de justicia recibirán orientaciones sobre el contenido de tales reformas.

El Dr. Fernández enfatizó los defectos del sistema anterior, que son los mismos que propiciaron las actuales reformas. Así, identificó nueve aspectos que también propiciaron la transición, la cual se encuentra reflejada en las reformas integrales y sistemáticas emprendidas en Venezuela. Estos aspectos incluyeron, entre otros, la existencia de un Estado desacreditado, una falta de cultura de respeto a los derechos humanos, los errores cometidos en el sistema judicial y la falta de confianza de la población con respecto a ese sistema, un poder judicial politizado y la constancia en irse por los extremos en lo que a penalidad se refiere: en ocasiones hay una total impunidad y en otras un castigo excesivo. Indicó que las reformas son serias e irreversibles y concluyó que mientras algunos colegios de abogados y el ministerio público se oponen al nuevo código, la sociedad civil lo defiende.

El Dr. Arteaga aconsejó no perder contacto con la realidad y acotó que la promulgación de una ley no debe ser confundida con un cambio real. Indicó que existe una especie de esquizofrenia: por un lado la ley dice una cosa y la realidad otra. Señaló que lo que debe ser cambiado son las mentes, pues de otra manera las leyes serán desobedecidas. Manifestó su apoyo al nuevo código pero con reservas y concluyó que en otros países, como en España, las reformas han sido implantadas de manera gradual, no así en Venezuela, donde se intenta cambiarlo todo inmediatamente.

Tema: La Experiencia de las Reformas en Chile.

Expositores:

Dra. Loreto Ruz Donoso, Subsecretaria para la reforma del código de procedimiento penal.

La Dra. Ruz explicó el proceso gradual de reforma experimentado en Chile de un sistema inquisitivo a un sistema acusatorio oral. Indicó que cuando el Presidente Aylwin asumió el poder, el sistema judicial de Chile carecía de credibilidad y violaba sistemáticamente las normas sobre derechos humanos. El Presidente Aylwin decidió iniciar los cambios incrementando los recursos materiales del sistema; sin embargo, después de cuatro años fue evidente que los salarios más altos y más computadoras no eran suficientes sin una reforma de las normas del procedimiento penal. El Presidente Frei hizo esfuerzos para obtener respaldo de la población en cuanto a las reformas; la resistencia inicial de los jueces, aunque continúa, ha

disminuido. Concluyó que existen varios proyectos de reforma y que Chile planea implantar el nuevo sistema primero en dos regiones y, después de cuatro años, extenderlo a todo el país.

Tema: “El Juez, el Fiscal y el Abogado Defensor: ¿Nuevos papeles y viejas costumbres?”

Expositores:

Dr. Alvaro Ferrandino, Director de la Oficina de Defensoría Pública de Costa Rica.

Dr. Jaime Giraldo, ex Ministro de Justicia de Colombia.

Profesor Juan Enrique Vargas, Universidad Diego Portales de Chile.

El Dr. Ferrandino explicó que Costa Rica ha tenido una mezcla de los dos sistemas desde 1975 y que él ha participado en programas de capacitación en Guatemala y El Salvador. Indicó que en esos países los más fuertes impulsores de la reforma hacia un sistema penal de tipo oral acusatorio son los abogados defensores y los defensores públicos. Señaló que en un principio algunos abogados defensores se opusieron a las reformas, por el hecho de que debían expedir los casos, privando a la defensa del atraso en la tramitación de los casos como estrategia táctica. Concluyó que ahora, sin embargo, los abogados defensores han entendido que el nuevo sistema les proporciona grandes oportunidades para defender a sus clientes.

El Dr. Giraldo expresó que la justicia en Colombia está actualmente igual o peor a como estaba antes de la reforma del sistema de justicia penal en 1991. En un sistema acusatorio, el cual Colombia ha tenido desde 1979, son necesarios grandes recursos para asegurar una adecuada defensa; la injusticia surge cuando los recursos con que cuenta la defensa no son iguales a aquellos que posee la fiscalía. Indicó que Colombia gasta el 1.6% de su producto interno bruto en el área de justicia, más que cualquier otro país de América Latina excepto Costa Rica. Señaló que la Fiscalía tiene aproximadamente 20,000 funcionarios, de los cuales 884 son defensores públicos. Indicó que no obstante los enormes esfuerzos realizados, esos defensores públicos son incapaces de atender ni siquiera al 10% de los indigentes imputados durante las averiguaciones previas (sumario). Señaló también que ha sido designado los Abogados de Oficio, por el cual todos los abogados de Colombia están obligados a aceptar la prestación de tal servicio. Sin embargo, en opinión del Dr. Giraldo, sin el sistema inquisitivo, en el cual los jueces de instrucción obtenían evidencia tanto de cargo como exculpatoria, la población indigente de Colombia ahora está sin defensa. Concluyó que entre otros problemas hay los retrasos y un alto índice de impunidad.

El Profesor Vargas opinó que los problemas de diseño e implantación no pueden ser separados desde que la mayoría de los inconvenientes en la implantación tienen su origen en defectos en el diseño. Apuntó que el diseño no debe ser utópico, sino que debe considerar una determinación realista de flujos de casos y presupuestos. Afirmó que una reforma seria debe plantearse cuál es el mínimo de cambios que es posible realizar e implantar. Añadió que una reforma debe ser a largo plazo y que, por lo tanto, los resultados deben ser alcanzados después de 15 o 20 años. Concluyó señalando que incluso el tiempo de duración de un juicio ante un juez, con fiscal y abogado defensor, no es atribuible al sistema.

Tema: Los derechos de los imputados reciben mejor protección con las Reformas del Procedimiento:

Expositores:

Dr. Miguel Trejo Escobar, Magistrado de la Cámara de Menores de El Salvador.

Profesor Mauricio Duce, Universidad Diego Portales de Chile.

Lic. Yolanda Pérez Ruíz, Magistrada de la Corte de Apelaciones de Guatemala.

El Magistrado Trejo elaboró un resumen de las reformas emprendidas en El Salvador, incluyendo aquellas referentes a Ley del Menor Infractor, de tipo acusatorio y oral. Dicho código ha estado en vigencia por tres años y el nuevo Código Procesal Penal ha estado vigente desde hace siete meses. Indicó que el sistema que se tenía anteriormente violaba los derechos humanos. Así, el porcentaje de duración de los casos era de tres años, el 70% de las personas detenidas eran sometidas a prisión preventiva, los acusados sólo excepcionalmente tenían contacto con un defensor y muchos de los acusados que confesaban ante la Policía posteriormente se retractaban de dichas confesiones ante los jueces. Apuntó que El Salvador ahora

se ha acercado al sistema oral de juicios públicos, similar a aquellos existentes en Guatemala y Costa Rica. Se trata de un esfuerzo por cumplir con los estándares contemplados en los tratados internacionales. Sin embargo, señaló que el país está experimentando un incremento en la comisión de delitos violentos y en la inseguridad pública, y que la sociedad ha reaccionado exigiendo mayor presencia policial y más prisiones, así como sanciones más severas. Finalizó apuntando que el nuevo código ha sido acusado no sólo de ser incapaz de reprimir el delito, sino incluso de fomentarlo.

El Profesor Duce explicó que las reformas en Chile aún no han sido implementadas y que éstas aún permanecen en la etapa de discusión parlamentaria. Señaló que Chile no cuenta aún con un Ministerio Público o Fiscal y que los jueces son los responsables de todas las funciones, aunque muchas de estas son ejecutadas por sus asistentes. Añadió que las averiguaciones y procedimientos previos al inicio formal del juicio aún son secretos en su mayoría. Asimismo, apuntó que la situación de los derechos de los acusados es desastrosa, desde que la posición ideológica del sistema es hostil hacia ellos. Indicó que el 60% de los detenidos lo son preventivamente. El Profesor Duce indicó que las reformas propuestas, las mismas que incorporan los artículos 7 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, constituyen un avance sustancial para los derechos de los acusados y añadió que en el proceso de transición, en Chile, no ha sido posible reformar los cuerpos policiales (carabineros). Finalizó señalando que el determinismo debe ser rechazado y, en su lugar, deben ser diseñados programas para superar los obstáculos.

La Magistrada Pérez habló de los derechos de los detenidos. Indicó que las reformas tienden a ocuparse solamente del procedimiento penal sin considerar la independencia que deben tener los jueces, el Código Penal o el Código Penitenciario. Indicó que algunos jueces simplemente no aplican las reformas y subrayó que la peor situación se vive en las cárceles, lugar donde el procedimiento penal se inicia y termina. Mencionó que en 1995, el 74% de la población penitenciaria de Guatemala se encontraba en prisión preventiva y que en la actualidad ese porcentaje ha crecido después de la promulgación del nuevo Código de Procedimiento Penal de 1994. Señaló que esto se debe a que los jueces temen perder sus cargos. Asimismo, indicó que los defensores públicos no tienen oportunidad de conocer a sus clientes. Finalmente observó que los reos, en un 70%, son analfabetas. Tiene dudas sobre la vigencia de los derechos de los detenidos preventivos o condenados y acerca de su protección.

Tema: La Investigación Penal: Problemas prácticos en la coordinación entre las funciones de Poder Judicial, los Fiscales y la Policía durante las investigaciones penales.

Expositor:

Dr. Jorge Madrazo, Procurador General de México

El Dr. Madrazo explicó la evolución histórica del sistema de justicia penal mexicano, desde uno de tipo inquisitivo hasta el actual de naturaleza acusatoria. Indicó que desde la constitución de 1917, el Ministerio Público tiene la obligación de investigar y acusar y los jueces tienen la obligación de juzgar. Asimismo, procedió a explicar las recientes reformas a la Constitución, una de las cuales, a juicio del Procurador General, ha propiciado la impunidad desde que se requiere que el Ministerio Público presente evidencia de todos los elementos del delito a fin de justificar la detención del sospechoso o para iniciar un juicio penal, todo ello sin haberse prorrogado el período de sólo 48 horas previamente establecido para tales propósitos. Concluyó que el Gobierno de México ya ha propuesto modificaciones a fin de remediar este problema, y que se espera la pronta aprobación de dichas modificaciones.

Tema: Selección y capacitación de jueces, fiscales y defensores públicos.

Expositores:

Lic. Yolanda Pérez Ruíz, Magistrada de la Corte de Apelaciones de Guatemala.

Dr. Albino Tinetti, Director de la Escuela Judicial de El Salvador.

Dr. Alvaro Ferrandino, Director de la Oficina de la Defensoría Pública de Costa Rica.

La Magistrada Pérez observó que las Escuelas de Derecho no capacitan a sus graduados para ser buenos jueces, fiscales y defensores. Indicó que los buenos jueces son, en realidad, buenos humanistas. Señaló, asimismo, que el entrenamiento dado a través de la cooperación internacional es a menudo efectuado en lenguas extranjeras y en lugares inapropiados. Comentó además que algunos de los participantes en tales programas consideran a éstos como vacaciones. Por otro lado, mencionó que antes de la promulgación del nuevo Código de Procedimiento Penal en Guatemala no había entrenamiento, sino sólo información general sobre sus propósitos. Incluso ahora no se comprende muy bien el por qué, el cómo y el qué de las nuevas instituciones producto de dichas reformas. Apuntó que en Quetzaltenango, antes de la reforma, el 51% de la población penitenciaria se encontraba en prisión preventiva y, ahora, el porcentaje se ha incrementado al 74%, lo que denota una carencia de entendimiento del principio de presunción de inocencia. Concluyó señalando que la Escuela Judicial no está resolviendo este problema, sino que se concentra más bien en mantener estadísticas sobre el número de alumnos y en solicitar fondos.

El Dr. Tinetti estableció que, a diferencia de Guatemala, donde el nuevo Código de Procedimiento Penal fue redactado en secreto, en El Salvador se adoptó una estrategia participativa, utilizando un gran número de abogados que trabajaron en grupos. Manifestó que, no obstante esto, persiste aún mucha controversia sobre el nuevo Código. Indicó que, en 1990, en El Salvador no había una escuela de capacitación judicial, pero que la AID contrató a una entidad para prestar la capacitación. Sin embargo, debido a una disputa entre la AID y la Corte Suprema, los jueces no participaron en dicha capacitación. Esa capacitación fue dirigida a los fiscales, defensores, abogados y profesores de derecho y fue impartida por expertos de América Latina y España, expertos éstos que compartían la doctrina del *finalismo* en el Derecho Penal. Asimismo, algunos profesores salvadoreños prepararon manuales en varias áreas del derecho, conjuntamente con expertos extranjeros. Finalizó indicando que no obstante que la AID se ha retirado de ese proyecto las capacitaciones no se han suspendido.

El Dr. Ferrandino manifestó su confianza en la capacitación, especialmente en la capacitación *in situ*, consistente en el acompañamiento al funcionario que está siendo capacitado. En términos de cooperación internacional, opinó que ahora se está en una nueva era y señaló que, desde que la AID se está retirando de la región, los bancos internacionales han venido a prestar apoyo con préstamos. Indicó que por más de 30 años, Costa Rica ha tenido una escuela judicial, donde la judicatura entrena a los jueces, fiscales, defensores y policías. Apuntó que desde 1968 la Constitución ha requerido que el poder judicial reciba no menos del 6% del presupuesto nacional. Concluyó que la AID brindó asistencia en un principio y aunque ahora ya no está presente en Costa Rica, ha dejado una institución instalada.

Tema: Observaciones Finales

Expositores:

Sra. Norma Parker, U.S.-AID.

Sra. Fay Armstrong, Funcionario de Administración de Justicia,
Departamento de Estado de los Estados Unidos.

Profesor Thomas Buergenthal.

Dr. Reinaldo Figueredo.

La Señora Parker consideró a esta conferencia como una de las mejores a las que ha asistido en los últimos años, y opinó será muy útil para la comunidad de instituciones donantes, representada en la Conferencia por los Departamentos de Estado y Justicia de los Estados Unidos, la AID y el BID. Finalizó diciendo que el entrenamiento que se efectúe debe ser práctico, realista y sostenible, basado en la realidad de cada país.

La Señora Armstrong expresó su deseo de que la conferencia pueda conducir a un amplio plan de acción y que los conferencistas participen en el diseño del mismo. Indicó que una posibilidad de implantar lo anterior podría ser la creación de redes o de un centro sobre reformas del sistema penal, dentro del marco de la Cumbre de las Américas.

El Profesor Buergenthal manifestó que se había impresionado con el realismo con que se trataron tanto el diagnóstico de los problemas como las posibles soluciones a los mismos. Indicó que en las reformas al

sistema penal hay que considerar el contexto económico, político y social de cada país y subregión. Añadió que es necesaria la existencia de un compromiso regional, y que el mismo debe reflejarse en el establecimiento de centros regionales o subregionales que desempeñen distintas funciones. Manifestó que los procesos de reforma necesitan el continuo apoyo financiero de la AID y de los Bancos Internacionales y el apoyo político a las mismas debe provenir de los mecanismos internacionales de derechos humanos, las legislaturas nacionales y las organizaciones no gubernamentales enfocadas en la administración de justicia. Advirtió que si no se actúa de modo urgente y diligente, ello podría implicar un retroceso en los avances democráticos hasta ahora logrados. Concluyó que la seguridad individual y social debe ser, a los ojos de la sociedad, compatible con las normas del debido proceso.

El Dr. Figueredo, en conclusión, recordó las palabras del Dr. Carrillo cuando indicó que “el Estado de Derecho es la piedra angular de una economía de mercado”. Indicó que un tratamiento interdisciplinario del proceso de reformas es esencial y finalizó señalando que las nuevas aperturas son irreversibles pero también traumáticas.

ASPECTOS GLOBALES DE LA REFORMA DEL PROCESO PENAL

*Mirjan Damaska**

Presiones para el cambio

En esta época de grandes transformaciones el proceso penal no ha sido ajeno a las presiones intensas a favor del cambio. Dos fuentes poderosas de estas presiones se pueden identificar inmediatamente. La primera de ellas es de carácter pragmático. Tanto en el mundo desarrollado como en los países en desarrollo, las condiciones de la modernidad han producido un aumento vertiginoso en el número de casos que ingresan al sistema de justicia penal. Pero debido a que los procesos tradicionales no fueron diseñados para funcionar en esta escala grandemente ampliada, ha surgido la necesidad de racionalizar el esquema procesal. La justicia, que cuenta con recursos limitados, debe ser “racionada”.

La segunda fuente de presiones es una cuestión de principio, o de ideología procesal, si se quiere. Se le ha llamado de diversas maneras, como preocupación por que sea justo, debido proceso o derechos humanos. Llámese como se llame, la preocupación ha adquirido mayor fuerza retórica después de las dolorosas experiencias con los regímenes totalitarios y autoritarios en este siglo. Ahora la preocupación se ha consagrado en los instrumentos básicos para la protección internacional de los derechos humanos, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y las Convenciones Americana y Europea de Derechos Humanos. Muchas constituciones y legislaciones a nivel nacional han seguido esta tendencia, y manifiestan mayor sensibilidad y comprensión que antes por el trato adecuado de los individuos que se encuentran envueltos o enredados en el proceso penal. Por cierto, las reformas para instituir el debido proceso son motivadas algunas veces más por el deseo de evitar conflictos con los estándares legales internacionales que por el deseo de llevar a cabo un cambio real en la práctica procesal.¹ Sin embargo, a pesar de esta tendencia, en un número cada vez mayor de estados, las reformas para garantizar el debido proceso ya no pueden ser un gesto vacío por parte del legislador: las personas cuyos derechos humanos han sido violados tienen cada vez más posibilidades de reivindicarse ante los tribunales constitucionales de sus propios países o, en algunas partes del mundo, ante tribunales internacionales.²

Sin embargo, es importante anotar que factores tanto pragmáticos como ideológicos empujan en diferentes direcciones. La preocupación por fortalecer los derechos del imputado exige que se observen formas que desaceleran el impulso de las acciones penales y que pueden complicar la búsqueda de la verdad. Por otro lado, preocupaciones pragmáticas exigen la simplificación de los esquemas procesales y la remoción de formas de justicia que obstaculizan el flujo regular de casos a través del sistema. No es nada fácil resolver la tensión resultante y encontrar un equilibrio aceptable entre los factores pragmáticos e ideológicos. Por lo tanto, no debe sorprender que la insatisfacción con los sistemas existentes de proceso penal se encuentra en casi todas partes, tanto en países que pertenecen a la tradición angloamericana (o common law) como en los países que pertenecen a la tradición de Europa continental (o derecho civil). Las voces del descontento pueden incluso ser escuchadas en países como Inglaterra y Francia, cuyos procedimientos penales sirvieron de inspiración para los arquitectos de los sistemas contemporáneos de justicia penal.

* Sterling Professor of Law, Facultad de Derecho, Universidad de Yale, Connecticut, Estados Unidos.

¹ Este puede ser el caso de las enmiendas introducidas recientemente al Código de Procedimiento Penal de 1979 de China. Véase R. Heuser & T. Weigend, *Das Strafprozessgesetz der Volksrepublik China in vergleichender Perspektive*, *Mitteilungen des Instituts für Asienkunde*, No. 276, pages 51, 52, 63 (1997).

² Obsérvese que se ha requerido a todos los estados miembros del Consejo de Europa que ratifiquen la Convención Europea sobre Derechos Humanos y que acepten la jurisdicción de la Corte Europea de Derechos Humanos de Estrasburgo.

Movimiento de ideas reformistas

Ya que la insatisfacción con los esquemas existentes persiste en ambas ramas de la tradición procesal Occidental, se esperaría que los países del common law buscaran inspiración en los países del derecho civil, y que igualmente los países del derecho civil se sintieran atraídos por las instituciones procesales de procedencia angloamericana. Después de todo, el pasto generalmente parece más verde en el jardín del vecino. Curiosamente, sin embargo, el movimiento de las ideas de reforma entre las dos culturas procesales ha sido casi exclusivamente en un sólo sentido: las instituciones que están asociadas con los sistemas del common law de procedimiento penal ejercieron una influencia sobre los sistemas estructurados en la tradición civilista. Casi no ha habido movimiento alguno en el sentido contrario.³

Antes de que consideremos las causas de esta asimetría, vale la pena recordar lo que implica el contraste entre los sistemas contemporáneos de procedimiento penal angloamericano y de Europa continental. Los abogados angloamericanos se refieren a este contraste como aquel entre los modelos adversarial y no adversarial del proceso, mientras que sus colegas del derecho civil oponen su tipo “mixto” (acusatorio-inquisitivo) al tipo acusatorio del sistema angloamericano. La diferencia no se reduce apenas a la terminología: perspectivas variables de las dos tradiciones jurídicas, conducen a maneras diferentes de entender la oposición. Desde la perspectiva angloamericana, por ejemplo, los procedimientos “mixtos” de los países del derecho civil no parecen representar un punto intermedio o una combinación equilibrada entre los elementos acusatorios e inquisitivos. Más bien, a pesar de muchos aditamentos acusatorios, estos procedimientos les parecen a los abogados angloamericanos una variante del modo inquisitivo. Pero aún dentro de cada tradición procesal–common law así como el derecho civil–los dos tipos de procedimiento se conciben de diferentes maneras.⁴

Para los fines comparativos, en sentido amplio, de esta presentación, la oposición se puede entender mejor en los siguientes términos. Por el lado del common law, imagínese un proceso cuya inspiración predominante es la imagen de una contienda entre dos partes ante un aparato de justicia relativamente pasivo con adjudicadores legos independientes. Por el lado del derecho civil, imagínese un proceso cuya inspiración predominante es la imagen de una investigación conducida por un aparato de justicia en la cual el elemento profesional prevalece. La predominancia de la inspiración merece destacarse: cada proceso incorpora por lo menos algunos elementos del opuesto, pero solamente la orientación prevaleciente incide sobre los hábitos de trabajo de los participantes en el proceso, la estructura de sus incentivos y la lógica interna del sistema. Por lo tanto, la pregunta acerca de cuáles aspectos que han sido prestados de afuera perturban la orientación prevaleciente de un sistema, toma gran importancia. Al distinguir los elementos importados transformativos de los no transformativos de los sistemas adversariales a los no adversariales, pronto tendremos que enfrentar esta pregunta.

Por el momento, debemos volver al flujo unidireccional de ideas para la reforma del proceso penal. Las razones que explican esta asimetría pueden captarse con mayor claridad al considerar la manera en que los países

³ Es cierto que varios académicos angloamericanos abogaron a favor de tomar prestado del mundo del derecho civil, pero su consejo no se ha seguido. A nivel oficial, no hubo prácticamente ninguna propuesta seria de trasplantes del mundo del derecho civil. El English Royal Commission on Criminal Justice investigó la posibilidad de adoptar algunas ideas procesales continentales, pero al final terminó rechazándolas. Véase informe de esta comisión, Commission’s Report, Cm. 2263 (HMSO 1993).

⁴ Considérese el desacuerdo entre los estudiosos del derecho civil en cuanto a qué es lo que caracteriza el tipo inquisitivo. Muchos estudiosos sostienen, por ejemplo, que el modo inquisitivo requiere que el investigador y el adjudicador sean la misma persona. En el caso de que un individuo que no sea el investigador decida el caso, según estos académicos, se ha tomado un paso grande hacia el proceso acusatorio. Para otros, más inclinados hacia la historia, al tomar apenas este único paso, el proceso penal sigue profundamente inmerso en el modo inquisitivo. De hecho, la mayoría de los sistemas inquisitivos del *ancien régime* separaron las funciones investigativas y de adjudicativas. Por lo tanto, por ejemplo, durante el siglo XVII, en Alemania y Francia, el poder de tomar una decisión siempre pasaba de las manos del magistrado investigador a las manos de un panel de jueces.

que se identifican con un sistema o con el otro respondieron a las presiones pragmáticas e ideológicas a favor del cambio.

El Lado del Common Law

Considere la fuente más poderosa para la difusión de los esquemas procesales angloamericanos, los Estados Unidos. Las presiones pragmáticas para el cambio fueron muy intensas aquí: el índice de criminalidad fue alto y los costos de seguirle el proceso completo en un juicio fueron muy altos. Pero estas presiones fueron confrontadas completamente con mecanismos de justicia consensual y para evitar el juicio elaborados dentro de los Estados Unidos. Se desarrolló un sistema de dos niveles en el cual rara vez se recurre a juicios costosos y complicados con jurados, y la mayor parte de los casos se deciden de manera informal por medio del sistema de *plea bargaining*, o sea de negociación de cargos y penas.⁵ En el desarrollo de este sistema flexible no había nada que los angloamericanos pudieran aprender de un sistema de derecho civil tradicional y más rígido. Las presiones ideológicas a favor del cambio, si bien eran también considerables, fueron mucho menos fuertes y dominantes que en los países que salían de dictaduras autoritarias. En los años sesenta, los impulsos liberales de la Corte Suprema de los Estados Unidos llevaron a la constitucionalización de varias características notables del estilo adversarial, especialmente su renuencia a utilizar al acusado como fuente de información en las primeras etapas del proceso penal. Si la tradición de Europa continental jugó papel alguno en este desarrollo constitucional, fue apenas en el sentido de constituir un ejemplo negativo: el proceso continental tradicional fue asociado algunas veces con confesiones producidas por medio de la coerción, una búsqueda de pruebas sin control y los horrores de la Santa Inquisición.

Debe destacarse que recientemente la Corte Suprema de los Estados Unidos ha presidido la desarticulación parcial de las restricciones constitucionales desarrolladas en los años sesenta. Al hacerlo, la Corte respondió al sentimiento generalizado de que algunas restricciones expresadas en disposiciones muy específicas habían limitado la aplicación de la ley, favoreciendo indebidamente al acusado penal a costa de la víctima. La policía en la ciudad ha perdido su carácter de instrumento de represión racial; los negros y otras minorías adquirieron formas de controlar el abuso policial. Irónicamente, esta retirada ocurrió cuando los países de Europa continental (como veremos abajo) instituían una serie de reformas legislativas que fortalecían la posición del acusado en el proceso penal.

Para evaluar estas tendencias contrarias de manera adecuada, dos puntos deben ser tomados en cuenta. Observemos, primero, que mientras la retirada en los Estados Unidos fue un reflejo de la creencia generalizada a nivel popular acerca de la necesidad de adoptar una "línea dura" para enfrentar la delincuencia, las reformas continentales fueron impulsadas por una élite de expertos académicos. Por lo general, las élites de expertos tienen mucho más poder en la Europa continental que en los Estados Unidos, donde la brecha entre el buen gobierno respecto al público, y el gobierno público, tiende a ser mucho más amplia. Segundo, más que en la mayoría de los países europeos, es difícil para los legisladores de los Estados Unidos adoptar una disposición principalmente con fines programáticos o cosméticos: en el clima pragmático de la cultura del common law,⁶ los abogados agresivos por lo general encuentran maneras de litigar y de hacer cumplir las promesas legislativas.

El Lado del Derecho Civil

Si bien el procedimiento penal angloamericano se ha desarrollado ajeno a las influencias extranjeras, la historia de su contraparte europea a lo largo de los últimos 200 años ha sido en gran medida una historia de adopciones esporádicas de esquemas procesales cuya origen espiritual en últimas se encuentra en tierras

⁵ Las declaraciones de culpabilidad, se argumenta, resultan en una situación en la cual tanto el estado como el delincuente se ven beneficiados: el estado evita el gasto y lo impredecible del juicio, y el delincuente sufre una condena menos dura.

⁶ Aquí existe la tendencia de considerar que donde hay ley sin remedio no hay ley alguna.

angloamericanas. A veces se ha reconocido esta adopción gradual de manera directa y abierta, otras veces es indirecta y difícil de discernir por las modificaciones que la mediatizan.

Comenzando con la adopción provocada por presiones ideológicas de cambio, considere que la imagen tradicional del procedimiento penal en el continente como una investigación oficial unilateral, llegó a ser asociado por muchos abogados y partidos políticos europeos con un estado fuerte cuyo interés en controlar la delincuencia justifica amplias restricciones a la realización de los intereses del acusado. Si bien esta asociación se remonta a fines del siglo XVIII, rara vez produjo desviaciones significativas de las formas tradicionales de justicia en el continente.⁷ El legado de una autoridad poderosa y centralizada persistió y dio legitimidad al modelo de la investigación oficial. Solamente hasta después de la Segunda Guerra Mundial fue que vino un impulso poderoso de desviarse de este modelo— o al menos de diluirlo— como respuesta a los horrores del nazismo.

En Europa Occidental, la respuesta produjo un movimiento muy fuerte hacia sistemas constitucionales en los cuales los derechos y la dignidad del individuo, incluso el acusado penal, reciben una mejor protección. A nivel internacional, la Convención Europea para la protección de derechos humanos y libertades fundamentales de 1950 introdujo al continente los conceptos angloamericanos de un “juicio equitativo” y “derechos de oposición”. La Corte de Derechos Humanos de Estrasburgo, constituida para hacer cumplir la Convención, al detallar estos estándares exigió algunos cambios en las formas tradicionales de justicia penal en el continente. Con un flujo permanente de abogados europeos inteligentes y jóvenes que regresaban de adelantar estudios de posgrado en facultades de derecho de los Estados Unidos, las doctrinas y prácticas procesales del derecho angloamericano (por ejemplo, la exclusión de pruebas que son creíbles pero que se obtuvieron por medios ilícitos) llegaron a conocerse ampliamente en el continente, y se pusieron de moda entre los expertos en procedimiento penal.

Pero ninguna versión de los motivos por los cuales se generó esta atracción por las ideas procesales angloamericanas puede estar completa sin mencionar el fuerte impacto de las películas y programas de televisión de los Estados Unidos dedicados a juicios penales. Estos constituyeron una ventana para los europeos continentales a la manera de operar de una forma de procedimiento no autoritario en el cual la fiscalía y la defensa se enfrentan para persuadir a un cuerpo independiente de ciudadanos-adjudicadores. Esta forma les pareció atractiva a los europeos continentales no sólo por su inclinación no autoritaria, sino además porque era más vivo y entretenido en comparación con la rutina metódica de los juicios tradicionales a los cuales estaban acostumbrados.

Por lo tanto, considerando todos los factores, no es de sorprender que la experimentación con las instituciones procesales angloamericanas haya ganado momentum. Entre las reformas que produjo la experimentación, la más valiente fue la de la legislatura italiana en 1988. *Inter alia*, esta reforma redujo de manera importante la influencia de los antecedentes recopilados antes del juicio en el tribunal de primera instancia, ante el cual procede el juicio, e introdujo el interrogatorio directo y el contrainterrogatorio conducidos por las partes en lugar del interrogatorio de testigos y acusados por parte del juez de instrucción.⁸

Más recientemente, el desmoronamiento de las dictaduras comunistas en Europa Central y del Este provocó un movimiento tardío pero dramático para alejarse del modelo tradicional de investigación oficial. El malestar con las formas procesales asociadas con un estado excesivamente controlador creó un clima hospitalario para la adopción de formas procesales “adversariales”— siendo éstas directamente prestadas de los países angloamericanos, o indirectamente, por medio de su adaptación por parte de algunos países de Europa Occidental.⁹

⁷ De las pocas excepciones, la más conocida fue el trasplante, de duración breve, del procedimiento penal inglés a Francia en 1791.

⁸ Para un análisis de la reforma, véase L. Fassler, *The Italian Penal Procedure Code: An Adversarial System of Criminal Procedure in Continental Europe*, 29 *Columbia Journal of Transnational Law*, 245-278 (1991).

⁹ La influencia más fuerte sobre los reformadores de Europa Central y Oriental, una vez más, han sido las adaptaciones alemanas de formas de justicia angloamericanas. El deseo de algunos países de Europa Central y del Este de unirse al Concejo de Europa contribuyó de manera importante a sus esfuerzos de ajustar sus esquemas procesales a los estándares de un procedimiento “equitativo” elaborados por la Corte de Estrasburgo.

En cuanto a las presiones pragmáticas a favor de un cambio en los sistemas del continente, vale la pena destacar su relativa novedad. Si bien el procedimiento continental tradicional exige que todos los casos penales en los cuales se han presentado cargos de manera formal sean sujetos a juicio, y si bien los índices de criminalidad habían incrementado en todas partes, la carga de casos, hasta hace poco, parecía manejable sin la ayuda de mecanismos para evitar juicios. Por lo general, los juicios rara vez resultaban ser un asunto largo o costoso: en la mayoría de los casos, estos juicios no eran más que una auditoría del trabajo concluido en el curso de las investigaciones realizadas con anterioridad al juicio. Sin embargo, las percepciones comenzaron a cambiar con la ampliación de los derechos de la defensa y la posibilidad de que el abogado defensor los afirmara de manera agresiva. Se hizo evidente que la defensa ha adquirido una forma de hacer más lento la ya sobrecargada maquinaria de la justicia.¹⁰ En consecuencia, surgió un intenso interés en varios de los mecanismos para acortar o evitar los juicios. Los mecanismos para evitar juicios utilizados en los Estados Unidos fueron estudiados y sirvieron de inspiración para algunos reformadores del continente en el diseño de formas análogas adecuadas a sus estilos procesales. Diversas formas de “negociar” con el acusado empezaron a surgir en jurisdicciones europeas, aunque no ha sido la práctica en los casos de los delitos más graves.¹¹

Pero aunque la mayoría de los reformadores continentales rechazaron la premisa de los mecanismos para evitar juicios del sistema angloamericano que (al no contestar los cargos) el acusado puede renunciar a su derecho a juicio,¹² los dispositivos para acelerar los procesos adoptados por los reformadores pueden aún considerarse un paso hacia el estilo procesal angloamericano dominado por las partes, ya que el empleo de estos dispositivos vino a reemplazar las investigaciones oficiales unilaterales por un modo de proceder caracterizado por el tire y afloje de los participantes procesales en la esperanza de lograr consenso.¹³ Este modo de proceder es parte integral de un sistema de justicia cuyos juicios se estructuran en la imagen de una contienda: cuando la interacción de las partes produce un consenso, los juicios pierden su razón de ser.

Adaptaciones Transformativas y no Transformativas

Si la incorporación de características adversariales en los procedimientos penales típicos del derecho civil ha de asumirse de manera satisfactoria, dos etapas de análisis deben distinguirse. La primera etapa está dedicada a explorar las ramificaciones que se producen por el hecho de importar un sistema ajeno al sistema interno. Esto es necesario porque el instituir reformas procesales es como el juego de palitos chinos: algunas instituciones ajenas pueden sustituirse sin producir efectos secundarios significativos, mientras que la sustitución de otras puede perturbar gravemente el sistema procesal importador. El mero análisis normativo no basta para entender estas ramificaciones: el destino de la mayoría de las innovaciones depende, menos de lo que les gusta pensar a los abogados, de la excelencia de las disposiciones jurídicas. Más que en otros ámbitos del derecho, los trasplantes normativos dependen, para su éxito, de su interacción con el contexto institucional general, en el cual la justicia es administrada en el país receptor. Por lo tanto, por ejemplo, las actitudes y los hábitos de trabajo de los participantes en el sistema procesal receptor deben ser considerados, así como le estructura de sus incentivos para la acción procesal. En resumen, es necesario entender adecuadamente el funcionamiento del aparato de justicia. Solamente así se puede llegar a tener una base confiable para pasar a la segunda etapa del análisis.

¹⁰ Un ejemplo prominente es el derecho del acusado a proponer nuevas pruebas en la fase del juicio.

¹¹ El *patteggiamento* introducido por el Código Procesal de Italia de 1988 es un ejemplo claro de la influencia angloamericana directa.

¹² La institución española de *conformidad*, cuyo alcance se amplió en 1989, se acerca bastante a la declaración de culpabilidad del proceso angloamericano.

¹³ Una gama de tales dispositivos ha aparecido en Alemania sin mandato legislativo. Para una reseña de este fenómeno véase R. Frade & T. Weigend, *German Criminal Justice as a Guide to American Law Reform*, 18 *Boston College Int. & Comp. L. Rev.*, 317, 344 (1995). Desde Alemania, estos dispositivos fueron adoptados en las legislaciones de varios países de Europa Central.

El objetivo de la segunda etapa es, entonces, evaluar lo deseable de los cambios contemplados en términos de las políticas y los valores de los reformadores. Un reformador prudente que busca más que simplemente modificar el texto de la ley, debe preguntarse si el aparato de justicia existente está listo, o puede estarlo, para absorber la norma importada con todas sus probables ramificaciones. Pero incluso aquellos reformadores que solamente quieren incorporar un adorno normativo atractivo en el derecho procesal interno (sin afectar la práctica procesal de manera significativa) deben contemplar cuidadosamente los probables efectos secundarios del paso que van a tomar. Deben poder distinguir aquellas importaciones cuyos efectos pueden ser controlados de las importaciones difíciles de controlar que tienen una buena posibilidad de perturbar gravemente los esquemas procesales existentes.

Por lo tanto, se hace importante distinguir aquellas características asociadas con la cultura jurídica angloamericana que pueden ser injertadas a los procedimientos penales de Europa continental sin afectarlos de manera importante, así como aquellas características que pueden producir dislocaciones serias en dichos procedimientos. Ya que un análisis completo de este tema no se puede ofrecer aquí, citaré apenas algunos ejemplos de las características de cada categoría. Y al hacerlo me limitaré a las características relacionadas con la imagen del procedimiento como una contienda, dejando de lado las características relacionadas con la estructura peculiar de la autoridad procesal angloamericana con su componente fuertemente independiente de participación de personas no especializadas en el derecho.

Las Adaptaciones no Transformativas

En este primer grupo figura, de manera prominente, la exclusión de pruebas que aunque sean creíbles, se han obtenido de manera ilícita; ésta es una práctica cuyo semillero ha sido el derecho constitucional de los Estados Unidos. Las normas de esta índole han proliferado últimamente en los países de Europa continental; algunas de sus variantes han ido incluso más allá de la jurisprudencia constitucional de los Estados Unidos en los años sesenta. Sin embargo, todas estas normas excluyentes pueden reconciliarse con la forma continental tradicional de proceder. Es probable que su efecto práctico sea mínimo, a no ser que se tomen medidas adicionales para asegurar que el conocimiento del material excluido no llegue hasta la sala del tribunal de primera instancia.¹⁴ El argumento de que los adjudicadores profesionales pueden borrar de su mente el impacto de la información probatoria que se ha obtenido por medios ilegales no encuentra ningún sustento en la psicología experimental.

Al contrario de lo que a veces se sostiene, el importar la técnica del interrogatorio directo y del contrainterrogatorio no es capaz de poner en tela de juicio los cimientos inquisitivos del procedimiento continental tradicional.¹⁵ Estos cimientos se verían afectados únicamente si el interrogatorio de los testigos por las partes llegara a ser tan intenso como para empujar al juez que preside el juicio a adoptar una postura pasiva. Para lograr este efecto, sin embargo, serían necesarias reformas adicionales. Uno de ellas sería la de abandonar la doctrina continental tradicional de que los testigos (así como otros medios de prueba) “pertenecen” al tribunal. Más bien, los testigos tendrían que dividirse, como es la práctica en los juicios angloamericanos, en los testigos llamados por el fiscal y los testigos llamados por el abogado de la defensa.¹⁶ El abogado defensor tendría entonces que tener la posibilidad de entrevistarse con “sus” testigos antes del juicio: sin tener comunicación con ellos--y alguna idea de cuán preparados están--no podría conducir el interrogatorio directo de una manera satisfactoria. Sin que se incorporen éstas y otras reformas, el juez que preside el juicio estaría motivado a mantener un papel activo (inquisitivo) en el proceso de recepción de las pruebas.

¹⁴ Esto se hace difícil cuando el carácter inadmisibile de la prueba surge durante el juicio. En los tribunales continentales, en donde los mismos individuos deciden sobre la admisibilidad y el peso de la prueba, el teñido de la información excluida no se puede evitar en esta situación. Es diferente, desde luego, en los tribunales típicos de common law, en los cuales el juez (quien no tiene la última responsabilidad en lo que hace a la constatación de los hechos) puede decidir la cuestión de admisibilidad con aislamiento acústico de los legos encargados de determinar los hechos.

¹⁵ Por ejemplo, esta técnica la han adoptado en Italia, Portugal, Suecia y Japón. Francia la introdujo en 1993 como ley del Congreso, pero el estatuto en cuestión fue derogado antes de entrar en efecto.

¹⁶ Esta distinción se ha incorporado ahora al nuevo Código de Procedimiento Penal de Italia (artículo 497).

Demorar el interrogatorio del acusado en el juicio es otra reforma de inspiración angloamericana que puede ser asimilada fácilmente por los procedimientos continentales tradicionales. Para entender el propósito de esta reforma, hay que darse cuenta de que— en los juicios del tipo “mixto” del continente— el acusado es sujeto al interrogatorio antes de que se haya presentado prueba alguna en su contra. Pero es difícil reconciliar este esquema con aquellos esquemas sobre la carga de la prueba fundamentados en la presunción de inocencia. La utilización del acusado como la primera fuente de información sólo se puede justificar de manera persuasiva por el peso continuo atribuido *sotto voce* a las pruebas incriminatorias recopiladas en la indagación preliminar.¹⁷ Para que el orden de la presentación de las pruebas sea más coherente con la presunción de inocencia, los reformadores continentales pueden hacer que el juicio comience con el interrogatorio al acusado solamente si éste admite haber cometido un delito. Si lo niega, el interrogatorio se postergaría hasta después de que se hayan presentado las demás pruebas. Esta regla le daría más “sabor a contienda” a los procesos en el continente, pero dejarían intacto su tono fundamental.¹⁸

La transición de las investigaciones judiciales a las fiscales se anuncia últimamente como un paso grande en la dirección del proceso penal adversarial (o acusatorio). De hecho, sin embargo, el cambio poco tiene que ver con el incremento de los elementos de contienda en las primeras etapas del proceso penal continental. En Francia y España, por ejemplo, las investigaciones están en manos de los jueces de instrucción, mientras que las investigaciones alemanas las llevan a cabo fiscales e investigadores especiales de policía. Sin embargo, vista independientemente, esta variación institucional apenas incide en la estructura “inquisitiva” de los procedimientos previo al juicio en estos tres países.¹⁹ Tampoco es correcto decir que la transición hacia una situación en la que las investigaciones están en manos de los fiscales evidencie una mayor preocupación por los derechos humanos. Este no necesariamente es el caso. En países con restricciones débiles al poder ejecutivo, el fiscal y la policía no gozan, y de manera justificada, de la confianza del público. Sin embargo, los símbolos de la investidura judicial, por otro lado, pueden considerarse una garantía— débil, pero no insignificante— de que las personas investigadas recibirán un trato equitativo. Es cierto, desde luego, que el régimen de investigaciones judiciales a menudo requiere de la repetición de un trabajo previo de recolección de pruebas llevado a cabo por la policía. También es cierto que el mayor peso atribuido a los resultados de las investigaciones judiciales le resta importancia a los juicios. Pero en países que están saliendo de gobiernos dictatoriales estos dos inconvenientes pueden parecer fácilmente como un precio aceptable por la mayor legitimidad del procedimiento anterior al juicio.

Esto es todo lo que diré por el momento sobre los trasplantes relativamente inocuos de la cultura jurídica angloamericana.

Adaptaciones transformativas

Consideremos ahora algunos ejemplos de las importaciones angloamericanas cuyos efectos pueden llegar hasta los aspectos fundamentales de la tradición procesal del continente y dar lugar a relaciones en el verdadero estilo de contienda.

Una de estas importaciones sería la de abandonar la insistencia tradicional del monopolio investigativo de los funcionarios estatales y de autorizar a los abogados defensores a llevar a cabo sus propias investigaciones. Esto le daría un estilo genuino de contienda a las etapas previas al juicio de los sistemas continentales “mixtos” que está,

¹⁷ La explicación estándar— pero no persuasiva— es que el interrogatorio preliminar le da al acusado una posibilidad de contestar la acusación.

¹⁸ Este esquema ha sido adoptado en el Código de Procedimiento Penal de Croacia (artículos 320 y 321). Tampoco en Suecia puede ser utilizado el acusado como fuente de información sino hasta después de que el fiscal ha presentado sus pruebas.

¹⁹ La medida en la que un acusado y su abogado pueden aportar a las actividades de recolección de las pruebas es determinante.

en el fondo, todavía organizado como una investigación oficial unilateral.²⁰ Pronto surgirían cuestiones que o bien no tienen precedente en la tradición continental, o que no se conocen en su forma virulenta. Surgiría la necesidad, por ejemplo, de diseñar un régimen equitativo para la revelación mutua de información obtenida en las dos investigaciones paralelas. ¿Debe permitírsele a la defensa mantener en secreto sus propias pruebas, mientras que retiene el derecho de tener a su disposición toda la información recogida por los investigadores oficiales? ¿Podrían surgir situaciones en las que el abogado defensor debe revelar pruebas incriminatorias descubiertas por iniciativas procesales “privadas”?²¹ Fíjese que los efectos de esta reforma no se limitarían a los procedimientos anteriores al juicio. Pronto parecería lo más natural, por ejemplo, que a la defensa se le reconozca el derecho de presentar el material que su investigación ha producido en la etapa del juicio. Al final, los hábitos de trabajo del abogado defensor tendrían que sufrir varias modificaciones importantes. Por ejemplo, encargado de organizar y presentar el caso para la defensa, un abogado defensor ya no podría trabajar simultáneamente con un número importante de casos. Por lo general, las implicaciones en términos de costos de permitir investigaciones paralelas serían significativas.

Otra innovación radical respecto a la tradición continental sería negarle al juez que preside el juicio en primera instancia acceso a la información del expediente oficial de las investigaciones adelantadas con anterioridad al juicio.²² Si se le priva de este conocimiento, el juez ya no podría retener su papel dominante en el proceso de interrogatorio de los testigos y en otras formas de recibir la prueba: la mayor parte de la actividad para determinar los hechos en el juicio pasaría a manos de las partes. Igualmente con esta transferencia de las responsabilidades de recepción de las pruebas, el juez se convertiría más en evaluador de la fuerza de los “casos” probatorios del fiscal y del abogado defensor que en un buscador independiente de la verdad. En resumen, las suposiciones que animan un proceso diseñado con base en la imagen de una investigación oficial unilateral se pondrían en tela de juicio. De hecho, es difícil imaginar adaptaciones del mundo del common law más subversivas de las formas tradicionales de administración de justicia penal en el continente que las que tienen que ver con el acceso del juez que preside el juicio al expediente del caso.²³

Solamente la adopción de declaraciones de culpabilidad dispositivas ejercería un efecto transformativo comparable. En la forma inquisitiva de proceder, es el deber del tribunal establecer la culpabilidad del acusado independiente de su actitud hacia los cargos.²⁴ Por otro lado, en los juicios estructurados con base en la imagen de una contienda, el no oponerse a los cargos hace innecesaria la adjudicación de culpabilidad. Por lo tanto, es evidente que la adopción de declaraciones de culpabilidad dispositivas sería una señal de abandono de los principios

²⁰ Para darse cuenta de que éste es de hecho el caso, basta recordar que se considera que el abogado defensor tradicional en el continente está alterando fraudulentamente las pruebas si intenta entrevistar a posibles testigos de manera independiente, o si intenta recoger pruebas materiales de manera independiente. Los elementos de contienda de las etapas investigativas de los sistemas continentales “mixtos” se reducen a darle a la defensa un aporte en la investigación dirigida de manera oficial (por ejemplo, al permitir la presencia del abogado defensor en algunas actividades investigativas, dándole a la defensa el derecho de proponer líneas de investigación a los oficiales, etc.) en vez de permitir que el abogado defensor haga investigaciones privadas al estilo de Perry Mason.

²¹ El cuerpo de la víctima, por ejemplo.

²² El nuevo Código de Procedimiento Penal de Italia hizo mucho para limitar la información que puede obtener el juez encargado de la etapa preliminar. Véase, por ejemplo, el artículo 341 del CPC. La reforma provocó una reacción que terminó con el aumento del número de situaciones en las cuales el expediente de la investigación del fiscal puede leerse para fines probativos en el juicio.

²³ Se dirá que la importancia del expediente ya ha sido minimizada bajo el llamado principio de la inmediatez de los sistemas continentales “mixtos”. Según este principio, las pruebas obtenidas en la investigación deben ser presentadas nuevamente durante el juicio. Pero el principio tiene un sinnúmero de excepciones, y el juez que preside — el miembro más influyente en el juicio de primera instancia — se mantiene familiarizado con el material investigativo del expediente oficial.

²⁴ A nivel de la doctrina, el asunto de la culpabilidad se trata como una cuestión de derecho que no puede ser decidida por el acusado.

de organización de la tradición procesal del continente. Las consecuencias de largo plazo de sujetar a juicio únicamente los casos disputados sería más extendidas de lo que uno comúnmente se imagina. Como se estaría alterando el caso paradigmático para el cual se ha diseñado la regulación del juicio, aún las características que parecen neutrales a la oposición contienda-pesquisa se tornarían problemáticas.

Tomemos, con fines ilustrativos, la estructura unitaria de los juicios en el continente.²⁵ Los abogados defensores continentales saben cuán difícil es, en los casos en los que la decisión no es clara, alegar la inocencia y a la vez asumir las posiciones más adecuadas respecto a asuntos relacionados con la sanción en el caso de una condena. Sin embargo, con tal de que todos los casos, no solamente los casos en los cuales hay una verdadera contienda, sean sujetos a juicio, el argumento a favor de separar las fases procesales de adjudicación de la culpabilidad y de la de la imposición de la condena no es suficientemente fuerte para imponerse a las consideraciones compensatorias del incremento del costo asociado con el requisito de dividir los juicios en dos fases distintas. Sin embargo, si únicamente los casos en contienda llegaran a juicio, las percepciones cambiarían: la separación de las fases de determinación de la culpabilidad y de imposición de la pena, y la necesidad de una decisión distinta en cada fase, ahora parecería deseable en consideración al trato equitativo procesal.

Comentarios Finales

¿Cuáles conclusiones se pueden inferir de la discusión anterior? Parece que algunas de las reformas que incluyen la transferencia de instituciones “adversariales” o “acusatorias” pueden ser asimiladas por los procedimientos del tipo europeo continental sin provocar cambios mayores en la vida del derecho. Pueden incluso limitarse a lo superficial o lo cosmético— es decir, estar limitadas a la esfera de las proclamaciones normativas: a pesar de la innovación, tanto las formas consuetudinarias de entender de los roles procesales, así como los hábitos y las actitudes de trabajo de los participantes procesales, pueden permanecer sin modificación alguna. Sin embargo, hay otras reformas que son más bien rebeldes: no es fácil limitarlas a los códigos ya existentes. Por el contrario, tienen el potencial de producir reacciones en cadena que amenazan los cimientos mismos de la justicia penal que se fundamenta en la imagen de la investigación oficial.

Esto subraya la importancia para los futuros reformadores de ampliar sus perspectivas para tomar en cuenta las ramificaciones del cambio contemplado— tanto adentro como afuera del ámbito de la regulación legal— antes de comprometerse con un determinado enfoque de las reformas. Un esquema extranjero, considerado independientemente, puede parecer deseable para ellos, pero no así los efectos secundarios más remotos. La presentación de pruebas por las partes, por ejemplo, parece atractiva a los que están descontentos con las formas tradicionales continentales de recoger la prueba, pero a menudo se hace caso omiso de las implicaciones de tal cambio en términos de costos, especialmente para los pobres, las cuales podrían limitar el entusiasmo a favor de la reforma. El conocimiento de las implicaciones del cambio normativo en las actitudes y hábitos de trabajo de los participantes procesales es sumamente útil, ya que existe una buena posibilidad de que éstas provoquen resistencia dentro del aparato de justicia. Claro que esto no significa que no se pueden instituir tales cambios. Simplemente significa que antes de instituirlos, los reformadores deben adquirir un grado razonable de confianza de que la maquinaria de la justicia está preparada para sufrir y aceptar una transformación radical. Si éste no es el caso, y aún así los cambios se hacen aprobar, los operadores del sistema deben estar preparados para pasar por un período de trastornos, aceptarlo como un costo necesario del cambio y pensar en medidas para aliviar y superar el dolor resultante.

Los reformadores tampoco deben hacer caso omiso a la tensión que se describió al inicio entre las presiones pragmáticas y las ideológicas a favor del cambio. La mayoría preferimos errar al atribuir demasiado peso a las salvaguardas procesales que errar al atribuir excesivo peso a las consideraciones pragmáticas en el proceso penal. Sin embargo, se puede llegar al punto más allá del cual el descuidar las consideraciones pragmáticas comienza a producir resultados negativos. Abrumado por la necesidad de controlar la delincuencia, el aparato de justicia encuentra formas subterráneas de eludir y eviscerar las garantías de debido proceso. Y en esa área de poca

²⁵ Al decir “estructura unitaria” me refiero a la ausencia de la división entre la fase de determinación de la culpabilidad y la fase de imposición de la condena que se observa en los juicios, en la cual cada fase requiere de una decisión distinta.

visibilidad, el primero que sufre es el acusado penal. El consejo de Talleyrand a los diplomáticos se aplica a los reformadores del proceso penal también: surtout pas trop de zèle.²⁶

²⁶ Por encima de todo, no demasiado celo.

LA REFORMA PROCESAL EN AMÉRICA LATINA

*José I. Cafferata Nores**

PRESENTACION

Como resultante de nuevas condiciones en la América de habla hispana, fundamentalmente de la recuperación o consolidación en sus pueblos de la democracia y de los derechos civiles y políticos, el sostenido avance de procesos de paz en países convulsionados especialmente por la violencia y el cambio de situaciones geopolíticas, aparece un movimiento de reformas relacionadas con el sistema de justicia penal que procura contribuir a la vigencia efectiva de los derechos de las personas y a poner límites a la arbitrariedad estatal en el ejercicio del poder represivo, sin desmedro de la necesaria protección a los derechos de las víctimas y del interés general en la vigencia de la ley, en el imperio de la verdad y en la justa punición del delito.

Esta corriente tiene concreta expresión en una tendencia regional hacia la reforma de las leyes procesales penales (y de las leyes de organización del Poder Judicial y del Ministerio Público), encarada por los gobiernos nacionales y con el apoyo de la cooperación internacional, que procura extender a la región toda un modelo de enjuiciamiento penal que, rescatando los aspectos mas positivos del instaurado en Córdoba (Argentina) en 1940 y luego en Costa Rica en 1973 (sistema “mixto” con juicio oral y público), incorpore las mas modernas concepciones sobre administración de justicia en un sistema republicano y democrático, respetuoso de los derechos humanos (de la víctima y del acusado). Este esfuerzo ha producido ya la sanción de nuevos Códigos Procesales Penales en El Salvador, Venezuela, Paraguay, Guatemala, Costa Rica, Córdoba y Buenos Aires (ambas de Argentina), etc., varios de los cuales se encuentran ya en vigencia, encontrándose otros, como el de Bolivia, en avanzado estado parlamentario.

Fruto combinado de todas estas circunstancias que le dieron origen y también de las resistencias con que se encuentra en el camino, la reforma procesal en América Latina hoy es un verdadero fenómeno cultural, *una comunidad identificable de pautas axiológicas, de ideales políticos y de conceptos jurídicos relacionados con la procuración y administración de la justicia penal*, que ha ido logrando (trabajosamente a veces) expresiones concretas en la opinión doctrinaria, en la jurisprudencia y en las leyes de la región. Su cara más visible (por sobradas razones) es Binder.

Ella procura, en lo estrictamente técnico, consagrar un modelo de juicio de tipo republicano, oral, público y adversarial, diseñado sobre la base del equilibrio entre el monopolio del uso de la fuerza por parte del Estado y las herramientas que pueda utilizar el ciudadano para requerir el auxilio de este en protección o restauración de su derecho vulnerado, o prevenirse o defenderse de sus excesos, como medio insustituible para la administración de la justicia criminal, y debilitar (hasta vencerla) la capacidad nunca desterrada del todo de la investigación preliminar escrita y secreta (instrucción jurisdiccional) para hacer definitivo, sin intermediación ni contradictorio, lo que sólo debía ser una encuesta preparatoria de la acusación, (logrando que las pruebas en ella recogidas, por lo general a espaldas de la defensa, pudieran fundar —por diferentes vías o argumentos de excepción-, la sentencia final). También postula una auténtica imparcialidad de los jueces y proclama la plena igualdad entre acusación y defensa.

Para hacerlo trae la idea de poner no sólo la acusación sino también su preparación a cargo de un fiscal, y colocar en el lugar del juez inquisidor (que investiga, concluye sobre los resultados de su propia investigación y se “controla” a si mismo para no vulnerar derechos acordados al imputado y demás intervinientes), a un juez que controle el resguardo de derechos fundamentales y el mérito de las pruebas

* Profesor de Derecho, Miembro de la Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Nación de la República Argentina.

(para resolver sobre medidas de coerción personal contra el imputado o para decidir sobre el fundamento probatorio de la acusación) en el curso de la investigación que realiza el fiscal. Y que el juicio sea oral, público y contradictorio, con vigencia plena de la inmediación y la identidad física de los jueces, que para tener garantizada su imparcialidad, carecerán de atribuciones para ordenar por sí mismos (de oficio) pruebas que puedan ser utilizadas por la acusación (como actualmente ocurre en varias leyes procesales), cuyo titular tendrá la responsabilidad excluyente de tal tarea.

La propuesta renovadora rescata un papel central para la víctima del delito, amparando su actuación en el derecho a la tutela judicial efectiva expresamente previsto en la normativa internacional sobre derechos humanos (vgr. Convención Americana de D. H.) reconociendo a la lesión a su derecho e interés concreto como la base primera e insustituible del ejercicio del poder punitivo estatal, a la vez que abarca un mejoramiento del esquema de garantías del acusado, sobre todo en orden a su libertad y su defensa durante el proceso, y enfatiza en la legalidad de las pruebas (privando de admisibilidad en el procedimiento a los elementos de convicción obtenidos mediante el quebrantamiento de la ley —vgr. confesión forzada- y también a los datos que se obtengan como fruto de ese quebrantamiento —vgr. el arma hallada en el escondite que reveló el acusado mientras era forzado a declarar-). Incluye la idea de devolver a la gente común la posibilidad de participar en un juicio como jueces, cuando, en general, la justicia técnica y oficial sufre severos cuestionamientos de falta de independencia frente a los poderes políticos o sociales (o frente al “rating”), defectos que se predica como posibles de corregir a través del sistema de enjuiciamiento por jurados, en sus variantes anglosajona o escabinada.

INFLUENCIAS

En esta etapa de la reforma regional del proceso penal han influido fuertemente las ideas democráticas, las nuevas concepciones que se generan desde la política criminal, y una seria resistencia de la cultura inquisitiva. Trataremos de sintetizar estos aspectos.

El influjo democrático

A la reforma procesal penal en curso la insufla la democracia que se va recuperando, la libertad que se creía perdida y que se reencuentra, y el respeto por el ser humano, lo que redefine el sentido y significado garantizador del proceso penal. Y este mismo espíritu va inspirando la solución de problemas entre la libertad que se recupera y los riesgos del abuso de esa libertad, que plantean una situación de tensión entre ella y la seguridad de todos. Y el sesgo democrático se evidencia en la acusación que con fuerza se levanta contra la falsa y remanida alternativa totalitaria que expresa: "Si quieren libertad la tendrán, pero pagarán un precio en moneda de seguridad; más libertad equivaldrá a inseguridad, aumento del delito y desorden en la sociedad". El viejo planteo autoritario concluía: "Si quieren seguridad, también hay que pagar un precio, y ese precio se paga en moneda de libertad". Y semejante discurso se trasladaba al proceso penal reformulando las preguntas y las respuestas: "¿Quieren un proceso penal con garantías para el ciudadano?, pues van a tener un proceso penal ineficaz. ¿Quieren un proceso penal eficaz, idóneo para castigar el delito?, pues van a tener que pagar un precio en garantías individuales", se declamaba (en un intento de justificar la arbitrariedad).

Una de las notas más importantes de la inspiración democrática de este movimiento de reformas es el buscar romper esa falsa opción, sosteniendo que libertad y seguridad, o sea eficacia y garantías en el proceso penal, pueden y deben afianzarse simultáneamente, las dos a la vez, sin que una vaya en detrimento de la otra. No obstante, como señalaremos luego, pueden encontrarse en los días que corren renovadas expresiones del mismo viejo discurso, en algunas propuestas para tratar la llamada "delincuencia organizada".

Esta concepción democrática que tiene al hombre en el centro de sus especulaciones y pone el Estado a su servicio, también influye en el discurso penal y se empieza, recién entonces entre nosotros, a mirar al delito ya no tanto como una desobediencia a la autoridad, sino más bien como un conflicto, por lo que las soluciones deben mirar también hacia sus protagonistas de carne y hueso. Y es a partir de esto que

se reafirma la figura del imputado como sujeto de derechos, y se reconoce y fortifica la figura de la víctima del delito, a la que se rescata en su dignidad, se auxilia en su desgracia y se le asignan derechos, incluso acusatorios, durante el proceso, a la vez que se postula acordarle una mayor incidencia en la cuestión sustancial, considerando a su reparación como un válido sustituto de la pena en muchos casos.

Tendencias de política criminal

Esto se acompaña también con la creciente percepción de que el proceso penal no es una entidad aislada, sino que es parte de todo el sistema penal, y que también debe expresar, por ese motivo y respetando su papel instrumental, las decisiones de la política criminal del Estado. Ello descalifica la idea formalística de mero trámite procedimental a que muchas veces se lo redujo, y valoriza al proceso como una herramienta que no puede ser opuesta o indiferente, sino que debe ser funcional a toda la política estatal sobre el delito. Y es por esto que empiezan a influir sobre el discurso procesal las principales discusiones de política criminal.

La primera que se avizora es la relacionada con la disyuntiva entre el principio de legalidad procesal (todo delito debe ser fatalmente investigado, juzgado y castigado, cualquiera fuera su gravedad y con el mismo empeño) y la posibilidad de admitir excepciones a él, por diversas razones (mínima gravedad o culpabilidad; pena natural; reparación de la víctima; descongestión del sistema judicial; fijación de criterios o prioridades para la persecución penal, etc.) propias del principio de oportunidad. Todo esto a su vez se nutre o deriva de otras preguntas y respuestas, sobre los fines del proceso penal, el tipo de verdad que en él se procura, el papel y funciones de los órganos públicos y de los particulares que actúan en él, etc.

Como saldo final de estas reflexiones, hoy casi se coincide en la inaplicabilidad práctica del principio de legalidad procesal, en la percepción de que la persecución penal en lugar de ser inevitable para todos los casos como las leyes pretenden, funciona en la realidad como una herramienta de selección informal e inequitativa de algunos casos criminales de los que se ocupa, desechando muchísimos otros; y se advierte la necesidad de racionalizar este sistema de selección según pautas y objetivos legalmente preestablecidos, con funcionarios responsables de su elección a la vista, y con un criterio proporcional a la gravedad de las infracciones, para evitar que, como ocurre hasta ahora, los delitos leves o los cometidos por los ciudadanos excluidos del goce de los bienes públicos esenciales, sean los que sufran la mayor parte de la actividad estatal de persecución y juzgamiento delictivos.

Hoy también se debate si la base de solución de un caso penal debe ser siempre la comprobación de la “verdad real”. Y cuando reflexionamos sobre la verdad real como un fin del proceso penal, le encontramos una serie de limitaciones sobre la base de respuestas a algunas preguntas. Pues nos interrogamos: ¿qué verdad? y respondemos la verdad que se busca en el proceso es la verdad histórica, la verdad real, pero también sabemos que solamente podemos llegar a una verdad aproximativa por los límites de la posibilidad del conocimiento humano y diversos obstáculos fácticos (huellas que se borran, percepciones deformadas, rutinas burocráticas de investigación, etc.) y jurídicos (limitaciones legales a la obtención de pruebas en resguardo de derechos fundamentales) a su logro. ¿Verdad de qué? seguimos preguntando. Y contestamos que el proceso no puede seguir mintiendo acerca de que busca, como pretextaba hacerlo el viejo inquisidor, la verdad sobre todo, es decir, la verdad sobre la culpa y también la verdad sobre la inocencia, porque en el sistema jurídico del mundo civilizado al imputado se lo presume inocente, de modo que no hace falta que la investigación verse sobre la inocencia: la verdad que se busca en el proceso, concluimos, es la verdad sobre la culpabilidad.

Y esto trae como natural consecuencia que la actividad probatoria sobre la verdad de la culpabilidad no pueda estar a cargo de jueces, sino que deba considerarse una responsabilidad intransferible del acusador, que por regla general es el Ministerio Público Fiscal. Ello no significa, por cierto, que el imputado no pueda intentar probar su inocencia, ni tampoco que los fiscales deban atender sólo a la prueba que se orienta según sus sospechas. Este nuevo planteo implica además, que la verdad no podrá procurarse mediante la “autoreflexión” de los jueces, sino que deberá buscarse a través de la confrontación procesal de los intereses contrapuestos entre acusación y defensa, es decir, mediante la “contradicción” de las partes (y no solo con el “auxilio” de ella, como propone el sistema mixto).

Y también hablamos en estos días del valor de aceptar hipótesis de verdad consensuada como base de soluciones alternativas a la pena, como es por ejemplo, la reparación, aun simbólica, del daño causado a la víctima. Se trata de buscar soluciones no penales, que siempre son soluciones (nunca impunidad), aunque frutos del consenso entre los protagonistas del drama delictivo,- consenso que aún puede ser provocado por los órganos oficiales, incluso mediante técnicas de mediación - y no de un puro acto de autoridad, como es la imposición de una pena.

Éstas, y muchas otras opiniones y discusiones sobre política criminal, están permanentemente influyendo en el discurso actual de la reforma procesal y lo van a seguir haciendo en lo inmediato.

La resistencia inquisitiva

Por cierto que no todo es fácil. El movimiento americano de cambios procesales ha sido resistida por un quietismo mental de muchos actores jurídicos que, enmascarado como ideología, en realidad protege una cuestión de preservación de poder. Pues cuando comienzan las primeras sugerencias sobre la reforma aplauden; cuando hay que participar en comisiones para reformar, las integran entusiastamente; y si hay que hablar o escribir sobre los proyectos de reforma, lo hacen con envidia. Pero cuando de transformar propuestas en realidad se trata y las nuevas leyes finalmente se sancionan y se tienen que aplicar, ahí empiezan a aflorar, con o sin maquillaje, las resistencias al cambio. Aparecen entonces los argumentos en favor de que la ley nueva se suspenda “por ahora” y no se ponga en vigencia hasta más adelante, presididos casi siempre por el argumento económico: "es todo muy bueno, pero no hay recursos para hacerlo funcionar". Y también el argumento de oportunidad: "la gente quiere mano dura frente a alguna ola especial de delitos; dejemos que pase".

Pero no vaya a creerse que se trata, como por allí escribió García Márquez, que “los que mataron al tigre después se asustan al ver el cuero”. Se trata, como ya dijimos, de una resistencia a transferir poder: el poder de perseguir, el poder de juzgar, el poder de penar. Y esta resistencia se entronca en la cultura inquisitiva que existe en nuestra región, herencia casi natural de la tradición recibida de la colonización española, en la que subyace una confusión religiosa (primero) o moralista (después) del derecho penal, al que se le asigna el fin exclusivo de castigar a quienes no observan ciertos parámetros de conducta, no por el acto dañino o por el perjuicio que con él ocasionaron, sino por ser “desobedientes” de los mandatos de Dios (pecadores), del representante del poder divino (el rey) o de ciertos valores que sustituyen esas figuras (el “espíritu del pueblo”, la “moral pública”, etc.); esta cultura inquisitiva que tiene su más conspicua expresión en la instrucción judicial, y un protagonista excluyente: el juez de instrucción, que persigue, se controla a sí mismo en los modos de su persecución, y va juzgando y penando anticipadamente, con la sospecha como toda justificación y la estigmatización y la prisión preventiva como sanciones libradas a su arbitrio. Aquella ha obstaculizado, como un auténtico caballo de Troya, todas las reformas que se han intentado y sigue haciéndolo en la actualidad. Esto no es casual. Por el contrario, obedece (como ya lo hemos reiterado) a resistencias a transferir al juicio oral y público el poder de juzgar y penar (o no hacerlo, pues también esto implica poder) es decir, la máxima expresión de poder judicial, que es lo que la instrucción jurisdiccional (y los encargados de llevarla a cabo) siempre pretendió poseer. Tan es así que en más de un texto doctrinario puede leerse que, en la realidad, los jueces que dictan la sentencia definitiva son los jueces de instrucción; o que el juicio no es más que un recurso contra la prisión preventiva dispuesta como una verdadera “pena” por estos.

El modelo político fuertemente autoritario que genera esta cultura inquisitiva inventó una presunción: "el imputado es culpable", presunción que es funcional a cualquier estado totalitario (de cualquier época y de cualquier signo) que considera afectada su autoridad tanto por la desobediencia que implica el delito realmente cometido, como también por la noticia de que aparentemente alguien se animó a desobedecer. Y por esta doble posibilidad de afectación del principio de autoridad, la aparente y la real, genera un mensaje oficial a la sociedad: señor ciudadano dice, sea usted como la mujer del César; pórtese bien y también parézcalo, porque por omitir cualquiera de los dos comportamientos va a tener la consiguiente sanción. Y al delito cometido se lo castiga con la pena, y a la apariencia de delito, origen o fruto de la imputación —que, por cierto, es una función estatal—, se lo castiga “a cuenta” con el proceso, el

que se transforma así en una indebida reacción punitiva estigmatizante; y también con la prisión preventiva, impuesta como una sanción ejemplarizadora e inmediata.

Esta concepción inquisitiva evidencia un modo de ejercicio del poder penal que si bien tiene múltiples manifestaciones, principalmente se expresa (abiertamente, pues sus expresiones encubiertas son mucho más brutales) en un proceso que se puede iniciar sin ninguna prueba, que autoriza imputar el delito sobre la viscosidad de la sospecha, que permite que la prisión preventiva pueda imponerse a juicio (y a prejuicio) exclusivo de los jueces, que las pruebas recibidas en secreto y sin control de partes durante la investigación preparatoria puedan dar base a la sentencia definitiva (que solo debería poder fundamentarse en pruebas recibidas en público y con la plena contradicción entre acusación y defensa) juicio que muchas veces es, como dijo Zaffaroni, solo un recurso de revisión de la prisión preventiva, que es utilizada descaradamente como condena anticipada.

Como las propuestas actuales de reforma significan un duro revés para semejante esquema procesal punitivo, (en el que, en suma, el castigo no es obra de la voluntad de la norma penal sino de la voluntad del juez, expresada antes del juicio definitivo sobre la responsabilidad delictiva del acusado), es comprensible la resistencia. O sea, se trata de la tensión entre la voluntad del hombre y la voluntad de la ley, resuelta a favor del primero, modelo contra el que alza el Estado de Derecho.

NUEVO PERFIL DE LOS SUJETOS PROCESALES

Para dibujar en trazos muy gruesos el estado actual del pensamiento y la realidad sobre el movimiento reformador, parece útil enfatizar sobre las principales novedades que se debaten o se incorporan a la legislación positiva en relación a la situación, funciones o atribuciones de los sujetos públicos o privados que intervienen en el proceso, que forman parte todas ellas de la comunidad de opiniones a la que nos referimos recién.

El Tribunal

Hoy se está enfatizando sobre dos atributos fundamentales que debe reunir el tribunal. Uno, su independencia, que tiene distintos aspectos. Por un lado se recalca sobre la independencia que se reclama al poder judicial frente a los otros poderes estatales o grupos de interés o de presión, reclamo que se expresa en propuestas para lograr una mejor selección por idoneidad moral y técnica de los jueces y una menor participación del poder político en la designación de los magistrados, cuya expresión más concreta parece ser la discusión sobre los Consejos de la Magistratura (institución que todavía no ha mostrado entre nosotros los deseados efectos que la han hecho notable en otros continentes). Pero también se empieza a debatir sobre la necesaria independencia de los tribunales frente a otras influencias, como los reclamos de la opinión pública, o las posturas de los medios de comunicación, sobre lo que vamos a hablar luego. Y crece la idea de que los jueces deben ser, como la otra cara de la moneda de su condición de tales, esclavos de la prueba (o de la insuficiencia o ausencia de ella) y de la ley (lo que importa la proscripción del uso de la analogía o de la interpretación extensiva para lograr penar comportamientos que, por repudiables que parezcan, no se encuentren tipificados por normas penales —exclusión del modelo de juez “justiciero”).

Y también se abre una nueva discusión sobre el concepto de imparcialidad, que tradicionalmente era mirado sólo como el desinterés personal que el juez debía tener sobre los resultados del caso y se medía por las tradicionales situaciones de deudor, acreedor, pariente, amigo, etc., de los interesados, pero que hoy en día se examina desde el punto de vista funcional, que excede el marco de posibles adelantos oficiales de opinión (como sería el caso de un juez que antes haya actuado en el caso como fiscal) y se proyecta sobre la actividad probatoria. Y es así que se cuestiona sobre si un juez que busca las pruebas sobre las que un fiscal va a fundar la acusación, puede ser imparcial en la valoración del mérito de esas pruebas a los fines de determinar sobre la viabilidad de aquella, o si puede razonablemente auto-controlar la observancia de las formas legales de su adquisición. Se discute también sobre si un tribunal de juicio al que se le reconoce la facultad de buscar de oficio (sin que el acusador lo requiera, y aun en contra de su voluntad) las pruebas sobre la verdad de la acusación, puede ser en realidad un tribunal imparcial, y sin que aquella atribución

perjudique la plena igualdad que exige el modelo democrático de proceso penal entre la acusación y la defensa.

Estas reflexiones influyen en propuestas legislativas que ponen a cargo del acusador (Ministerio Fiscal en la gran mayoría de los casos) la formulación de la acusación, sobre la base de pruebas por él recogidas y el sostenimiento y acreditación de la misma en el juicio oral y público, todo en forma exclusiva, reservando a los jueces y tribunales el rol de controlar la observancia de las garantías ciudadanas durante el proceso, asegurar el igual ejercicio de las atribuciones de los sujetos que en él actúan y resolver imparcialmente sobre el mérito probatorio de la acusación, provisionalmente (tribunal de acusación) o definitivamente (tribunal de juicio).

El Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal en este último período está saliendo de la “adolescencia” que le encuentra Maier, y ha ganado en situación institucional, y hoy tiene una recepción constitucional expresa en la mayoría de los países de la región. Y esta nueva situación institucional lo empuja firmemente hacia la independencia frente a los otros poderes, pues en algunos casos las Constituciones lo configuran como un verdadero órgano extrapoder, y en otros se postula hacerlo integrar el poder judicial. Pero cualquiera que sea el modelo, a lo que se tiende es a desvincularlo del poder político, y por consiguiente, de órdenes o presiones de éste.

También el Ministerio Fiscal en este período ha ganado más protagonismo en lo procesal, pues se comienza a atribuirle la investigación preliminar de los delitos que antes se acordaba al juez; y luego se le asigna la responsabilidad exclusiva y excluyente (respecto de los órganos jurisdiccionales) de probar la acusación ante el tribunal de juicio, tarea en la que antes y todavía ahora, las leyes permiten indebidamente que lo auxilien, y hasta lo sustituyan, los jueces que lo integran. Incluso ha ganado el Ministerio Fiscal en lo político, pues se le empiezan a reconocer atribuciones de fijar criterios políticos en orden a la persecución penal, que se confieren a quien se desempeña como cabeza del organismo, al que se le otorgan —con diferente grado de autonomía del resto del cuerpo fiscal— facultades de impartir instrucciones generales o instrucciones particulares a tal efecto, y de señalar, orientar y aun ordenar a los inferiores sobre qué se debe perseguir, o qué no conviene perseguir, o qué se persigue primero y qué se persigue después, etcétera, posibilidades que varían según las distintas regulaciones legales que lo enmarquen, y el grado de aceptación sobre criterios de oportunidad que se autorice. Y todo esto permite cargar exclusivamente sobre sus espaldas la responsabilidad por la tan reclamada “eficacia” de la persecución del delito (que no debe considerarse como una responsabilidad atribuible genéricamente al proceso penal, sin distinción de los obligados a afrontarla). Crece también la idea de que el Ministerio Fiscal debe ubicarse “del lado” de la víctima, pues dentro del “interés público” que aquél debe representar, se encuentra incorporado el interés particular del ofendido por el delito; o sea, que es un funcionario que, como cualquier otro, debe estar al servicio del ciudadano cuyo derecho (personalísimo o derivado de su condición de asociado) la ley penal adopta como objeto de su protección (aun cuando lo incorpore al abstracto concepto de “bien jurídico”). Todo, por cierto, en cuanto por derecho corresponda (lo que excluye la posibilidad de que pueda estar al servicio del espíritu de revancha o venganza).

Y sea porque lo indica el modelo de “igualdad de armas” entre acusador y acusado impuesto como prenda de imparcialidad del juzgador, o porque de alguna manera su actuación es expresiva de un criterio o política de persecución penal (de cuya eficacia es responsable), o porque en procesos marcadamente acusatorios (como el que impulsa el movimiento de reforma) se ve acentuada su condición de “parte”, o por su ubicación “del lado” de la víctima (como señalamos en el párrafo precedente), o por (muchas o) todas estas razones, lo cierto es que parece necesario revisar los alcances de la objetividad total en su actuación (que el procedimiento “mixto” predica solo porque a los jueces se les asigna la misma responsabilidad que a los fiscales de buscar la verdad de la acusación, sin aceptar una distinción sustancial de los roles de acusar y juzgar (y penar), invocando un común interés de justicia entre jueces y fiscales— e, incluso, entre estos y el acusado) que le imponen muchas leyes procesales (aún las propias del movimiento de reforma). Quizás el punto en donde más se deba acentuar este reexamen, sea el de la influencia que, en sus dictámenes y conclusiones, debe tener el principio “in dubio pro reo”, frente al cual muchos de los

doctrinarios con predicamento en la reforma procesal lo ubican en la misma situación en que los jueces se encuentran frente a tal principio (reexamen que no significa, por cierto, pensar que deba ser un acusador ciego o un investigador desleal).

La Víctima

Seguramente el sujeto más reconocido en esta reforma (y al amparo de la actual tendencia general) ha sido la víctima del delito, respecto de la cual nadie discute hoy que merece atención y protección, tanto fuera del proceso a través de apoyo interdisciplinario, como dentro de él para evitar que se la revictimice, asegurándole un trato digno y respetuoso, a la par que se le reconoce y se propugna su derecho de estar informada de las resoluciones que se dicten, aunque no asuma la condición de parte. También se le acuerdan a la víctima derechos procesales como el de ser actor civil y reclamar la reparación económica del daño que le causó el delito, o el de ser actor penal, es decir querellante, actuando en conjunto con el fiscal y colaborando con él en el ejercicio de la acción penal, e inclusive supliéndolo en el rol acusatorio si el órgano público, por cualquier razón, decide abandonarlo.

Y más recientemente crece la idea (bajo la influencia del pensamiento que rescata el conflicto humano que subyace en el delito por encima o a la par de su significado como infracción o desobediencia a la ley) de darle a la víctima atribuciones sobre el contenido sustancial del proceso. Así ocurre en medida simbólicamente no despreciable, aunque modesta en la realidad, en algunos códigos producidos por el movimiento de reforma, en los que la reparación voluntaria del daño causado es una de las condiciones que se tienen en cuenta para evitar el castigo de quien seguramente debería ser sometido a una pena, acordándole a la voluntad de la víctima la posibilidad de incidir en la extinción de la persecución penal, siempre que se trate de delitos que tutelan bienes jurídicos disponibles por su titular (vgr, contra la propiedad).

Y la opinión de los organismos supranacionales de protección de los derechos humanos de la región (Corte Interamericana de D.H.; Comisión Interamericana de D.H.) avanza sobre estos conceptos cuando afirma, categóricamente, que "cuando la violación de los derechos humanos sea el resultado de un hecho tipificado penalmente, la víctima tiene derecho de obtener del Estado una investigación judicial" que se realice "seriamente con los medios a su alcance ... a fin de identificar a los responsables, [y] de imponerles las sanciones pertinentes..." lo que deriva del "derecho a la tutela judicial efectiva" previsto en el art. 25 de la CADH.

El imputado

La reforma aporta también nuevas discusiones sobre el imputado y su situación.

Hoy se asume como un valor entendido que el hecho de acordar a una persona la calidad de imputado, es una conquista en relación al modelo inquisitivo anterior, en que aquél era considerado y tratado como un objeto de persecución. Por ello, o mejor dicho, a partir de ello, se advierte que lo mejor que se puede hacer por el imputado_ es tratar de evitar que lo imputen. Es decir, procurar que todos los instrumentos procesales que tienden a vincular una persona con el ejercicio del poder penal del Estado por atribuírsele participación en un delito, sean ejercitados sin automatismo, con racionalidad, sólo cuando sea imprescindible, buscando medios jurídicos alternativos que le permitan el ejercicio de la defensa a la par que eviten la estigmatización que, como una verdadera condena social, recae inexorablemente sobre quien es imputado oficialmente de la comisión de un delito.

También se ha avanzado en orden a la definición del problema de la libertad del imputado, pues ya no se concibe como antes que abrirle un proceso signifique sin más su detención, sino que se condiciona la posible privación de su libertad a que existan pruebas significativas de su participación en un delito y además a que se pueda establecer con seriedad en cada caso concreto, que su encarcelamiento es absolutamente imprescindible para conseguir, sin la obstaculización posible por parte de aquél, el logro de (algunos de) los fines del proceso, es decir la reconstrucción de la verdad y la aplicación de la ley. Es por

eso que en la legislación que va produciendo la reforma aparece la idea del "estado de libertad" como regla y la excepcionalidad de la privación de libertad durante el proceso. Y cobra fuerza la exigencia de limitación temporal a la prisión preventiva, para evitar que, por extenderse en el tiempo más allá de lo imprescindible para la realización del juicio definitivo, se convierte en una pena anticipada.

También aparece consolidada la idea, (aunque hay que reconocer que sufre periódicos embates de resabios inquisitivos de la práctica judicial), de que el imputado no tiene obligación de contribuir a (con) la investigación del delito que se le atribuye y que, por tanto, su declaración es un medio de defensa y no un medio de prueba (por lo que no declarar o el modo de hacerlo no pueden ser presunciones de culpabilidad), ni tampoco de sujeción compulsiva a la autoridad, ni mucho menos aún, un acto de poder para simbolizar su inferioridad frente al Estado. Por eso es que se escucha como un desafío: "Si la indagatoria no es un medio de prueba sino sólo una oportunidad para que, si el imputado así lo prefiere, pueda refutar, responder o aclarar los cargos que se le formulan, ¿por qué no se permite que lo haga por escrito, como lo haría en un proceso civil y con la asistencia de un abogado"? La respuesta a este interrogante deja planteada una discusión que seguramente va a exigir sacarse algunas caretas a quienes intervengan en ella.

A esto se agrega que la incomunicación, que hasta hace poco era casi una regla general y se imponía respecto del imputado al menos hasta después de terminada su declaración, privándolo así del consejo de su defensor, hoy se prevé como excepción y nunca es autorizada respecto del abogado, previo a declarar o antes de participar en algún acto en donde aquél deba hacerlo en forma personal.

La reforma ha logrado, asimismo, consolidar el concepto de que solo puede imponerse una condena penal cuando las pruebas aportadas por la acusación, no desvirtuadas por ninguna otra, acrediten la culpabilidad del acusado, y que así pueda explicarlo el tribunal al fundamentar su sentencia, resguardando al hacerlo las reglas de la sana crítica racional. Y en orden a esto (la prueba de su culpabilidad) pareciera que logró imponerse la exigencia de la legalidad de los elementos de convicción con tal propósito, pues se ha instalado fuertemente la idea de que el fin de descubrir la verdad no justifica el uso de cualquier medio para lograrlo (no se admite el "maquiavelismo procesal") y que el poder de aplicar una pena se tiene que ejercitar respetando una serie de garantías individuales que establece o reconoce el orden jurídico en resguardo de la dignidad personal y otros derechos, y que considera superiores o prevalentes al propio interés por el castigo del delito. Por cierto que también esta idea tiene sus detractores, que usan o se quitan la careta, según el caso.

JÓVENES INFRACTORES

También el movimiento de reformas a la administración de justicia se ha ocupado de la fuerte problemática de los jóvenes que, en la región, incurren en comportamientos que las leyes penales definen como delitos cuando son realizados por adultos. En relación a esto, aquella corriente (que tiene expresión concreta en nuevas leyes juveniles sancionadas en Bolivia-1992-; El Salvador-1994-; Costa Rica y Guatemala-1996- y en los Proyectos de Venezuela y Paraguay) es orientada por la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) que, si bien autoriza en tal supuesto el desarrollo de acciones estatales (no siempre judiciales, artículo 40.3.b) ellas no pasan por considerar al joven ni como un objeto de protección, ni como un delincuente adulto. Haciéndole conocer el reproche legal a su accionar, tendrán como objetivo que, tratado de manera acorde con su edad, acreciente su sentido de la propia dignidad y valor, fortalezca su respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros, promueva su reintegración y asuma una función constructiva en la sociedad (artículo 40.1). Este debe ser el sentido de la intervención estatal originada en la conducta contraria a la ley penal de un adolescente, que no puede tener carácter retributivo ni significado punitivo, sino que deberá participar de aquella naturaleza socio-educativa.

Es así que se postula que las intervenciones oficiales que se autoricen frente a la infracción legal y con el aludido propósito, serán acciones interdisciplinarias que deberán desarrollarse por regla general, en el ámbito de la propia familia, con participación de la comunidad en la que se desenvuelven y con diversas formas de asistencia del Estado, como la orientación, la supervisión, el asesoramiento, la libertad asistida, etcétera. Si este ámbito de contención familiar fuere imposible, podrá recurrirse a hogares de guarda, o a

instituciones públicas o privadas idóneas para tal cometido, debiendo preverse, por otra parte, la atención de la especial problemática de salud que pudiera presentarse.

Si bien es cierto que la Convención no prohíbe que, en este contexto, los jóvenes a partir de cierta edad puedan ser restringidos en su libertad ambulatoria, debe quedar claro que esta posibilidad está prevista como extraordinaria pues se condiciona a que se utilice sólo como medida de último recurso para el logro de aquel objetivo, y durante el período más breve que proceda (artículo 37.c.). O sea que su aplicación debe ser reducida al mínimo porcentaje de casos realmente graves, protagonizados por adolescentes que presenten un serio deterioro en su personalidad, y deberá llevarse a cabo en establecimientos especiales, con personal que no sea policial ni penitenciario, entrenado para ser el primer agente educativo, todo con orden y bajo estricto control judicial.

La reforma enfatiza en que la intervención del Estado estará condicionada no sólo a la atribución de un comportamiento penalmente prohibido, sino a la prueba de su existencia (aspecto generalmente descuidado), cualquiera sea la edad del joven en cuestión, y al respeto de las garantías del debido proceso. Tampoco tendrá legitimación ninguna medida de restricción de sus derechos que prescinda de su participación en el hecho definido como delito, que generó la intervención judicial. No es aceptable que cualquiera fuera el resultado de la causa (incluso que no se compruebe su participación), pueda serle impuesta igualmente alguna restricción si estuviere "abandonado", falta de asistencia, en "peligro moral o material" o presente "problemas de conducta" (como lo estatúan y aún lo hacen varias leyes de la región).

Es que cualquier medida restrictiva de derechos que se adopte a su respecto sólo puede ser consecuencia de la comisión de un delito, nunca de conductas que no lo configuren, o de "situaciones" en que puedan encontrarse los jóvenes. Si para los mayores rige el derecho penal de acto, no el derecho penal de autor, esto debe ser también una garantía para aquellos.

Esto no significa, en modo alguno, pretender ingresar al joven infractor al derecho penal común, pues la reforma propicia un sistema jurídico flexible, limitado a infracciones graves, con amplios márgenes de disposición de la acción, y la aceptación de vías especiales para la solución (pacificación) real del caso (vgr. conciliación, mediación, etc.).

Por cierto que la inspiración axiológica del movimiento de reforma no desconoce, y así lo proclama, que la prevención de comportamientos juveniles contrarios a la ley penal no se logrará mediante intervenciones estatales innecesarias que se entrometan en la vida de los adolescentes so pretexto de protegerlos, sino más bien con el pleno respeto de los derechos que la legislación internacional les reconoce, emanados de su condición de persona y por su menor edad, lo que exige políticas estatales activas y el esfuerzo solidario de toda la sociedad. Pensamos que es en la carencia o insuficiente satisfacción de estos derechos donde debe buscarse el origen de sus actos de infracción a la ley; y que es su efectiva vigencia la que permitirá que los actos infractores no ocurran.

FUTURO PRÓXIMO

Es importante, para finalizar, decir dos palabras sobre el futuro próximo, procurando escudriñar los posibles condicionamientos e influencias que va a tener la reforma procesal para su consolidación y progreso, entre los que elegimos (por cierto que existen otros) algunos aspectos que nos parecen muy positivos, otros que no lo son, y algunos interrogantes.

Los Pactos (y declaraciones) Supranacionales sobre Derechos Humanos

Como positivo podemos señalar la influencia de la incorporación de los principales pactos internacionales sobre derechos humanos al orden jurídico de los países de la región (aunque por vías diversas) que, aun con la lentitud y las idas y venidas con que encarna entre nosotros todo lo que vaya en favor del ciudadano, genera un nuevo lugar desde donde mirar el sistema penal y procesal, y va (e irá) determinando el desarrollo de opiniones doctrinarias, decisiones jurisprudenciales y legislación positiva,

que favorece el acomodamiento de la reforma procesal a los postulados humanitarios que esta y aquellos tienen en común. El verdadero desafío consiste en lograr que la normativa internacional aludida, no se superponga a la legislación anterior como si fuera una “capa geológica”, sino que logre “penetrarla”, sintetizarse con ella.

Esto ya está ocurriendo hoy. Además del constante crecimiento de la idea de una jurisdicción judicial supranacional en la materia (punto que excede este trabajo), son cada vez más frecuentes y numerosos los estudios y discusiones sobre la incidencia concreta de esta temática en el proceso penal común, tales como las referidas a si el recurso contra la sentencia condenatoria que quieren los pactos internacionales se satisface con la actual regulación del recurso de casación que no permite revalorar las pruebas sobre los hechos; o si al amparo de aquellos puede justificarse el recurso del Ministerio Fiscal contra la sentencia que favorece al acusado, o si, en cambio, esa impugnación vulnera el principio “non bis in idem”; o los fallos de la Corte Suprema de Justicia Argentina que rompiendo con una tradición de pensamiento y descalificando la legislación que lo autoriza, han sostenido que si el fiscal del tribunal de juicio no pide condena al concluir el debate, este órgano jurisdiccional no puede condenar al acusado; o el tema de la limitación temporal a la prisión preventiva a un lapso razonable.

Pero estos tópicos no agotarán la influencia que los pactos internacionales ejercerán sobre el sistema penal, pues por influencia de aquellos se deberán rediscutir el fundamento del derecho criminal (¿es un derecho “protector” de la víctima?), la legitimación primera de la persecución penal del Estado (¿garantizar el derecho a la justicia de las víctimas?), los conceptos de imparcialidad del tribunal, de plena igualdad entre acusación y defensa, de misión social y ubicación institucional del Ministerio Fiscal, de intermediación y contradicción como requisitos insoslayables para la validez del juicio penal y el régimen para niños y adolescentes infractores, entre muchos otros.

Por cierto que favorecerá todo este proceso de cambios la opinión de los organismos que conforman el sistema jurídico supranacional, expresada en informes, opiniones consultivas, sentencias, etcétera (los que deberán procurar uniformar, dentro de lo posible, sus criterios, para dotar a su funcionamiento de la previsibilidad necesaria para orientar, “ex ante”, el comportamiento de las autoridades nacionales).

El Aumento de la Criminalidad

Como negativo para el curso futuro de la reforma procesal penal podemos señalar el aumento de la criminalidad, tanto del delito común, con una dosis de violencia en muchos casos no conocida con anterioridad, que determina una sensación general de inseguridad y desprotección ciudadana, como la aparición y difusión del delito organizado, cuyo poder financiero es aparentemente imbatible, y hace imaginar modos jurídicamente inaceptables para su investigación y castigo; y la irrupción del delito de abuso de poder del funcionario público en sus más variadas manifestaciones (incluso de corrupción económica), cuya difusión social se ve potenciada por su utilización, a veces maliciosa, como arma política.

Este fenómeno impacta fuertemente dentro de nuestras sociedades que, formadas en una cultura inquisitiva, aceptan —a veces con entusiasmo— que se desarrolle una “concepción bélica” del derecho penal y del proceso penal, que son considerados así “armas” en la “guerra” contra el delito. Así se oye a menudo sobre el combate contra el narcotráfico o contra el terrorismo, o contra los funcionarios o políticos “corruptos”, o contra la “ola de violencia que azota a la sociedad” y otras expresiones semejantes, que reformulan conceptos inquisitivos propios del derecho penal de autor, sustituyendo el concepto de persona por el de “enemigo”. Y los enemigos son ellos, los otros, los narcotraficantes, los funcionarios corruptos, los terroristas, a los que más pronto que tarde se agregan los “elementos marginales”, o los “menores” u otras “lacras sociales”. A estos enemigos se los “enfrenta” con un derecho penal y procesal penal de excepción, especial para ellos, y bajo su influjo nos llenamos de “arrepentidos”, “agentes encubiertos”, “informantes”, “testigos de identidad reservada”, que en la oscuridad, y en el anonimato, por estímulos generalmente económicos, procuran la legalización de pruebas y datos que en cualquier otro proceso “no excepcional” serían consideradas absolutamente ilegales por vulnerar derechos fundamentales. Policías que simulan ser delincuentes, delincuentes que simulan arrepentirse, delatores, soplones que traen conocimientos obtenidos mediante procedimientos ilegales y clandestinos por particulares, y testigos sin

nombre y sin rostro, luchan por consolidarse desde las tinieblas en el proceso "excepcional". Y lo peor es que desde allí pugnan por extenderse al "proceso ordinario".

Si bien no son temas fáciles de resolver, la reforma lucha para que no se claudique frente a semejantes propuestas de derecho de "excepción" que en realidad solo pretenden enmascarar la vulneración de garantías básicas, porque ni la inusitada gravedad de un delito ni las dificultades probatorias pueden justificar el rompimiento del orden jurídico para investigarlo y castigarlo. Además la utilización racional del enorme poder que el Estado puede legítimamente desplegar en la investigación criminal, será suficiente, en la inmensa mayoría de los casos, para hacer justicia.

Los Medios Masivos de Comunicación

Y hay un fenómeno que no podemos todavía calificar de positivo o negativo para la reforma procesal, cual es el papel que han adquirido hoy los medios de comunicación y su influencia sobre el proceso penal, no solamente por la difusión masiva de los procesos o de las meras imputaciones, o por la transmisión radial o televisada del juicio oral y público en vivo y en directo, sino más bien por los auténticos procesos paralelos que llevan adelante, evidenciando que puede haber percepciones contrapuestas sobre la verdad, según sea vista por los periodistas o por la justicia.

No me parece mal que conductores o empresas periodísticas, si consideran que es bueno para la opinión pública o para el negocio del "rating", lleven adelante un proceso paralelo con riesgo o con el fin de conducir a la opinión pública a anticipar una condena o absolución social. Pero frente a ello resulta imprescindible que exista en los Estados, un proceso penal oficial en donde se investigue el delito y se juzgue imparcialmente a los acusados, de acuerdo con la prueba y con la ley, aun en contra de la opinión de los periodistas o de la condena social.

He escuchado decir por allí que la garantía última del sistema democrático y del Estado de Derecho son la prensa independiente y la justicia independiente; y creo que quien lo dijo tiene mucha razón: el tren del Estado de Derecho debe correr sobre esos dos rieles. Pero no hay que olvidar que este figurado tren sólo va a poder correr en la medida que esos rieles sigan paralelos y que no puedan juntarse. Quiero decir que nunca la condena (o absolución) social generada por la prensa podrá influir sobre la condena (o absolución) judicial, ni muchos menos determinarla. Tiene que haber la más absoluta libertad de prensa, de información y de empresa; tiene que existir la más absoluta libertad de los jueces. Pero también debe existir la más absoluta independencia entre justicia y prensa. El tiempo dirá hasta dónde será capaz de influir este nuevo fenómeno comunicacional en la reforma procesal.

La Culpa ¿es de las leyes?

No podría terminar sin hacer una reflexión sobre un tema que influye en la discusión social sobre la reforma: el discurso sobre que el aumento del delito y de la inseguridad ciudadana es responsabilidad de códigos penales benignos y de sistemas procesales llenos de garantías "para los delincuentes". Con ligereza y a veces con mala fe se instala en la sociedad la idea de que para bajar los índices de delito deben sancionarse leyes penales más rigurosas y códigos procesales menos garantistas.

Pero esto no es otra cosa que querer ocultar la realidad con una cortina de palabras, o como mucho, con una cortina de papel. Porque ni las leyes procesales ni las leyes penales operan sobre las causas, sino que sólo operan sobre los efectos. Y las causas del delito no están en las leyes. Las causas del delito están en la sociedad y hay que mirar hacia allí, fijarse si desde el Estado se esta tratando bien a la sociedad, si se acierta en las otras políticas: en la política exterior, para no dar cabida en el país a terroristas internacionales; en la política de fiscalización de la administración pública, para no facilitar casos permanentes de corrupción; en las políticas de control de fronteras y aduanas, que impidan u obstaculicen el contrabando o el narcotráfico; en políticas impositivas que neutralicen la evasión fiscal, etcétera. Pero, sobre todo, ver que la política pública asegure al ciudadano la posibilidad de su inclusión en los beneficios sociales y no la lleve a la exclusión social, que es caldo de cultivo para todos aquellos ilícitos y también un fuerte incentivo para los llamados "delitos comunes". La solución al aumento de la delictuosidad no la vamos a encontrar en el código penal ni en los códigos procesales. No hay que hacerle creer eso a la gente.

Quizás se pueda aportar algo desde allí. Pero lo que mas va a contribuir a que se reduzca el delito, será la decisión de lograr una sociedad más equitativa, más igualitaria mas solidaria ,es decir una sociedad más justa, entendida según la reflexión de Kelsen, que luego de preguntarse y repreguntarse sobre qué es la justicia, se tuvo que limitar a responder: "Yo no sé que es la justicia absoluta, sólo sé que es un hermoso sueño de la humanidad. Solamente les puedo decir lo que creo que es la justicia. Yo creo en la justicia de la libertad, la justicia de la paz, creo en la justicia de la tolerancia, creo en la justicia de la democracia". Proponerse desde la sociedad civil y desde el Estado hacer realidad esta respuestas, es la mejor, sino la única manera de buscar soluciones a las causas del delito en una sociedad. Sin esto, poco será lo que lograrán las leyes.

ANEXO

Los Nuevos Códigos Procesales Penales.

A continuación adjuntamos una información resumida sobre algunos principios y el rol de los sujetos procesales en los nuevos Códigos Procesales Penales sancionados(o proyectados)en la región.

Para el presente anexo se ha utilizado el nuevo Código Procesal Penal para la República de El Salvador, aprobado por la Honorable Asamblea Legislativa mediante Decreto No. 904 de fecha 4 de diciembre de 1996 que está vigente desde mediados del corriente año; el Código Orgánico Procesal Penal de la República de Venezuela que fue aprobado en el primer semestre de 1998; el Código de Procedimiento Penal de la República de Paraguay aprobado en 1998; el Proyecto de Ley del Código de Procedimiento Penal de la República de Bolivia que fue aprobado por la Honorable Cámara de Diputados el 21 de septiembre de 1998 y que actualmente se encuentra en trámite en el Senado; el Código Procesal Penal de Guatemala que fue implementado en julio de 1994; y el Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba que comenzó a regir totalmente en marzo de 1998.Los hemos seleccionado porque, con mayor o menor intensidad, hemos trabajado en forma personal en el desarrollo de su preparación.

Principio de Oportunidad

El Salvador. Se establece que en las acciones públicas, el fiscal podrá solicitar al juez que prescinda de la persecución penal de uno o varios de los hechos imputados, respecto de uno o algunos de los partícipes o se limite a una o algunas de las calificaciones jurídicas posibles. Previendo como criterios de aplicación la insignificancia del hecho realizado, la escasa contribución de un partícipe o su mínima culpabilidad; que el imputado haya hecho todo cuanto estaba a su alcance para impedir la ejecución del hecho o que haya contribuido decisivamente al esclarecimiento de la participación de otros imputados en el mismo hecho o en otro más grave; que el imputado haya sufrido, como consecuencia directa del hecho, un daño físico o psíquico, grave o irreparable o cuando tratándose de un delito culposos haya sufrido un daño moral de difícil superación; o que la pena correspondiente por el hecho o calificación jurídica de cuya persecución se prescinde carece de importancia en consideración a la pena ya impuesta, a la que corresponde por los restantes hechos o calificaciones, o a la que se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero.

Será el juez quien aplique los criterios de oportunidad, pero nunca lo hará sin el acuerdo del fiscal.

Venezuela. Dispone que el fiscal podrá solicitar al juez de control la autorización para prescindir, total o parcialmente, del ejercicio de la acción penal, o limitarla a alguna de las personas intervinientes en el hecho, en los siguientes supuestos: cuando se trata de un hecho que por su insignificancia o por su poca frecuencia no afecte gravemente el interés público, excepto cuando el máximo de la pena exceda los cuatro años de privación de libertad, o se cometa por un funcionario o empleado público en ejercicio de su cargo o por razón de él; cuando la participación del imputado en la perpetración del hecho se estime de menor relevancia, salvo que se trate de un delito cometido por funcionario o empleado público en ejercicio de su cargo o por razón de él; cuando en los delitos culposos el imputado haya sufrido a consecuencia del hecho, daño físico o moral grave que torne desproporcionada la aplicación de una pena; cuando concurren los

presupuestos bajos los cuales el juez esta autorizado para suspender condicionalmente la ejecución de la pena; o cuando la pena o medida de seguridad que pueda imponerse por el hecho o la infracción, de cuya persecución se prescinde, carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta, o a la que se debe esperar por los restantes hechos o infracciones o la que se le impuso o se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero.

Paraguay. Establece que el Ministerio Público podrá prescindir de la persecución penal, con consentimiento del tribunal, cuando el procedimiento tenga por objeto un delito, que por su insignificancia o por el grado de reproche reducido del autor o partícipe, no genere interés público en la persecución; o cuando el código penal o las leyes permitan al tribunal prescindir de la pena; o cuando la pena que se espera por el hecho punible carece de importancia en consideración a una sanción ya impuesta, a la que se espera de los demás hechos punibles que constituyan el objeto de procedimiento pendientes o a la que se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero; o cuando se haya decretado, en resolución firma, la extradición o expulsión del imputado por delito cometido en nuestro país.

Bolivia. Aunque se establece que la Fiscalía tendrá la obligación de ejercer la acción penal pública, también contempla que podrá solicitar al juez que prescinda de la persecución penal de uno o varios de los hechos imputados, respecto de uno o algunos de los partícipes, o limitar a una o alguna de las calificaciones jurídicas posibles, cuando: se trate de un hecho de escasa relevancia social por la afectación mínima del bien jurídico protegido; el imputado haya sufrido a consecuencia del hecho, un daño físico o moral más grave que la pena a imponerse; la pena que se espera por el delito cuya persecución se prescinde carece de importancia en consideración a una pena ya impuesta y; cuando la pena que se espera carezca de importancia en consideración a las de los restantes delitos, o a la que se le impondría en un proceso tramitado en el extranjero y sea procedente la extradición solicitada.

(Guatemala) Dispone que el Ministerio Público con consentimiento del agraviado (si lo hubiere) y con autorización del juez de primera instancia o de paz que conozca del asunto, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal cuando: se tratare de delito que por su insignificancia o su poca frecuencia no afecte gravemente el interés público, salvo cuando a pedido del Ministerio Público, el máximo de la pena privativa de libertad supere dos años de prisión, o se hubiere cometido por un funcionario o empleado público en ejercicio de su cargo; la culpabilidad del sindicado o su contribución a la perpetración del delito sea mínima, salvo que se trate de un hecho delictuoso cometido por un funcionario o empleado público en ejercicio de su cargo; o cuando el inculpado haya sido afectado directa y gravemente por las consecuencias de un delito culposo y la pena resulte inapropiada.

Córdoba. En virtud de la forma de organización federal de la Argentina, las excepciones al principio de legalidad solo pueden ser dispuestas por el Congreso Nacional, y no por las legislaturas provinciales (estatales). Las vigentes en todo el país se relacionan con la posibilidad de suspensión del juicio "a prueba" (una especie de "divertion") en delitos de poca entidad, bajo condición de no cometer nuevos y reparar el daño, todo dentro de un cierto lapso, vencido el cual y cumplidas esas condiciones, el proceso se cierra mediante sobreseimiento definitivo. Hay otra relacionadas con la "narcoactividad" (disminución y exención de pena para colaboradores, etc.) o delitos tributarios (pago del impuesto eludido) pero estas temáticas no son de competencia de la justicia provincial.

Reparación Sustitutiva de la Pena

Venezuela. En primer lugar se consagran como objetivos del proceso penal la protección y reparación del daño causado a la víctima del delito. Estableciendo la obligación para el Ministerio Público de velar por dichos intereses durante todas las fases y disponiendo que los jueces garantizarán la vigencia de sus derechos y el respeto, protección y reparación durante el proceso.

Por otra parte, se contempla la posibilidad de que se realicen acuerdos reparatorios, esto es, en aquellos casos donde el hecho punible recaiga sobre bienes jurídicos de carácter patrimonial o cuando se trate de delitos culposos, el juez podrá, desde la fase preparatoria, aprobar acuerdos reparatorios entre el imputado y la víctima, verificando que quienes concurren al acuerdo hayan prestado su consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos.

Paraguay. Dispone que para la aplicación de algunos de los criterios de oportunidad anteriormente mencionados (insignificancia y utilización de leyes que permitan al tribunal prescindir de la pena) será necesario que el imputado haya reparado el daño ocasionado, que haya firmado un acuerdo con la víctima en ese sentido o que haya demostrado su voluntad de reparación.

Bolivia. Se requiere para la aplicación del principio de oportunidad - en los casos de insignificancia, de retribución natural o en los que se prescinde de una pena porque carece de importancia con relación a la ya impuesta—, que el imputado haya reparado el daño ocasionado, firmando un acuerdo con la víctima en ese sentido o afianzado suficientemente esa reparación.

Guatemala. Establece que será necesario que el imputado hubiese reparado el daño ocasionado o que exista acuerdo con el agraviado en ese sentido, para que sea posible la aplicación del principio de oportunidad.

Córdoba. Se prevé la reparación de la víctima como condición para la procedencia de la suspensión del juicio “a prueba”; o la reparación al fisco (en delitos tributarios) como causa de sobreseimiento, funcionando en ambas hipótesis la reparación como sustituto de la pena (en las condiciones previstas al referirnos a la recepción del principio de oportunidad en Argentina).

El Tribunal

El Salvador. Dispone que, además de la Corte Suprema y de las Cámaras de segunda instancia, existirá un Tribunal del Jurado al que le corresponderá el juzgamiento, en vista pública de los delitos en que no sea competente el Tribunal de Sentencia. Este último estará integrado por tres jueces de primera instancia y conocerán de la etapa plenaria de todos los delitos. En cuanto a los jueces de Primera Instancia de Instrucción conocerán de la instrucción formal en todos los delitos de acción pública. Por último, los jueces de Paz conocerán del control de las diligencias iniciales de investigación y la realización de la audiencia inicial, y también del juzgamiento por falta.

Venezuela. Los tribunales penales se organizarán en dos instancias: una primera instancia, integrada por tribunales unipersonales, mixtos y de jurados; y otra de apelaciones, integrado por tribunales colegiados de jueces profesionales. El control de la investigación y la fase intermedia estarán a cargo de un tribunal unipersonal que se denominará tribunal de control; la fase de juzgamiento corresponderá a los tribunales de juicio que se integrarán con jueces profesionales que actuarán solos o con escabinos o jurados. Las Cortes de Apelaciones estarán compuestas por tres jueces profesionales. El tribunal unipersonal estará constituido por un juez profesional. Los tribunales unipersonales, mixtos y de jurados, se integrarán con el juez profesional, los escabinos o jurados, según el caso.

Paraguay. Está previsto en este ordenamiento que sean órganos jurisdiccionales la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales de Apelación, los Tribunales de Sentencia -que podrán ser unipersonales o integrados por tres jueces penales-, los Jueces Penales, los Jueces de Ejecución y los Jueces de Paz. Son los Jueces Penales los competentes para actuar como juez de garantías y del control de la investigación, y conocerán de las decisiones de naturaleza jurisdiccional que se deban tomar durante la etapa preparatoria; de la sustanciación y resolución del procedimiento en la etapa intermedia y de la sustanciación y resolución del procedimiento abreviado.

Bolivia. Son Tribunales competentes la Corte Suprema de Justicia, las Cortes Superiores de Justicia, los Tribunales de Sentencia, los Jueces de Sentencia, los Jueces de Instrucción y los Jueces de Ejecución Penal. Los tribunales de sentencia estarán integrados por dos jueces técnicos y tres jueces ciudadanos y serán competentes para conocer la sustanciación y resolución del juicio en todos los delitos de acción pública. Los jueces de instrucción llevan adelante el control de la investigación, así como emiten las resoluciones jurisdiccionales que correspondan durante la etapa preparatoria y la aplicación de criterios de oportunidad.

Guatemala. Tienen competencia en materia penal los Jueces de Paz, de narcoactividad, de delitos contra el ambiente, de Primera Instancia, los Tribunales de Sentencia, las Salas de la Corte de Apelaciones, la Corte

Suprema de Justicia y los Jueces de Ejecución. Los jueces de Primera Instancia tendrán a su cargo el control jurisdiccional de la investigación efectuada por el Ministerio Público. Los Tribunales de Sentencia conocerán del juicio oral y pronunciarán la sentencia respectiva en los procesos por los delitos que la ley determina.

Córdoba. Los jueces de garantía controlarán la investigación preparatoria que deberá ser llevada adelante por el Ministerio Fiscal, tanto en orden al resguardo de los derechos del imputado como respecto del fundamento de la acusación. Los Tribunales de Juicio pueden ser unipersonales en casos sencillos, o colegiados en el resto de los casos; en delitos graves pueden ser integrados con ciudadanos (modelo de jurado “escabinado”). El debate será oral y público. En todo caso carecerán de atribuciones probatorias autónomas.

Ministerio Fiscal

El Salvador. Llamada Fiscalía General de la República. Le corresponde dirigir la investigación de los delitos y promover la acción penal ante los jueces y tribunales. Los fiscales formularán motivada y específicamente sus requerimientos y conclusiones; en la audiencia inicial, en la audiencia preliminar, la vista pública y las demás audiencias que convoquen los jueces. Así también dirigirán los actos iniciales de la investigación y los de la policía, velando por el estricto cumplimiento de la ley. Durante la instrucción cumplirán con la investigación en procura de todos los elementos que les permitan fundamentar la acusación o pedir el sobreseimiento. Actuarán siempre bajo el control jurisdiccional.

Venezuela. El Ministerio Público tiene que, entre otras atribuciones, dirigir la investigación de los hechos punibles y la actividad de los órganos de policía de investigaciones para establecer la identidad de sus autores y partícipes; ordenar y supervisar las actuaciones de los órganos de policía de investigaciones en cuanto se refiere a la adquisición y conservación de los elementos de convicción; formular la acusación y ampliarla, y solicitar la aplicación de la penalidad correspondiente. Los tribunales no deberán acceder jamás a la solicitud del fiscal de separar del proceso al querellante, cuando invoque una supuesta obstrucción que no obedece si no a la lícita búsqueda de la verdad por el querellante ante un fiscal vacilante.

Paraguay. Corresponde al Ministerio Público, a través de los agentes fiscales, funcionarios designados y sus órganos auxiliares, dirigir la investigación de los hechos punibles y promover la acción penal pública. Tendrá a su cargo la dirección funcional y el control de la policía nacional, en todo lo relativo a la investigación de delitos. En ningún caso asumirán funciones jurisdiccionales.

Bolivia. Le corresponde al Ministerio Público dirigir la investigación de los delitos y promover la acción penal pública ante los órganos jurisdiccionales. En su investigación tomarán en cuenta no sólo las circunstancias que permitan comprobar la acusación sino también las que sirvan para eximir de responsabilidad al imputado, formulando sus requerimientos conforme a este criterio. Deberán velar por el efectivo cumplimiento de las garantías que reconocen la Constitución, las Convenciones y los Tratados internacionales vigentes y las leyes.

Guatemala. Le corresponde el ejercicio de la persecución penal. Tendrá a su cargo específicamente el procedimiento preparatorio y la dirección de la policía en su función investigativa. Deberá formular sus requerimientos siendo guiado por un criterio objetivo, aún en favor del imputado.

Córdoba. Al Ministerio Fiscal le compete la investigación preliminar de los delitos, con el auxilio de la Policía Judicial (que lo integra orgánicamente) y con una distribución distrital de su actuación (criterio territorial). Tiene a su cargo lograr las pruebas para fundar la acusación, formularla, y luego sostenerla y acreditarla ante el Tribunal de Juicio. Debe guiarse por un criterio objetivo.

La Víctima

El Salvador. En los delitos de acción pública la víctima, por medio de su representante, podrá intervenir en el proceso. Las asociaciones legalmente constituidas podrán nombrar apoderados especiales para que representen a la víctima en el ejercicio de sus derechos y facultades, previa petición de ésta. Asimismo, si se constituye como querellante podrá proponer la suspensión condicional del procedimiento, el sobreseimiento o la aplicación de un procedimiento abreviado. En tal caso, y si fuera procedente, el Juez de instrucción deberá pronunciarse en la audiencia preliminar sobre la reparación de los daños y perjuicios.

Venezuela. La protección y reparación del daño causado a la víctima del delito son objetivos del proceso penal. El Ministerio Público está obligado a velar por dichos intereses en todas las fases. Los jueces garantizarán la vigencia de sus derechos y el respeto, protección y reparación durante el proceso. Asimismo, la policía y los demás organismos auxiliares deberán otorgarle un trato acorde con su condición de afectado, facilitando al máximo su participación en los trámites en que deba intervenir.

Amplía la definición de víctima, considerando que también revisten esta condición las asociaciones, fundaciones y otros entes, en los delitos que afectan intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la agrupación se vincule directamente con esos intereses y se hayan constituido con anterioridad a la perpetración del delito.

Las facultades de la víctima, en el orden práctico, le permiten perseguir personalmente sus intereses en el proceso y actuar como factor de presión contra posibles abstenciones de la fiscalía que pudieran propender a la impunidad. En muchos casos, ni necesitará de abogado para hacerse oír en el proceso. El Estado debe dar a la víctima y sus familiares protección ante amenazas de agresiones o atentados.

Paraguay. Además de las clasificaciones clásicas, este código considera víctima a las asociaciones, en aquellos hechos punibles que afecten intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la asociación se vincule directamente con esos intereses; y las comunidades indígenas, en los hechos punibles que impliquen genocidio respecto de los miembros de la etnia o generen regresión demográfica, depredación de su hábitat, contaminación ambiental, explotación económica o alienación cultural.

La víctima tiene derecho a recibir un trato digno y respetuoso. Podrá ejercer querrela a través de su representante. Asimismo, podrá encomendar que sus derechos y facultades sean ejercidos directamente por una asociación de protección o ayuda a las víctimas, sin fines de lucro, cuando la participación en el procedimiento le pueda causar mayor daño psíquico o moral, o cuando sea más conveniente para la defensa de sus intereses.

Cualquier persona, física o jurídica, podrá intervenir como querellantes en los procesos contra funcionarios o empleados públicos, o agentes de las fuerzas policiales o militares, que hayan cometido hechos punibles tipificados como: tortura, genocidio o crímenes de guerra (querrela por violación de Derechos Humanos).

Bolivia. Como en los anteriores códigos mencionados, se considera víctima —además de las convencionales— a las fundaciones y asociaciones legalmente constituidas, en aquellos delitos que afecten intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la asociación se vincule directamente con estos intereses. En los delitos de acción pública, el querellante o su representante legal podrán provocar la persecución penal o intervenir en la ya iniciada por la Fiscalía. La persona ofendida por el delito podrá disponer que sus derechos y facultades sean ejercidos por una asociación o fundación de protección o ayuda a las víctimas.

Guatemala. Son consideradas víctimas por este código la afectada por el delito; al cónyuge, a los padres y a los hijos de la víctima y a la persona que conviva con ella en el momento de cometerse el delito; a los representantes de una sociedad por los delitos cometidos contra la misma y a los socios respecto a los cometidos por quienes la dirijan, administren o controlen; y las asociaciones de los delitos que afecten

intereses colectivos o difusos siempre que el objeto de la asociación se vincule directamente con dichos intereses. El agraviado podrá provocar la persecución penal o adherirse a la ya iniciada por el Ministerio Público.

Córdoba. Se establece la obligación a cargo de los órganos judiciales de respetar a la víctima en su dignidad y brindarle asistencia; también la de informarla de los avances y conclusiones del proceso. Puede reclamar en el mismo proceso penal la indemnización civil del daño sufrido. También se le reconoce el derecho a ejercer la acción penal (constituyéndose en querellante) en contra del imputado, en forma adhesiva (no autónoma) con el Ministerio Fiscal.

El Imputado

El Salvador. El imputado tiene el derecho de ser informado de manera inmediata y comprensible de las razones de su detención y de la autoridad a cuya orden quedará detenido; a designar la persona o entidad a la que debe comunicarse su captura y que la comunicación se haga en forma inmediata; a ser asistido y defendido por el abogado que designe o por un defensor público; a ser llevado sin demora dentro del plazo legal ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales; a abstenerse de declarar; a no ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad.

La detención provisional debe guardar la debida proporción a la pena que se espera. En ningún caso puede sobrepasar la pena máxima prevista en la ley, ni exceder el plazo de doce meses para los delitos menos graves o veinticuatro meses para los graves, bajo pena de incurrir en responsabilidad penal.

Venezuela. En general, se le acuerdan todas las formas posibles de manifestación del derecho de defensa. Así, entre los más importantes se destacan el derecho a comunicarse con sus familiares, abogado de confianza o asociación de asistencia jurídica, para informar sobre su detención; el derecho a ser asistido por un defensor, lo que equivale a que en todo momento el imputado pueda asesorarse por un abogado; la exclusión de torturas y la presiones indebidas y los interrogantes extenuantes.

Así también se entiende que el imputado tiene derecho a guardar silencio sobre todo, incluso abstenerse de proporcionar datos que lo identifiquen, ya que la carga de la prueba de la imputación se extiende incluso al extremo de tener que probar la identidad del acusado.

Se dispone que la privación preventiva de la libertad o su restricción tienen carácter excepcional, y su aplicación debe ser proporcional a la pena o medida de seguridad que pueda ser impuesta.

Paraguay. Al imputado se le asegurarán las garantías necesarias para su defensa, informándole de manera inmediata y comprensible, por parte de la policía nacional, del Ministerio Público y de los jueces, cuáles son sus derechos.

El imputado tendrá derecho a declarar y a abstenerse de declarar, como también a declarar cuantas veces quiera, siempre que su declaración sea pertinente y no aparezca como un medio dilatorio en el procedimiento. En todos los casos, la declaración sólo tendrá validez si la hace en presencia de un abogado defensor. No se le exigirá juramento o promesa de decir la verdad, ni podrá ser sometido a ninguna clase de fuerza o coacción.

Las normas procesales que coarten la libertad personal, limiten el ejercicio de las facultades conferidas a las partes o establezcan sanciones procesales se interpretarán restrictivamente.

Bolivia. Es un derecho del imputado conocer los derechos que la Constitución, las Convenciones y Tratados internacionales vigentes y el Código le reconocen. El imputado, desde el inicio de su captura, tendrá derecho a entrevistarse privadamente con el defensor.

Podrá abstenerse de declarar, y esa decisión no podrá utilizarse en su perjuicio. En ningún caso la policía podrá interrogar al imputado, excepto para constatar su identidad. Las declaraciones del imputado no podrán llevarse a cabo sin la presencia de su abogado defensor.

La aplicación de medidas cautelares será excepcional. Cuando exista duda en la aplicación de una medida cautelar o de otras disposiciones que restrinjan derechos o facultades del imputado deberá estarse a lo que sea más favorable a éste.

Guatemala. Los derechos que se otorgan al imputado, puede hacerlos valer por sí o por medio de su defensor, desde el primer acto del procedimiento dirigido en su contra hasta su finalización. Si el imputado estuviere privado de su libertad, toda autoridad que intervenga en el procedimiento velará para que conozca, inmediatamente, los derechos que las leyes le conceden. Puede abstenerse de declarar, sin que su decisión pueda ser utilizada en su perjuicio. No será sometido a ninguna clase de coacción, amenaza o promesa., ni se le harán cargos o reconvenciones tendientes a obtener su confesión.

Las disposiciones de esta ley que restringen la libertad del imputado o que limitan el ejercicio de sus facultades serán interpretadas restrictivamente; en esta materia, la interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas, mientras no favorezcan la libertad o el ejercicio de sus facultades. Las únicas medidas de coerción posibles son las autorizadas, tendrán carácter excepcional y serán proporcionales a la pena o medida de seguridad y corrección que se espera del procedimiento, con estricta sujeción a las disposiciones pertinentes.

Córdoba. Se reconoce al imputado ampliamente el derecho a la defensa material y técnica y todas las garantías previstas en el derecho moderno y reconocidas por los pactos internacionales sobre derechos humanos. Su declaración sin la presencia del defensor será nula. Se dispone como regla general un “estado de libertad” durante el desarrollo del proceso, salvo que sea imprescindible privarlo de ella para evitar el peligro de frustración de la averiguación del delito y la actuación de la ley. También se fija un límite máximo para la duración de la prisión preventiva.

LOS RETOS DE LA REFORMA DE LA JUSTICIA EN AMERICA LATINA

Fernando Carrillo Flórez -

El gran consenso acerca del fortalecimiento del Estado de Derecho en América Latina como espina dorsal de la consolidación democrática y de la eficiencia económica es hoy por hoy uno de los grandes puntos de convergencia en el ámbito de su agenda de desarrollo. Se ha replanteado así el debate del rol del Estado frente al desarrollo. No en los frágiles términos de su tamaño sino en la fértil área de su capacidad institucional para responder a la problemática propia de las sociedades modernas.

LA IMPORTANCIA DE LAS INSTITUCIONES PARA EL DESARROLLO

El regreso del péndulo en la controversia alrededor del rol del Estado se adelantó a todos los pronósticos, aunque ello en sí aparezca como un hecho marginal. El énfasis que ha venido adquiriendo la temática del desarrollo de las instituciones ha llevado a cambios que en épocas recientes se concebían como totalmente ajenos a la teoría del desarrollo.

Las voces más radicales de algunos han sido mitigadas en los nuevos escenarios del fortalecimiento de las instituciones. Hablar de Gobernabilidad, Buen Gobierno o del resurgimiento de la sociedad civil, hoy ya hace parte de un evangelio cuyas consecuencias empiezan a verse en la cuna misma de la retórica que se había olvidado de las instituciones. Cumbres de Jefes de Estado, Declaraciones, Tratados internacionales, Programas de Gobierno y estrategias locales son sólo una muestra de la proyección que ha adquirido esta problemática.

Entre otros, la publicación del Informe de Desarrollo del Banco Mundial ¹ - "El Estado en un mundo cambiante"- no es sólo el sugestivo título del Informe anual de un Banco de Desarrollo que marca rumbos en la teoría, sino un claro mensaje a quienes bajo la prematura proclama del fin de la historia dieron por terminada una controversia cuyos costos han sido considerables en términos de la capacidad institucional de los Estados para satisfacer las necesidades públicas.

Recuperar para el Estado su capacidad de acción y respuesta en áreas como el ámbito del Estado de Derecho y los poderes judiciales, las legislaturas, los gobiernos municipales, el ejercicio de la función regulatoria y la promoción de la competencia, la lucha contra la corrupción y la búsqueda de la transparencia, es un axioma incorporado muy recientemente a la agenda de desarrollo latinoamericana.

Se ha descubierto que la reforma económica no traía debajo del brazo la reforma política ni mucho menos la desaparición de los vacíos institucionales generados por un Estado, en muchos países en desarrollo, al servicio de unos pocos². Que un Estado casi privatizado por intereses de grupo tuviera que desaparecer, no fue precisamente el aporte del modelo de desarrollo de los 80s transplantado al Tercer Mundo. Pero que la renuncia a sus responsabilidades esenciales - en términos de su capacidad de respuesta- fuera la fórmula mágica para el desarrollo, fue exactamente lo que quedó en entredicho en los últimos años³.

• Ex-Ministro de Justicia de Colombia, Especialista Principal en Reforma del Estado, División de Estado y Sociedad Civil, Banco Interamericano de Desarrollo.

En términos del desempeño de ciertos Estados debe responderse por qué y cómo algunos Estados son mas capaces que otros para servir de facilitadores en los procesos de desarrollo y en la erradicación de la pobreza y cómo los cambios recientes -desde la globalización hasta el despertar de la acción cívica- exigen nuevos criterios de aproximación a la problemática del sector público y su responsabilidad en los procesos de desarrollo.

Las consideraciones sobre el tamaño del Estado han sido relegadas a un segundo plano. Un Estado demasiado grande puede paralizar una economía, pero un Estado débil puede llevar a la anarquía. Por ende, el papel del sector público difiere de un país a otro dependiendo de su estado de desarrollo, paridad de su nivel de ingreso, geografía, fortaleza de su sociedad civil, diversidad étnica, etc.. La oportunidad y sabiduría de las generalizaciones se derrumba con múltiples evidencias. Sin embargo, de anunciar la exterminación del sector público a sostener la necesidad de racionalizar su acción frente a los problemas sociales, sólo media la conclusión de lo inescapables que son las responsabilidades básicas del Estado. Esa es, en últimas, la nuez del problema.

En América Latina, el paso del Leviatán macrocefálico a la desaparición del Estado, olvidó el hilo conductor del clientelismo y la corrupción que minó la legitimidad y eficacia de las instituciones, queriendo pulverizar su presencia en la vida ciudadana. Hoy por hoy, el desmonte del Estado de Bienestar propone ser reemplazado por una sociedad de oportunidades compuesta de soldados ciudadanos de los que hablara Luther King. Ciudadanos mas educados, mas informados y críticos frente a la cuestión pública configuran una tendencia a mejorar la calidad de la política para hacerla mas transparente y participativa. Comenzar a medir índices de participación ciudadana, por ejemplo, como factor de éxito de las políticas públicas, constituye un avance indiscutible dentro de la hoy ya revaluada dinámica del "Consenso de Washington".

El Presidente Reagan había afirmado en los años ochenta que el Gobierno no era la solución sino el problema. El Presidente Clinton en su discurso inaugural del 20 de enero de 1997, declaró que el Gobierno no era el problema ni la solución, y que las alternativas de la participación comunitaria -de la democracia participativa en el nuevo lenguaje constitucional de Europa del Este y de América Latina- reclaman mayor presencia. De esa manera, el falso dilema de "Estado versus Mercado" ha terminado, entre otras, por cuenta del resurgimiento de la participación ciudadana y del llamado "capital social" como complemento de sectores públicos incompetentes y de mercados imperfectos.

Los asuntos sociales que no han sido resueltos ni por el Estado ni por el mercado, son el verdadero problema, particularmente de América Latina y el mundo en desarrollo. El sector público no los ha causado la mayoría de las veces y probablemente puede contribuir a resolver algunos de ellos. En consecuencia, el punto clave consiste en determinar qué puede hacer bien el Estado, qué hace deficientemente, qué tiene que hacer y qué no debe hacer definitivamente. Se trata de construir instituciones que fortalezcan el aparato del Estado para hacer lo que le corresponde mientras le impiden hacer lo que no le corresponde.

Un Estado más inteligente, estratégico, eficiente y catalítico que apunte mas a la micropolítica de las relaciones con la comunidad y al fortalecimiento de la sociedad civil que a la nutrición de burocracias ineficientes. Es obvio que llegar a esa conclusión después de haber catequizado durante casi dos décadas desde la ortodoxia de un modelo económico, es una conquista de quienes han creído que lo que hoy se vive es la consolidación de la "tercera ola" de la democratización en América Latina⁴.

Desde la otra cara de la moneda, bien ha rectificado Fukuyama que el futuro de la política y de sus grandes batallas en el siglo XXI no estará en el campo de las ideologías - ni siquiera en el terreno de la reingeniería de los procesos -, sino en el nivel de la sociedad civil y de la cultura política. El problema de hoy es medir el desempeño del actuar democrático y su capacidad de respuesta institucional de cara a esos nuevos desafíos. La sociedad civil y la cultura política muestran su condición de piezas mejor aceitadas para responder a esas nuevas demandas.

La resurrección de las instituciones tiene mas cara de una reencarnación en el cuerpo de estructuras con la solidez necesaria para redimensionar el Estado en función de la fortaleza o debilidad de la sociedad civil y del mercado. Lo demás es continuar pensando con ligereza alrededor de un menor y no de un mejor Estado.

EL BID Y LA REFORMA INSTITUCIONAL

El centro del debate sobre la Reforma del Estado ha dejado de ser un asunto cuantitativo para detenerse en la calidad de su accionar que debe estar al servicio de la consolidación de la gobernabilidad democrática. El Banco ha destacado con claridad que hay una relación directa entre el desarrollo y la calidad del proceso de gobierno. Sin duda, la construcción de escenarios para elevar la “calidad de la política” es cada vez más apetecible. Si el péndulo se está devolviendo, lo está haciendo en función de reconstruir para el sector público un rol que seguirá siendo crítico y medular para los países en vías de desarrollo, como es el cumplimiento de sus responsabilidades básicas y hacerlo con eficiencia, eficacia y equidad. El debilitamiento del Estado de Derecho y el mal funcionamiento de las instituciones públicas han impuesto un costo muy alto a las políticas económicas que las sociedades no están dispuestas a seguir pagando.

Bien se ha dicho que cada paradigma de desarrollo plantea sus particulares exigencias respecto del modelo de Estado que se ajusta a los tiempos. El nuevo modelo de desarrollo requiere de un nuevo tipo de Estado en América Latina, cuya construcción no puede esperarse de la mera adaptación incremental del aparato público tradicional por generación espontánea. La dimensión del nuevo Estado sólo surgirá de un largo, complejo y profundo proceso de alcance estructural que tomará un buen tiempo para su decantación y que planteará a los Gobiernos difíciles problemas de definición de prioridades, selectividad y secuencia de las políticas públicas.

Para que cualquier reforma sea sustentable deberá partir de una variable cada vez más incontrovertible: Que los procesos de reforma política son referentes obligatorios para la modernización del Estado en nuestra región. Son punto de partida, tránsito y punto de llegada de la Reforma del Estado.

La reforma del Estado aparece en la mayoría de los países de la región como un prerrequisito para el desarrollo sostenible y la gobernabilidad. En ese mismo contexto y de manera coetánea, la reforma de los sistemas de justicia ha venido consolidándose como parte del conjunto de actividades prioritarias para garantizar tanto la vigencia del Estado de Derecho como la sostenibilidad democrática. Pese a que en la práctica se haya pasado por alto su trascendencia, jamás se ha podido desconocer la impartición de la justicia como la más básica de las responsabilidades del Estado.

Así pues, la tendencia imperante en los países de América Latina apunta hacia un consenso sin precedentes en su historia reciente, enmarcado dentro del sistema económico de mercado y el sistema político democrático. Si cada paradigma de desarrollo plantea sus particulares exigencias respecto del modelo o tipo de Estado, la tendencia señalada apunta hacia un Estado cuya construcción y consolidación debe ser el fruto de una transformación institucional que se dirija a instrumentar ese tránsito.

En dicha evolución, se ha verificado un cambio sustancial en el papel del Estado y de los diferentes agentes sociales. El Estado se ha transformado en su dimensión, el carácter de sus intervenciones y sus relaciones con el mercado y los agentes económicos y sociales. Sin embargo, a pesar de una innegable mejoría en el ambiente macroeconómico, se percibe la permanencia de problemas que, de no ser atendidos, podrían afectar negativamente la sustentabilidad de la nueva estrategia de desarrollo y la consolidación de los sistemas democráticos. La alentadora vigencia de un panorama democrático en América Latina no oculta la debilidad de las instituciones democráticas y las dificultades existentes para su consolidación.

LA VIGENCIA DEL ESTADO DE DERECHO

El ambiente institucional y normativo manifiesta precariedades y deficiencias que limitan la eficacia de las instituciones estatales, restringen la participación ciudadana y deterioran la credibilidad de las instituciones democráticas. En consecuencia, el funcionamiento de la economía ha tropezado con la estructura tradicional de las instituciones estatales, las precarias modalidades de la gestión gubernamental, la inadecuación de las políticas públicas, la obsolescencia de los ordenamientos jurídicos y, en consecuencia, la erosión del Estado de Derecho⁵. Por esa razón, en los últimos años se ha fortalecido el consenso en torno a la importancia de la gobernabilidad para impulsar una sólida política

de desarrollo sostenido y equitativo.

Se trata de edificar un modelo político consistente con el modelo económico pues sin un Estado de Derecho democrático, que incluya sistemas de justicia robustecidos y eficaces no se tendrá una economía de mercado eficiente.

La gobernabilidad democrática supone condiciones de cohesión socioeconómica, de libertades políticas y de garantía de derechos fundamentales que hacen parte de la vida cotidiana de cada ciudadano y que, en el largo plazo, determinan la vigencia o no del sistema democrático y de economía de mercado. Ya se ha dicho que a estas alturas nadie hoy desconoce la relación directa e indisoluble que debe existir entre la sustentabilidad del modelo económico y la calidad del proceso de gobierno, aplicado este último concepto no sólo a la reforma del Poder Ejecutivo, sino cubriendo la modernización de las legislaturas, la reforma de los sistemas de justicia y los nuevos escenarios de la participación ciudadana.

Por todo ello, no ha constituido una casualidad que los organismos internacionales de desarrollo, incluyendo la banca multilateral de desarrollo, se estén planteando los temas de la gobernabilidad y el fortalecimiento del Estado de Derecho como parte de su quehacer operativo. Hoy resulta evidente que la acción del mercado por sí sola no produce competencia, que es en últimas la esencia de su eficacia, ni tampoco produce equidad, que es el fundamento de la legitimidad del mercado y del sistema democrático.

El rol de las instituciones y de los sistemas normativos en el cumplimiento de las responsabilidades básicas por parte del Estado hacia la búsqueda de un verdadero Estado de Justicia aparece evidente. Su estrecha vinculación con los procesos de desarrollo no admite controversia alguna.

GOBERNABILIDAD, ESTADO DE DERECHO Y DESARROLLO

La construcción y consolidación de unas instituciones adecuadas para el mercado y la democracia son un mandato inaplazable por su potencialidad para promover la competencia, amparar la equidad y propiciar la seguridad, confianza y previsibilidad jurídica y política.

En ese orden de ideas, la gobernabilidad implica, en primer término, estabilidad política asociada a condiciones de integración socioeconómica interna, fortaleza de las instituciones democráticas y participación de los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones. En segundo lugar, la gobernabilidad requiere condiciones de confianza, seguridad y previsibilidad que incluye, entre otros, la existencia de un marco legal apropiado para el desarrollo; la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, en especial, el derecho de propiedad; un ambiente propicio para el desarrollo del sector privado, que respete la libertad contractual; una eficiente asignación de los recursos públicos; y responsabilidad del gobierno, probidad y transparencia en la administración del Estado en todos sus niveles.

La relación intrínseca entre desarrollo y gobernabilidad, en los términos ya señalados, es particularmente relevante en el marco de una economía de mercado y de sistemas políticos democráticos, ya que sin un clima de estabilidad y seguridad jurídica, es casi imposible un esfuerzo sostenido de ahorro, inversión e innovación que descansa en las expectativas de los agentes económicos privados. La definición de unas claras reglas de juego, con escenarios transparentes que reduzcan los costos de transacción - como lo ha destacado la escuela de la "Economía Institucional" - son la base para cualquier intento de instauración de metas que apunten a la democracia y a la economía de mercado.

Es claro que un esfuerzo de esta naturaleza debe hacerse mas sistemáticamente, por la vía de una reflexión estratégica capaz de traducirse en un plan de acciones y en mayores niveles de compromiso y coordinación con los esfuerzos de reforma a nivel regional y nacional. Todo evidencia que la reforma del Estado y, en particular, de la Justicia ha pasado a tener una prioridad estratégica y todo indica que continuará teniendo una importancia capital durante mucho tiempo, por tratarse de un proceso difícilmente ejecutable con metas de corto plazo.

EL ROL CRECIENTE DE LAS INSTITUCIONES DE LA JUSTICIA

En la actualidad, existe consenso mas que suficiente acerca de las condiciones mínimas que debe reunir un

Estado para incentivar una economía de mercado competitiva y eficiente, un proceso legítimo de toma de decisiones y de asignación de recursos y un mínimo de equidad que garantice la cohesión social.

En términos del falso dualismo planteado por algunos entre Estado y Mercado, el desarrollo de mercados competitivos y eficientes plantean como condición necesaria aunque no suficiente la construcción progresiva de un marco institucional que proclame y garantice la libertad de empresa en un entorno de competencia efectiva; defina con precisión y garantice los derechos de propiedad y el cumplimiento de los contratos; impida la intervención arbitraria del Estado en la vida económica, obstaculizando la competencia de mercado; garantice la autonomía básica del sector público impidiendo su captura por grupos de interés particular; y racionalice los marcos regulatorios del sector privado a la garantía de bienes públicos inequívocos y al establecimiento de sistemas generales de incentivos.

Para la progresiva construcción de ese marco institucional para el desarrollo, es necesario poner en marcha programas y acciones de reforma tanto en los ámbitos legislativo como judicial y ejecutivo.⁶

En la reforma de los sistemas de justicia, debe apuntarse a aquellos procesos y jurisdicciones con impacto directo sobre la seguridad jurídico-económica, es decir, en la disminución de los costos de transacción y en la creación de un adecuado sistema de incentivos. Y aún más: el desarrollo de mecanismos que logren vincular la vigencia del Estado de Derecho a la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos así como su capacidad de acceso a los sistemas de justicia.

El mercado y el Estado tienen una función que cumplir, lo que no significa necesariamente que lo vayan a hacer bien y que actúen siempre en función del interés público. Es a legitimación, a pesar de ser imperfecta, lo constituye progresivamente en las instituciones fundamentales que coordinan y conducen las acciones y comportamientos de los agentes económicos y sociales.

Mirando esa funcionalidad de la institucionalidad del sector público en los países de América Latina y el Caribe, se observa que los problemas originados en los desequilibrios macroeconómicos vienen siendo superados aunque aún son frágiles. Esa evolución favorable, ha hecho más evidente las fuertes deficiencias del Estado en el desempeño de los objetivos de servicio público - en particular de la justicia- y en la atención de las expectativas de los ciudadanos por los servicios en función del interés público. Durante muchas décadas el servicio público de la justicia fue subvalorado, tanto por la vía del desconocimiento de la independencia judicial como por el camino de la inaccesibilidad de los ciudadanos a esa elemental responsabilidad pública.

De otra parte, ninguno de los poderes públicos puede caer en la trampa de las reformas administrativas puramente instrumentales o responder de manera simplista a apremios macroeconómicos y/o fiscales, desconociendo la necesidad de trabajar en el incremento de la capacidad gerencial del sector público. Cumplir con esa nueva estrategia, exige modificar en forma oportuna las líneas fundamentales del modelo de administración de los poderes públicos, hacia uno más gerencial, centrado en los resultados de la gestión pública, que tenga como objetivo satisfacer las expectativas crecientemente insatisfechas de los ciudadanos.

La reforma del Estado requiere iniciarse con la redefinición del interés público y del servicio público, para concentrarlo en sus cometidos sustantivos - dentro de los cuales la justicia se presenta como prioritario- reasignando hacia ellos los recursos destinados a actividades de bajo o nulo impacto en el desarrollo, provenientes de aquellas tareas que no deben ser prestadas por el Estado o que es mejor que sean prestadas por terceros. Bien se ha dicho que el Estado no es la fuente de todas las soluciones ni es la causa de todos los problemas. Para el caso de la justicia su presencia es de todas maneras irremplazable.

LA REFORMA DE LOS SISTEMAS DE JUSTICIA

El Banco Interamericano de Desarrollo inició la reflexión acerca de estos temas en la década de los 90. Desde ese momento, se fijaron algunas pautas para la acción futura en estas áreas, entre otras: la necesidad de profundizar la labor

de estudio y reflexión sobre el nuevo campo de trabajo; la urgencia de poner en marcha un proceso de evaluación de experiencias a través de talleres regionales y nacionales; el objetivo de incorporar estas metas en la Octava reposición de recursos de capital del Banco; la tarea de iniciar en la programación del Banco el análisis de la administración de justicia; y finalmente, la prioridad de poner en marcha operaciones de préstamo y cooperación técnica en estas nuevas áreas.

En los años recientes, el balance es bastante alentador pues no sólo se han cumplido las pautas señaladas, sino que se ha avanzado bastante en la conceptualización y el quehacer operativo de estos programas.

El tema de la modernización y fortalecimiento de los sistemas de justicia entró por la puerta grande en las actividades del Banco. Quedó incorporado en la Octava reposición de recursos de capital, profundizándose el trabajo de campo, el estudio y la reflexión mediante la puesta en marcha de instancias específicas al interior de la institución. Se han realizado talleres y actividades de creación de consensos a nivel nacional y subregional, en países como Colombia, Honduras, Costa Rica, República Dominicana, Guatemala, Venezuela y Perú, en diálogo directo no sólo con las instancias estatales sino con la sociedad civil, promocionando su activa participación.

A nivel regional también se han auspiciado talleres de evaluación de experiencias de reforma judicial en Washington D.C y en Williamsburg, Virginia. En Montevideo se celebró una Conferencia sobre justicia y desarrollo y en Río de Janeiro se realizó una reunión sobre acceso a la justicia. En 1997 y 1998 se realizaron actividades de capacitación de jueces en mecanismos de protección de derechos fundamentales y evaluaciones de las estrategias de reforma en América Central y en Suramérica. El Banco se encuentra también conduciendo un trabajo de investigación sobre mejores prácticas, a fin de identificar experiencias extrarregionales útiles para orientar el contenido de la reforma en ciertos aspectos de la administración de los despachos judiciales y el proceso judicial.

Por otra parte, se ha incorporado la temática de la administración de justicia en los ejercicios de programación que el Banco realiza con los países. Ha aumentado cuantitativa y cualitativamente la cooperación internacional en estas materias y se ha propiciado mayor intercambio de experiencias con otros organismos y agencias de cooperación, como la OEA, la AID, el PNUD, la Unión Europea, el Banco Mundial y el Instituto de Cooperación Iberoamericana, en la búsqueda de mayor coordinación. Cada día aparecen mayores esfuerzos de coordinación de programas en los niveles bilateral y multilateral.

Han crecido las operaciones de asistencia técnica orientadas a la identificación de problemas y soluciones a través de operaciones de préstamo y cooperaciones técnicas. Desde 1994, el Banco ha aprobado dieciséis (16) préstamos y operaciones de cooperación técnica en apoyo a los procesos de reforma de los sistemas de justicia, así como donaciones del Fondo Multilateral de Inversiones para proyectos en el área de solución alternativa de conflictos comerciales en siete países. Se encuentran en diferentes estados de preparación, diseño o ejecución, proyectos en México, Guatemala, El Salvador, Costa Rica, Nicaragua, Honduras, Panamá, República Dominicana, Colombia, Venezuela, Brasil, Ecuador, Perú, Argentina, Chile, Uruguay y Paraguay. Como *condictio sine qua non*, los programas se han venido adaptando a la especificidad de las realidades de los sistemas judiciales respondiendo a los requerimientos y solicitudes de cada uno de los países. En el campo nuevo de la búsqueda de la seguridad ciudadana y el control de la violencia se han aprobado operaciones en Uruguay y Colombia y se están preparando en El Salvador, Nicaragua, Costa Rica y Honduras.

LA INDEPENDENCIA JUDICIAL Y LA GOBERNABILIDAD

La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional constituye la base de la arquitectura constitucional del Poder Judicial. Sin embargo, ha sufrido algunas distorsiones que han llevado en no pocos casos a desnaturalizarla. Su condición de principio capital del ejercicio de la democracia y de cimiento del Estado de Derecho la coloca simultáneamente como mecanismo de defensa y como puntal de ataque en la dinámica de la práctica de los “frenos y contrapesos”.⁷

Los embates persistentes de quienes, atrincherados desde el poder político, desean continuar una tradición de sujeción de la instancia judicial a los otros poderes del Estado, ha llevado a “blindar” a los poderes judiciales frente a la acción de las otras funciones públicas. Desde ese ángulo, para el caso de las democracias en transición como es la situación de buena parte de los países de la América Latina, la independencia del Poder Judicial puede llegar a ser

malentendida y peor utilizada. Por una parte puede significar una patente de corso para sumir en el aislamiento a la función judicial y, por otra, puede levantar obstáculos a la armonía en las relaciones entre los poderes públicos.

La independencia debe concebirse más como una relación de doble vía frente a las otras funciones públicas: de respeto de los otros poderes al ejercicio de una función subordinada a la ley para la preservación del equilibrio entre ellos pero, a la vez, de apertura a la colaboración armónica entre los poderes públicos para cumplir con las demandas ciudadanas que cada día son mayores. Desde otro ángulo, no puede llegar a convertirse en un obstáculo para la eficacia y la transparencia de las actuaciones judiciales.⁸

Un enfoque de esta naturaleza permitirá superar las múltiples barreras que han surgido en las relaciones ejecutivo-legislativo-judicial y abrirá las posibilidades de explorar un campo nuevo en la ciencia y en la práctica del ejercicio del Gobierno. Porque la gran ausencia en el tratamiento del tema tanto a nivel teórico como práctico, sólo es proporcional a la falta de comunicación existente entre sus protagonistas: burócratas, legisladores y jueces. Todo ello repercute claramente sobre la independencia misma de los poderes, la consecución de los fines del Estado y la consistencia de las políticas públicas.

FUNCION EJECUTIVA, LEGISLATIVA Y JUDICIAL

Los regímenes autoritarios que asolaron nuestra región durante las últimas décadas lograron marginalizar las acciones de los poderes judiciales. La condición de convidado de piedra de este poder del Estado implicó en muchos casos no el desmonte del mismo sino su ocupación y mediatización por los otros poderes.

Por ello, buena parte del debate constitucional reciente se ha centrado en la forma como la Constitución ha “refundado” el Poder Judicial.⁹ Un Estado de Derecho que se levanta después de los restos del totalitarismo reclama instituciones vigorosas y poderes judiciales independientes.

La noción de independencia judicial implica, entre otras cosas, que el juez no ha de tener más subordinación que a la ley y ello engloba la referencia a múltiples aspectos: independencia política frente al Poder Ejecutivo; independencia funcional frente a otros órganos judiciales; independencia económica frente a otros poderes, etc. La relación del juez frente a la ley señala un ámbito de acción del ejercicio de la función judicial que obliga a referir el cumplimiento de su deber al objeto mismo de la función legislativa.

La relación intrínseca entre la actividad del juez y la acción del legislador margina en principio aún a la misma función ejecutiva. Por ello, su fuente natural será la ley con todo lo que ello conlleva. En la clásica carta de Jefferson a Madison del 15 de marzo de 1789, se levantaban los riesgos de una relación que ya se vislumbraba como indisoluble y presidida por la facultad legislativa.

Decía Jefferson que “ el Poder Ejecutivo en nuestro Gobierno no es el único ni quizás el principal objeto de mi solicitud. La tiranía de los legisladores es, actualmente, y esto durante muchos años todavía, el peligro más temible. La del Poder Ejecutivo vendrá a su vez, pero en un período más remoto”. Esto último se predicaría no sólo del abuso posterior del Ejecutivo al usurpar funciones legislativas sino de la indebida intromisión de los otros poderes en el ejercicio de la función de los jueces.

Sin perjuicio de lo dicho, y en el contexto histórico, se puede afirmar que el siglo pasado fue el de la expansión de los Parlamentos como organizaciones que incrementaron sus mandatos en forma desmesurada, ratificando el temor de Jefferson. El siglo XX ha correspondido a la expansión del Poder Ejecutivo y a la forma de controlar su predominancia. Y ya hay quienes anuncian - y es difícil refutarlo- que tanto por la necesidad del equilibrio entre poderes, como por las prioridades señaladas al Estado de Derecho, el siglo venidero será el siglo de los jueces¹⁰.

La simple ley de la compensación indicaría que ese debe ser el curso de las cosas. De convidado de piedra en el proceso público a apéndice del Ejecutivo y correa de transmisión del poder legislativo, otros escenarios mejores le tienen que esperar a un poder cuya rehabilitación se está experimentando en los más diversos sistemas. Para mencionar sólo el contemporáneo principio de “autogobierno” de la rama judicial, basta examinar cómo las funciones de gobierno del Poder Judicial salieron del Poder Ejecutivo en una escalada paulatina que arranca de las Constituciones Italiana (1946) y Francesa (1947) e invade la Griega (1952), Portuguesa (1976) y Española (1978), y ya en los novenas ha impregnado la mayoría de las Constituciones de la región latinoamericana.

El poder judicial se convirtió durante muchas décadas - por duro que suene- en un orden sometido a los otros poderes. Aún hoy a escasos días de un nuevo siglo, para América Latina su mayor desafío consiste en continuar soportando en algunos casos intervenciones directas de los otros poderes públicos mediante la destitución de magistrados, presiones políticas y clientelares, recortes presupuestales y desconocimiento de decisiones judiciales, mientras continúa en la batalla nunca terminada de proclamar la independencia de su justicia y liberarse del yugo de la subordinación.

Por fortuna, las aspiraciones de las democracias apuntan a sistemas constitucionales que pasen de la impotencia del poder judicial, la prepotencia del poder legislativo y la omnipotencia del poder ejecutivo a sistemas de gobierno más equilibrados con poderes judiciales robustecidos¹¹, legislaturas modernizadas y ejecutivos controlados y eficientes. Un nuevo balance de poderes en América Latina es sin duda alguna uno de los más importantes rasgos de su democratización.

LA BUSQUEDA DE LA GOBERNABILIDAD

La teoría de los frenos y contrapesos no puede hoy concebirse al margen de la complejidad del mundo moderno y de los presentes desafíos y oportunidades que, por ejemplo, pone la tecnología de la información a los procesos de Reforma del Estado. Los espacios de fortalecimiento institucional que hoy reclama el sector público como fundamento de su efectividad en la prestación de los servicios públicos, no admiten dejar a un lado las consideraciones sobre la calidad del proceso de gobierno y las diversas estrategias puestas en marcha para lograr ese objetivo. Pese a ello es muy reciente la tendencia de incorporar a legislativos y judiciales en el corazón de los procesos de reforma.

Dejando a un lado el Poder Ejecutivo, de un análisis de la presencia de una y otra función en términos del gasto público, puede concluirse que ha crecido más el judicial que el legislativo pero ambos han multiplicado sus funciones. Cada día son mayores las demandas ciudadanas y tanto el ejercicio de la función judicial como legislativa han experimentado drásticos cambios a la hora de buscar responder a las demandas ciudadanas. No es pues tampoco una coincidencia que fenómenos como la denominada “Inflación legislativa” y la simultánea “devaluación de la ley”¹² hayan abierto el espacio a decisiones de los jueces en campos antes vedados al poder judicial y del exclusivo resorte de los parlamentos.¹³

La debilidad institucional es un problema común de los dos poderes y en muchos países se ensayan diversas herramientas que permitan trabajar al servicio de la gobernabilidad democrática. Pero si algo ha quedado en evidencia después de diversos intentos y algunas lecciones aprendidas, es la prioridad que adquieren la búsqueda y creación de consensos para diseñar, preparar y ejecutar las políticas públicas. Y en consecuencia, la comunicación y el entendimiento mutuo entre quienes toman las decisiones y ejecutan las políticas es un dispositivo irremplazable como camino hacia el éxito.

Por otra parte, los nuevos escenarios y protagonistas en el ámbito de los nuevos roles que ha asumido la Sociedad Civil de cara a la acción del sector público, exigen, por ejemplo, mayor democratización de las estructuras del Poder Judicial, propician mayor participación ciudadana para la vigilancia de la función representativa ejercida por las legislaturas, sistemas electorales más abiertos y equitativos, jueces electos por la voluntad popular¹⁴, juicios de jurados y protección permanente de veedurías ciudadanas y criticismo mediante la extensión de la publicidad de las decisiones judiciales.

COORDINACION DENTRO DE LA COLABORACION ARMONICA

La garantía de la independencia judicial vendrá de la mano de un mayor entendimiento de las actividades del Poder Judicial por parte del Ejecutivo y el Legislativo. Una interacción de esa naturaleza va a permitir unos arreglos institucionales innovadores que, como puede demostrarse, no son necesariamente un problema de ingeniería constitucional¹⁵. Las violaciones del principio de independencia son más comunes en situaciones de desconocimiento y falta de comprensión mutua de las actividades del otro poder.

Las relaciones son susceptibles de mejorar y ello es posible conseguirlo en las sociedades políticas modernas sin violar el principio de separación de poderes ni mucho menos el de independencia del poder judicial. Sin embargo, separación de poderes con interacción y diálogo para la eficiencia de las políticas públicas, no es un asunto que pueda conseguirse de un día para otro en una región, como la latinoamericana, con una gran carga de un pasado autoritario, con facultades legislativas excepcionales casi permanentes y asunción de funciones jurisdiccionales por el Ejecutivo en muchos capítulos de su historia reciente.

LOS ESCENARIOS DE COLABORACION

Por todo lo anterior, tanto la defensa del principio de independencia judicial como las posibilidades de colaboración entre los poderes son temas que deben remitirse a los mecanismos propios de interacción entre las ramas del poder. Ello comprende categorías que comienzan con el diseño mismo de la Política Judicial como un esfuerzo compartido de los poderes; el nombramiento de los jueces o la confirmación por el Legislativo en sistemas como el estadounidense; sistemas de colegislación mediante categorías especiales de ley -orgánicas o estatutarias según el sistema constitucional respectivo- para regular el estatuto jurídico de jueces y magistrados; regímenes especiales de ascensos, inspección, régimen disciplinario y derecho a la inamovilidad; duración, salarios y remuneración de funcionarios, etc.

Uno de los espacios de interacción que resulta crítico es el tratamiento del Presupuesto de la Justicia por las sensibilidades que despierta y por las dificultades que genera en la relación Ejecutivo- Legislativo- Judicial. El sistema mismo de elaboración del presupuesto del sector justicia marca una primera pauta que ordinariamente se concibe como la real consagración de la autonomía del poder judicial. Muchas veces el presupuesto se presenta formalmente al Congreso por la propia judicatura, o el proyecto se presenta a una Comisión especializada del legislativo o a través del Poder Ejecutivo para que sea incluido en el proyecto que presentará posteriormente al Legislativo.

En esa misma dirección, muchas de las controversias que hoy se suscitan en relación con la prioridad o no de la Reforma Judicial para un Gobierno tienen que ver con el monto y composición del gasto público en justicia, con su incremento a través del tiempo o con la asignación de porcentajes señalados en la Constitución como rentas atadas a este sector.

La tozudez de los hechos ha demostrado que dichos indicadores no son auténticamente representativos ni de la voluntad política de un Estado para avanzar en una reforma del sector ni menos del éxito de la estrategia. Por el contrario, en el caso concreto de las rentas con destinación específica a la justicia¹⁶ se vuelven incumplibles para el Ejecutivo o se convierten en la gran excusa para demostrar que quien incumple es la judicatura misma, por la ineficiencia del gasto o por la imposibilidad de ejecutar un considerable volumen de recursos. Bajo ninguna de estas últimas circunstancias se consolida por sí la independencia del poder judicial.

En el fondo se trata de un problema mucho más estructural que afecta la casi totalidad de judicaturas de nuestra región: la crítica falta de información de lo que pasa al interior de los poderes judiciales, en términos tanto cuantitativos como cualitativos¹⁷. La colaboración entre los poderes públicos se ve así notoriamente

afectada. Ese es tal vez uno de los mas grandes obstáculos para el diálogo con el Poder Legislativo y Ejecutivo.

Resulta evidente que la ausencia de información empírica imposibilita cualquier esfuerzo de planeación estratégica¹⁸ y convierte la reforma de la justicia en un catálogo de buenos propósitos sin respaldo analítico de alguna naturaleza y de paso impide la comunicación con los funcionarios de otros poderes especialistas en el tema.

Uno de los espacios comunes más privilegiados para la búsqueda de la armonía en las relaciones es el ejercicio de la misma función legislativa. Allí son grandes los matices que abren los sistemas constitucionales para prohiar esa colaboración. La función de consulta ejercida en algunos países por algunos órganos jurisdiccionales tanto para el Ejecutivo como para el Legislativo; la iniciativa legislativa que se le otorga a los entes de la justicia en el proceso de preparación de la ley¹⁹; las audiencias públicas como mecanismo para escuchar a los voceros de las corporaciones judiciales y tener en cuenta sus opiniones; la medición del impacto de la aprobación de leyes e instituciones sobre la carga de trabajo de los jueces; y el trabajo a nivel de Comisiones Parlamentarias Especializadas, etc.²⁰.

El diseño de una herramienta que permita dividir responsabilidades desde el punto de vista de la complementación del ejercicio de la función legislativa y reglamentaria es también trascendental. Categorías especiales de ley como leyes cuadro, marco o estatutarias representan en muchos casos no sólo el reconocimiento de una jerarquía especial de normas jurídicas sino la necesidad de entregar a los poderes judiciales la facultad de legislación delegada o reglamentaria en asuntos de su única incumbencia.²¹

EL CONTENIDO DE LOS PROYECTOS DE REFORMA JUDICIAL

El examen de los proyectos aprobados por el Banco hasta la fecha permite identificar seis áreas básicas en las cuales el Banco ha concentrado su asistencia²². Estas categorías, en alguna medida se yuxtaponen pues por ejemplo el fortalecimiento institucional está incluido en las actividades -recientes- de la reforma de la justicia penal.

Fortalecimiento Institucional

Esta categoría comprende la asistencia en esferas como la creación de capacidad para la planificación estratégica, incluido el establecimiento de mecanismos para reunir y crear bases de datos; la modernización de estructuras, procedimientos y procesos administrativos como la creación de sistemas modernos de planificación física, financiera y de personal; la instalación de sistemas de informática; la capacitación; y el apoyo de infraestructura. La mayor parte de los proyectos contienen componentes de fortalecimiento institucional y algunos de ellos están dedicados enteramente al fortalecimiento institucional.

El fortalecimiento institucional tiene por objeto modernizar la administración de justicia, los órganos de la justicia del poder ejecutivo y organismos autónomos que participan en el sector²³; también comprende la asistencia a las dependencias que se ocupan de los registros de la propiedad y de resolver los litigios sobre la propiedad de la tierra²⁴. La capacitación abarca no sólo la formación en esferas administrativas, sino también la capacitación sustantiva de jueces, fiscales, defensores y otros funcionarios de la justicia en aspectos tales como las modalidades de aplicación del derecho internacional sobre derechos humanos en casos de alcance nacional.²⁵

Acceso a la Justicia

Este campo de acción incluye actividades encaminadas a asegurar que todos los ciudadanos puedan obtener la solución de sus litigios ante una instancia facultada para adoptar decisiones jurídicamente vinculantes, a un precio costeable y en un lugar y mediante un proceso que se encuentre a su alcance. Se refiere también a la necesidad de que los ciudadanos puedan valerse de asistencia jurídica en las causas penales o

civiles. Comprende actividades como el apoyo a los juzgados de paz y de primera instancia²⁶; la publicación de informes sobre despachos judiciales y manejo de expedientes; el establecimiento de regímenes de defensores públicos y servicios de asistencia jurídica gratuita, especialmente en beneficio de litigantes indígenas²⁷; la creación de oportunidades para dirimir conflictos mediante arbitraje o mediación -incluyendo tanto los proyectos financiados con recursos del FOMIN respecto del arbitraje y la mediación comerciales, como los financiados en apoyo a la mediación en la administración de justicia, los centros comunitarios y las escuelas -; y la educación cívica respecto de las instituciones de la justicia, el proceso judicial y los derechos de los ciudadanos.

Reforma de la Justicia Penal

En esta categoría figuran las actividades encaminadas a mejorar las instituciones de la justicia penal. Las actividades comprenden el fortalecimiento de las Fiscalías y Procuradurías del Ministerio Público, la formulación de políticas de prevención del delito y la informatización de las estadísticas criminales y los sistemas de registro e información penitenciaria. Esta categoría también comprende las actividades de reforma de la justicia de menores, desde el establecimiento de juzgados y procedimientos de menores hasta formación técnica y profesional a adolescentes que purgan condenas penales²⁸. Este último aspecto se aborda también en los proyectos recientes sobre convivencia y seguridad ciudadana.

Reforma Legislativa

Comprende actividades destinadas a mejorar el proceso de preparación, presentación, sanción y aplicación de las leyes. Por tanto, comprende la asistencia para la reforma o formulación de leyes, la asistencia técnica a los poderes legislativos para mejorar su capacidad de formulación de leyes y la capacitación de los funcionarios de la administración de justicia en la aplicación de los nuevos instrumentos normativos²⁹. Entre las leyes que se han revisado se cuentan los códigos de procedimiento civil y penal, las leyes sobre violencia doméstica, los códigos contencioso administrativos, la legislación sobre menores y las normas constitucionales.

Formación de Consensos

Esta categoría abarca actividades encaminadas a crear los consensos necesarios entre los funcionarios del sector de la justicia, los legisladores y la opinión pública respecto de la importancia de la reforma del sector, con el propósito de definir prioridades de acción. Incluye operaciones de carácter regional - ya referidas - sobre temas concretos de la reforma, así como proyectos en cada país que financian y reuniones técnicas para definir estrategias de reforma³⁰. En 1998 se ha aprobado una cooperación regional para evaluar las estrategias de acceso a la justicia en la región.

El contenido de los proyectos de justicia ha evolucionado desde 1994, pues se ha tratado de ajustar sus acciones a las realidades locales concretas de cada país prestatario. Las primeras operaciones se destinaron solamente al proceso de la justicia civil; en cambio, el alcance de los proyectos más recientes se ha extendido a las instituciones de los poderes ejecutivo, judicial, organismos autónomos y a los problemas de la justicia penal, procesal penal y penitenciaria.

Los proyectos han incorporado siempre un componente participativo tanto en su diseño como en su ejecución³¹. Se ha puesto en evidencia la importancia de incorporar las ideas de los usuarios en el diseño y la ejecución de los proyectos, lo que a su vez ha demostrado que no existe un modelo único de participación. La presencia de la Sociedad Civil tiene consecuencias importantes en términos de la transparencia y la rendición de cuentas ante los usuarios de la administración, que si bien puede aumentar el tiempo invertido en el diseño del proyecto, consigue definir las prioridades de “abajo hacia arriba”.

En suma, los objetivos de los proyectos de reforma del sector se han concentrado en: establecer la previsibilidad y certidumbre de las leyes y de su aplicación; crear una administración de justicia más eficiente y

confiable; mejorar el acceso a la justicia; fortalecer la independencia judicial; acrecentar la transparencia e imparcialidad del proceso judicial; garantizar la seguridad ciudadana y la eficacia de las instituciones del sector; facilitar las operaciones comerciales mediante una resolución acelerada de los litigios; y mejorar la calidad de las decisiones judiciales.

JUSTICIA Y ECONOMIA EN AMERICA LATINA

El objetivo de la estrategia de reforma ha sido también materializar el gran paso dado al colocar el tema en el terreno de los nuevos elementos de análisis de la reforma de los sistemas de justicia, y por otra, en alimentar el debate sobre el preponderante lugar que el sistema judicial ocupa en el desarrollo económico. Porque como ya se ha reiterado en estas primeras reflexiones, el Estado de derecho, o en otras palabras un Estado sujeto al derecho, así como la existencia de un grado de seguridad jurídica mínimo y un sistema de justicia eficiente, son requisitos sustanciales para la consolidación del sistema democrático de gobierno y para el desarrollo económico.

En los últimos años, los países de la región de América Latina y el Caribe han llevado a cabo un proceso de cambios estructurales políticos, económicos y sociales, en los cuales los sistemas judiciales han tenido un creciente protagonismo. La consolidación de la gobernabilidad democrática y el funcionamiento de las fuerzas del mercado requieren de un sistema judicial independiente, confiable, fuerte, eficiente, equitativo y moderno que no sólo asegure un ambiente de inversión y crecimiento sino también sea una garantía de legitimidad a la hora de asegurar el acceso a la justicia y la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Dicha legitimidad va asociada con la capacidad del sistema judicial de hacer respetar la ley y ejercer su papel de contralor frente los otros órganos del Estado.

La relación entre justicia y economía ha sido objeto de muy reciente y escasa investigación y también de frecuente especulación. Existe amplio consenso entre economistas y juristas respecto de que el desarrollo económico y social de un país depende tanto o más de sus políticas e instituciones que incluso de sus recursos naturales. Una de las estructuras más importantes para la institucionalización de las políticas es la estructura legal. Los sistemas legales a su vez deben ser un reflejo de la realidad social de cada país para poder ejercer su autoridad efectivamente. Es decir que las reglas que afectan tanto la vida económica como social no pueden estar divorciadas de los hechos diarios de las sociedades que gobiernan.

En este marco debe decirse que, dadas las características y la velocidad de los cambios que se están produciendo, es imperativo implementar un conjunto de reformas que complementen los esfuerzos de aproximaciones clásicas a estos procesos de cambio, algunas de ellas ya superadas por la fuerza de acontecimientos recientes. Las nuevas reformas deben afrontar cuestiones aun más sutiles y complejas como el desarrollo de la capacidad institucional, la modernización del derecho, la reforma del sistema judicial, la protección y defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos, la lucha contra la corrupción, la reforma de los sistemas de justicia penal, el acceso a la justicia y las formas de controlar la violencia y garantizar la seguridad y la convivencia ciudadana.

LAS LECCIONES APRENDIDAS

Las estrategias de reforma judicial deben ya enmarcarse en el ámbito de las evaluaciones sobre experiencias disímiles que los diversos procesos han venido arrojando. Se necesita saber qué hemos aprendido, cuáles son las lecciones exitosas y cuáles las malas lecciones para retroalimentar la ejecución de proyectos y nutrir los nuevos programas tanto nacionales como de los organismos involucrados en el sector.

Integralidad de la estrategia

Los procesos de reforma de los sistemas de justicia deben concebirse integralmente aunque no siempre

sea posible y conveniente formular operaciones muy ambiciosas y complejas. Dentro de una concepción integral, comprensiva y de largo plazo³², deben aplicarse criterios de selectividad, gradualidad y fijación de prioridades.

Una característica esencial de los proyectos es la naturaleza interdisciplinaria que vincula y exige conocimientos especializados de diferentes profesionales y ramas del derecho. Las nuevas tendencias de los programas de reforma de la justicia hoy apuntan por ejemplo a la necesidad de contar con visiones integrales aunque graduales y selectivas que no excluyan los sectores de la justicia con los mas graves problemas -como son los relacionados con la justicia penal y penitenciaria y los menores infractores -, o los sectores de la población mas afectados por la falta de acceso, como las mujeres, los pobres y los indígenas.

Independencia del Poder Judicial

El punto medular de una reforma del sector tiene que ver con el diseño mismo de la normativa institucional en el marco de las reglas de juego del ejercicio de los poderes públicos. Por consiguiente, la piedra angular del éxito de las reformas de los sistemas de justicia es la efectiva independencia del poder judicial. El diseño de la estrategia en el marco amplio del contexto institucional implica acudir incluso al recurso de la reforma legislativa y constitucional si ella es indispensable, por ejemplo, para la independencia del Poder Judicial.

Sin independencia no hay técnica gerencial, organizacional, o informática que resuelva la necesidad de un sistema judicial imparcial, eficiente, ágil y confiable. Sin independencia del poder judicial no hay Estado de Derecho y sin Estado de Derecho no hay condiciones para el funcionamiento eficiente de una economía de mercado, que aseguren condiciones de seguridad y previsibilidad jurídica y política. El contexto de la reforma tiene pues unas implicaciones políticas que resultan no sólo innegables sino de gran importancia estratégica a la hora de vincular a los diferentes actores sociales, políticos y económicos al proceso.

Participación de otras autoridades

Por lo dicho, y a pesar de la búsqueda de la necesaria independencia del poder judicial, la reforma del sistema de justicia no puede quedar limitada a las autoridades judiciales. Debe involucrar no sólo a otras instituciones del sistema de justicia, distintos del Poder Judicial, sino al órgano legislativo para procesar la legislación que la reforma judicial requiere. También debe comprometer a las autoridades ejecutivas como contraparte del Banco para dar el apoyo financiero y administrativo necesario para sacar adelante este proceso. La reforma es imposible sin contar con sólidos consensos nacionales y por ello la cooperación internacional apunta siempre hacia ellos.

Especificidad de la estrategia

Si bien puede haber paradigmas generales en cuanto a lo que se desea - en cuanto a modernización de las normas, acceso a la justicia, formas de gestión de la rama, métodos alternativos de resolución de conflictos, combate al retraso judicial, nuevas formas procesales, sistemas modernos de información, etc.- las operaciones deben ser "hechas a la medida", con estricto apego a las específicas circunstancias nacionales.

Las diferentes percepciones de la ciudadanía frente a la problemática de la justicia señalan por regla general un camino correcto frente a las distintas prioridades de los programas de reforma. Un ejemplo concreto es la preocupación cada vez mas creciente de los obstáculos para el acceso al sistema, la magnitud y complejidad de las dificultades de la justicia penal y la necesidad de abordar los proyectos en una dimensión descentralizada y en estrecha cooperación con la sociedad civil.

El liderazgo de la Sociedad Civil

Respecto de este último punto, el papel de la sociedad civil en el liderazgo y la consolidación de los programas de reforma judicial constituye una alternativa única e irrenunciable que comienza a ser parte central de estos procesos. Sin amplios consensos nacionales y sin la apropiación del tema por los líderes políticos y empresariales, por los partidos políticos, por las organizaciones de la sociedad civil y por los medios de comunicación social, es difícil enfrentar una tarea tan compleja y esperar resultados favorables.

Una Reforma Cultural gigantesca

Los proyectos de reforma del sector justicia requieren mucho tiempo y paciencia, y sus resultados van apareciendo en el camino de manera progresiva. Implican importantes cambios culturales e institucionales que no son fáciles y podría afirmarse que al menos en nuestra región se está frente a un proceso de aprendizaje. La reforma además toma tiempo y las expectativas creadas por su puesta en marcha no se compadecen con la percepción pública respecto de sus resultados. Aquí radica principalmente la importancia y urgencia de enfrentar el desafío.

Sentido de apropiación y compromiso político

Se requiere en esa misma dirección y como condición fundamental un gran compromiso de los países. La debilidad del consenso alrededor de un proyecto de reforma de justicia es el mejor camino al fracaso. Sin sentido de pertenencia y de "apropiación" por los interlocutores locales no es posible avanzar. Las múltiples actividades y esfuerzos del Banco en ese sentido en diferentes países así lo siguen corroborando.

La Defensa de los Derechos Fundamentales

La defensa y protección de los derechos fundamentales no es un asunto que tampoco pueda ser olvidado por la reforma de los sistemas de justicia. Su clara conexión con la inserción en el sistema político y económico hace que la concepción de ciudadanía dependa en últimas de dichas garantías. Desconocer la repercusión de la problemática de los derechos fundamentales en América Latina y el Caribe atenta contra la integridad, consistencia e integralidad de cualquier proyecto en este campo. Y si existe un área en la cual se reconozca ya la efectividad de la acción de la ola de reforma judicial es precisamente en materia de la sanción de las violaciones de los derechos humanos en la región³³.

La Batalla Institucional

La inversión más cuantiosa de los proyectos de las diferentes agencias y organismos bilaterales y multilaterales se destina ahora al fortalecimiento institucional. La batalla de la reforma judicial se ganará o perderá en la arena institucional. La experiencia acumulada de algunos organismos en materia de análisis, fortalecimiento institucional, y gestión del sector público debe ponerse al servicio de la administración de justicia.

Un dimensionamiento adecuado de los componentes de infraestructura y de tecnología de la información debe evaluarse, ya que muchas veces han contribuido a preocupantes desequilibrios en los objetivos de los proyectos. La tecnología al servicio de la reforma judicial no puede concebirse como un fin en sí mismo, sino tan solo como una herramienta que involucra la participación de los usuarios en los diagnósticos y en el diseño del sistema de información que se requiere. Así mismo, la informatización de procesos ineficientes³⁴ o la ausencia de una estrategia de información sectorial basada en la compatibilidad de sistemas de varias agencias gubernamentales, limita la eficacia de las políticas públicas.

Visión Sectorial

La presencia de diversas autoridades del sector pertenecientes a poderes públicos independientes y a organismos autónomos obliga a apartarse de las visiones tradicionales de los proyectos de desarrollo. Un

enfoque sectorial implica respetar ese conjunto de competencias y simultáneamente concebir mecanismos de dialogo, cooperación y coordinación en la puesta en marcha de las políticas públicas. En muchos casos, se trata de nuevos actores no acostumbrados a la cooperación internacional ni mucho menos a ejecutar programas de reforma de las instituciones³⁵.

Coordinación de la Cooperación Internacional

Finalmente, se requiere estrechar la coordinación entre las diversas agencias bilaterales y multilaterales de financiamiento para evitar duplicaciones, contradicciones y derroche de recursos, que en muchos casos llevan a la fragmentación de los proyectos.

REFLEXIONES ADICIONALES

La reforma judicial comprende una redefinición del papel del sistema mismo de justicia. En este nuevo entorno no sólo es necesario reformar las normas y códigos sino también el entorno político en el cual se halla y su sistema de administración y gestión con criterios gerenciales, para así poder responder más adecuadamente a las necesidades de un nuevo consenso político económico y social.

Se puede afirmar entonces que la importancia y necesidad de la reforma de los sistemas judiciales coincide con la búsqueda de oportunidades que reafirmen los procesos de cambio económico y político por los que está atravesando la región desde hace más de una década.

Frente a fenómenos como la globalización y la internacionalización de la economía, las normas jurídicas y el sistema de justicia deben mostrar su capacidad para asimilar y afrontar esas nuevas realidades³⁶.

Resulta incuestionable que los diferentes procesos de reforma institucional en curso en la región latinoamericana ya comienzan a resaltar la importancia del vínculo entre el fortalecimiento de los sistemas de justicia y la promoción de la inversión y el crecimiento en la región; impulsan una incorporación más activa en el diálogo sobre la reforma judicial a las autoridades económicas y líderes del sector privado; introducen las variables del análisis económico a las estrategias de reforma judicial; demuestran las relaciones existentes y susceptibles de ser cuantificables entre el fortalecimiento del Estado de Derecho y la eficiencia en las economías de mercado; e incentivan el inicio de un enfoque interdisciplinario para ser aplicado a los temas judiciales que facilite el acceso de quienes desde la sociedad civil y el sector privado buscan aproximarse a las nuevas realidades de la justicia en América Latina.

Mucho hay para asimilar también en el campo de experiencias institucionales particulares, en especial, sobre los resultados disímiles que en la región han dejado sobre el camino, por ejemplo, la creación de los Consejos de la Judicatura o la Magistratura³⁷, las Escuelas Judiciales³⁸ y la puesta en marcha de sistemas de carrera judicial, en principio inmunes al clientelismo de cualquier naturaleza. En algunos países, el inicio de sistemas de mérito basados en el desempeño individual ha llevado a la necesidad de refinar instrumentos que permitan hacer compatible la cantidad y agilidad del trabajo con la calidad de las decisiones proferidas por los jueces. Sin embargo, estudios sobre el sistema de incentivos del sistema judicial³⁹ apenas comienzan a realizarse.

De la misma forma, mucho hay para aprender de los éxitos que en la lucha contra el crimen organizado y la batalla contra la corrupción cobran las diversas Fiscalías que se han puesto en marcha en varios países de la región. La reforma de la justicia penal aparece como una necesidad inaplazable pues la impunidad ha alcanzado niveles muy altos en América Latina y la modernización de los sistemas penales y procesales penales debe apuntar a reducir ese flagelo. No es una casualidad que 19 países de América Latina y el Caribe estén

experimentando el tránsito de sistemas inquisitivos a sistemas acusatorios o mixtos como resultado de profundas transformaciones que vienen ocurriendo en el ámbito de la justicia penal. En ese campo, debe avanzarse en una estrategia que permita conciliar dos objetivos que se han presentado como opuestos en virtud de la creciente criminalidad y violencia en la región: de una parte, la eficacia del sistema en la persecución del delito, y de otra, la garantía de la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos, particularmente en lo referente al abuso de la figura de la detención preventiva⁴⁰.

Como ya se ha señalado, grande ha sido también el rol de los sistemas judiciales en la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, e instituciones como el Defensor del Pueblo o el Ombudsman penetran cada día con mayor legitimidad en las controversias sobre los derechos frente al Estado. El reto más importante que se le ha planteado a la justicia es ratificar la más importante razón del Estado, como es la garantía de los Derechos Fundamentales de los ciudadanos.

También es hora de fundamentar el balance de la estrategia sobre análisis de economía política y de indicadores de gestión y de resultados que otorguen bases sólidas para los nuevos proyectos. Bien se ha dicho que aquello que no se puede medir tampoco se puede manejar. Pero si es cierto que existen dificultades para avanzar rápidamente en esa dirección, ello no puede convertirse en un argumento para ignorar la prioridad y urgencia de la reforma de los sistemas de justicia. Hay que trabajar mucho más en la determinación de las características y los indicadores de una administración de justicia eficaz.

La formulación de indicadores, por ejemplo de la independencia del poder judicial, podría estimular los esfuerzos encaminados a lograr las metas definidas por el indicador correspondiente. Indicadores integrales de una justicia eficaz, como de Desempeño Institucional, ayudarían también a los administradores de la justicia a diseñar sistemas de recopilación de datos para determinar la calidad de su gestión y las prioridades de reforma⁴¹.

EL LIDERAZGO DE LOS JUECES

Como ya se ha destacado, la reforma de la justicia en nuestra región es una de las piezas fundamentales del proceso integral de Reforma del Estado que viene dándose desde hace unos años.

El carácter político de su contexto es innegable tanto como sus consecuencias. Tal como se concibe la labor de ejecución de las políticas públicas en las sociedades modernas, ya no es exagerado afirmar que el éxito del proceso de desarrollo va a depender de la vigencia del Estado del Derecho y del cumplimiento de las responsabilidades básicas del sector público en ese ámbito. Hoy más que nunca el diseño de las políticas judiciales debe partir de un claro liderazgo de los jueces como protagonistas que son de la estrategia de reforma.

Resulta igualmente incontrovertible que una reforma de esta naturaleza vincula también de manera imperante a los otros órganos del Estado y reclama liderazgos para coordinar acciones, tender puentes hacia el diálogo y solidificar los consensos. Máxime cuando la reforma de la justicia en América Latina debe tramitarse en el poder legislativo y define allí el inicio de su destino. Cada día menos, la función judicial se mantiene en la situación de vulnerabilidad que la convirtieron durante varias décadas en la “rama seca del Estado”.

Las alianzas de los poderes públicos han demostrado su fuerza para imponerse en situaciones difíciles. La sumatoria de acciones conjuntas de los poderes públicos, en muchos casos en la región latinoamericana, ha exhibido una gran efectividad para luchar contra la corrupción y el crimen organizado. Tanto a nivel de la acusación y el juzgamiento de altas autoridades en casos de corrupción⁴², como frente a las amenazas que hoy se ciernen sobre la vida en comunidad como producto de la epidemia de la violencia y el crimen, acciones conjuntas y coordinadas de los poderes redundan siempre en mayor eficacia. Dichas alianzas en la lucha contra la violencia urbana, por ejemplo, ha permitido crear verdaderos equipos de prevención, investigación y represión del delito a nivel local y descentralizado.

Es evidente que los diversos poderes del Estado no operan en un vacío en las relaciones de tipo

intraestatal, sino que se desenvuelven también en interacción con la sociedad civil. Fórmulas audaces de participación ciudadana en la justicia incluyen no sólo alternativas de desjudicialización sino experimentos que vinculan abiertamente a la academia, las asociaciones de abogados y los usuarios del sistema a la selección de los jueces.⁴³ La composición mixta de las instancias de nombramiento y control de magistrados se traduce además en mayor transparencia de su gestión.

Mecanismos innovadores de cooperación entre los poderes incluyen, por ejemplo, informes anuales rendidos al Legislativo por el Judicial, como en España cuando se debate anualmente el Estado de la Justicia, presentado en la Memoria Annual del Poder Judicial por parte del Presidente del Consejo General del Poder Judicial a las Cortes Generales. No son ajenos a nuestra tradición ni tampoco lesionan la independencia del Poder Judicial, experiencias como los Consejos Nacionales de Justicia o de las tres ramas. En ese campo, el liderazgo que antes se le reconocía al Ministro de Justicia o al representante de la Justicia en el Ejecutivo hoy se desplaza claramente hacia la cabeza de los organismos jurisdiccionales. Reformas judiciales que ignoren estos hechos no serán el resultado de verdaderas políticas judiciales y su impacto será muy modesto.

LAS IMPLICACIONES DE LA GLOBALIZACION

Mucho se habla de las nuevas vías del multilateralismo pero poco se ha dilucidado el impacto sobre los nuevos actores del proceso político. El manejo de las relaciones internacionales ha implicado la globalización de las relaciones aún entre los nuevos actores del proceso político. Una decisión judicial de un país hoy puede afectar a la comunidad internacional violando por ejemplo los estándares mínimos consagrados para el desenvolvimiento de la comunidad internacional. De esa manera, el monopolio en el manejo de las relaciones internacionales por parte del Ejecutivo abre el paso a nuevas instancias de diálogo, interacción y creación de consensos. Y así, la globalización de los poderes judiciales lleva necesariamente hacia la ampliación del espacio judicial internacional.

Los jueces están construyendo una comunidad global legal⁴⁴ que trasciende las esferas del Estado tradicional y hoy enlazan propósitos comunes que derriban a su manera las fronteras imaginarias que el Estado-Nación ha dejado como legado. Son expresiones del Nuevo Orden Mundial con potencialidad para crear jurisdicciones y metas supranacionales. Los poderes judiciales deben prepararse para cumplir ese tipo de nuevos roles y la reciente creación de una Corte Penal Internacional es un buen ejemplo de la senda que se sigue.

Estas son las verdaderas coordenadas donde debe replantearse el tema de la independencia del poder judicial y no por ejemplo en el terreno parroquial y discutible de los derechos corporativos de la magistratura. Parte de la crisis del Poder Judicial, es cierto, ha sido su especial adicción a procedimientos inadecuados y obsoletos pero también resulta inobjetable que su gran pasivo ha sido la falta de una concepción global de su misión en los escenarios de las políticas públicas.

Un escritor del siglo pasado⁴⁵ afirmaba, no sin razón, que era preferible que hubiera malas leyes y jueces buenos, que no leyes buenas y jueces malos. En el marco del proceso de reformismo constitucional de América Latina⁴⁶ debe destacarse cada vez más que un Poder de la naturaleza del Judicial tiene que convertirse en el eje más trascendente del constitucionalismo democrático del próximo milenio.

Bien decía Laboulaye que “Si me preguntais que es lo que distingue los pueblos libres maduros para la libertad de aquellos que no lo son, lo que distingue los pueblos maduros para la libertad de aquellos que no están, os responderé, sin vacilar, que no debeis fijaros en si tienen tal o cual Constitución, una o dos Cámaras, prensa libre, etc..No; todo eso puede llegar a ser instrumento de la pasión o de la tiranía más o menos disfrazada. La verdadera distinción estriba en si hay o no hay justicia; consiste en que impere o no la ley. Decidme lo que

son los Tribunales y yo os diré lo que es el pueblo”.

Para superar el autismo característico de los poderes judiciales en nuestra América Latina, los líderes de los procesos reformistas de la justicia, necesitan dosis ilimitadas de voluntad política hoy ausentes o intermitentes en la fase reciente de reforma.

De la experiencia vivida hasta el día de hoy en la región latinoamericana, queda claro que no es posible creer en soluciones mágicas o fórmulas perfectas aplicables a todos los países de la región. Los diferentes contextos socioeconómicos y políticos determinan el tipo de contenido y estrategia de implementación de la reforma de la justicia más apropiada para cada país.

Lo más importante, sin embargo, es mirar el futuro con una visión clara de cual es la contribución que se espera de las instituciones judiciales para el desarrollo de nuestros países y actuar de conformidad con esa convicción. El camino se ha abierto y el tránsito hacia sistemas de justicia más eficientes y equitativos se ha despojado de la indiferencia que castigó la provisión del servicio de la justicia durante muchas décadas.

¹ El “World Development Report” de 1997 se ocupó de la temática del Estado dentro de una perspectiva en la cual la variable institucional y política comienza a ser tenida en cuenta como factor primordial de desarrollo.

² La crisis de México de finales de 1994 y las recientes crisis de Tailandia, Corea e Indonesia de 1997 y 1998 corroboran este aserto.

³ Ese es el sentido del editorial de la revista “The Economist” de marzo de 1997 al afirmar que el mejoramiento de las instituciones debe ser la primera prioridad en la nueva fase de la economía del desarrollo.

⁴ La expresión ha sido popularizada por Huntington. Ver S. Huntington. “The Third Wave of Democratization”.

⁵ La noción de Estado de Derecho difiere de lo que se ha querido presentar como su equivalente (Rule of Law) en el Sistema del Common Law, pues significa simple y llanamente el Estado sometido al Derecho o a la Justicia.

⁶ Los Parlamentos, por ejemplo, deben fortalecerse para producir leyes legítimas, consistentes, viables y susceptibles de ser cumplidas.

⁷ “Checks and Balances” dentro de la concepción inspirada en la Constitución de Filadelfia de 1787.

⁸ La denominada independencia interna lleva en algunos casos al síndrome de “feudalismo judicial”, que a veces afecta las actuaciones de los jueces, quienes actuando en un grado de aislamiento del resto de la judicatura puede poner en entredicho el desempeño y la consistencia del Poder Judicial como un todo orgánico.

⁹ La expresión es de Pablo Lucas Verdú. Ver Fernando Carrillo, “La Independencia del Poder Judicial frente a los órganos legislativos”. Presentado en la reunión de la Organización de Presidentes de Cortes Supremas de Justicia de las Américas. Panamá, enero de 1998.

¹⁰ Para algunos, la supuesta “judicialización” de la política, para otros la “politización” de la justicia o el simple activismo judicial es una de las consecuencias no deseadas del fortalecimiento de las judicaturas.

¹¹ La naturaleza de la función judicial con las jerarquías propias del sistema y el respeto de las decisiones de instancia hace muy peculiar y distinto cualquier esfuerzo de modernización institucional y, en algunos casos, como se verá más adelante, lo dificulta.

¹² Según la expresión de M. Latournerie, miembro de la Comisión Reformadora del Código Civil Francés.

¹³ Algunos han caracterizado este proceso de activismo de los jueces como una tendencia de anglosajonización del derecho latinoamericano.

¹⁴ Sobre todo para el caso de los Jueces de Paz en algunos países de la región latinoamericana.

¹⁵ Así lo ha destacado Robert Katzmann. “Judges and Legislators”. Brookings Institution. 1988.

¹⁶ Sobre todo en América Central se ha creído erróneamente que una conquista constitucional de esa naturaleza va a garantizar la independencia de los jueces. Los porcentajes de dichas rentas con destinación específica a la justicia van del 2% al 6%.

¹⁷ Basta examinar las divergencias de las autoridades por ejemplo en relación con las estadísticas criminales

y los niveles de impunidad en la sociedad.

¹⁸ La debilidad o inexistencia de las instancias de planificación estratégica en cada una de las instituciones del sector justicia es tal vez la característica más común de su entorno organizacional.

¹⁹ La tendencia se orienta a reconocer dicha iniciativa para temas directamente relacionados con el manejo de las Cortes, juzgados y la organización judicial en general. No aparece tan clara en el caso de normas procedimentales que tienen la capacidad de congestionar o por lo menos aumentar el volumen de trabajo de los funcionarios de la justicia.

²⁰ Buena parte de las Constituciones y/o de los Reglamentos de los Congresos, Asambleas Legislativas y Parlamentos de la región prevén la existencia de Comisiones de Justicia. En el sistema norteamericano, sin embargo, se ha ensayado una fórmula de cooperación más útil como es el diálogo en un nivel inferior y más informal entre los asistentes de los legisladores, los auxiliares de los jueces y los funcionarios del ejecutivo con responsabilidad en el sector.

²¹ Leyes que fijan pautas generales para ser desarrolladas a otro nivel por la judicatura misma son un buen ejemplo.

²² Ver el documento presentado a consideración del Taller sobre experiencias de Reforma Judicial realizado en Washington D.C en marzo de 1998.

²³ Es el caso de las Fiscalías Generales en algunos países, las oficinas del Ombudsman o Defensores Públicos o del Pueblo y de Procuradores o representantes del Ministerio Público en algunos sistemas constitucionales con total autonomía.

²⁴ A raíz del problema de las confiscaciones en Nicaragua, el Banco preparó un proyecto en 1995 orientado a fortalecer las instancias administrativas y judiciales para solucionar el problema de la propiedad.

²⁵ En noviembre de 1997, el Banco junto con la Facultad de Derecho de American University, organizó un Seminario de capacitación para funcionarios judiciales latinoamericanos sobre este aspecto.

²⁶ La noción de niveles de atención básica en materia de justicia se ha impuesto. En los proyectos del Perú - Módulos Básicos de Justicia -, Colombia -Casas de Justicia- y Guatemala - Centros de Administración de Justicia-, ese concepto se abrió camino.

²⁷ Proyecto de Reforma del sistema de justicia de Guatemala.

²⁸ Tres proyectos del Banco contienen componentes de esta naturaleza y dos más se encuentran en preparación. El proyecto de Reforma del Sistema de Justicia Penal de Venezuela será el primero en financiar actividades relacionadas con la modernización institucional de los sistemas penitenciarios.

²⁹ La mayor parte de los proyectos de arbitraje y mediación incluyen generalmente la reforma de la legislación sobre arbitraje.

³⁰ En 1998 se ha aprobado una cooperación técnica regional para evaluar las estrategias de acceso a la justicia en la región.

³¹ El proyecto en Costa Rica se formuló mediante un proceso que recogió las opiniones de todos los niveles de la administración de justicia, los grupos cívicos y la ciudadanía. El proyecto de El Salvador cuenta con la intervención de Organizaciones de la Sociedad Civil y el sector privado que imparten capacitación en el empleo a jóvenes delincuentes. El proyecto del Perú crea centros comunitarios de mediación e imparte conocimientos a los alumnos de primaria sobre la resolución de conflictos por medios pacíficos.

³² Pese a ello, la reforma va a exigir resultados a corto plazo, pues de otra manera el esfuerzo reformador puede producir fatiga, indiferencia o escasa confiabilidad.

³³ Los mecanismos de protección de derechos fundamentales - tutelas, amparos y recursos de protección - han contribuido notablemente al incremento de la acción judicial en este campo.

³⁴ Ha habido casos de instalación de sistemas computacionales con antelación a la reforma de los procedimientos, sólo por una obsesiva fe en el cambio tecnológico.

³⁵ La creación de agencias ejecutoras intersectoriales es una de las lecciones grandes de estos proyectos. Armonizar acciones exige mecanismos ágiles y eficientes que ordinariamente no posee el sector como tal. La instauración de instancias coordinadoras para la modernización del sector, comisiones de reforma del sistema de justicia y consejos generales de reforma, han generado efectos positivos en la más cruda de las etapas de un proyecto de desarrollo, como es, su ejecución e implementación.

³⁶ Las debilidades institucionales puestas de manifiesto en las economías de los países de sudeste asiático han relevado la trascendencia de principios como la transparencia y la probidad, propios de un Estado de Derecho democrático.

³⁷ La experiencia de varios países –casi una docena- con estas instituciones, señala que no son una panacea para los males que aquejan al poder judicial. Su creación, por sí misma no resuelve los problemas de la administración de justicia y, en muchas ocasiones, representa el caso de buenas instituciones con malas prácticas. Se trata solo de un modelo de gerencia judicial y su éxito a lo mejor se verá en el largo plazo.

³⁸ Iniciativas nacionales tanto como regionales se instauran en los diferentes sistemas constitucionales y legales de la región. En la reciente Cumbre de las Américas, los Jefes de Estado se comprometieron con una iniciativa regional en este campo, como ya lo habían hecho los Presidentes de las Cortes Supremas de Justicia en su reunión de 1998.

³⁹ Los Consejos de la Judicatura deberían comenzar investigaciones de esta naturaleza para determinar la motivación de los protagonistas del sistema, en términos de su reputación, prestigio, remuneración, jubilación y, sobre todo, frente a las acciones disciplinarias internas de la rama que reprimen actos de negligencia y corrupción.

⁴⁰ En América Latina, el promedio de presos sin condena o de sindicatos sometidos a detención preventiva sin definición de su situación jurídica supera el 75% de la población reclusa.

⁴¹ No todos los proyectos definen adecuadamente los indicadores de impacto final, esto es, indicadores destinados a determinar si el proyecto ha coadyuvado realmente a la reforma de la justicia y a documentar en qué forma lo ha hecho. Los proyectos deben mejorar sus capacidades para definir los indicadores de impacto y de progreso.

⁴² La participación de autoridades legislativas y jurisdiccionales en el juzgamiento de las cabezas del poder ejecutivo en los últimos años ha sido un hecho para destacar en la lucha contra la corrupción.

⁴³ El mejor ejemplo es la experiencia reciente del Ecuador en la selección de los magistrados de la Corte Suprema.

⁴⁴ La tesis la convalida Anne Marie Slaughter en "Foreign Affairs", septiembre-octubre de 1997.

⁴⁵ Gumersindo de Azcárate

⁴⁶ De tales procesos, ninguno se ha apartado de la línea de fortalecimiento de la justicia.

LA LIBERTAD DEL IMPUTADO EN EL PROCESO PENAL VENEZOLANO

*Alberto Arteaga Sánchez**

¿Cuál es, pues, el derecho si no es el de la fuerza, que da potestad a un juez para aplicar una pena a un ciudadano mientras se duda todavía si es culpable o inocente? El rigor de la cárcel no puede ser más que el necesario para impedir la fuga o para que no se oculten las pruebas de los delitos. (Cesare Beccaria, De los Delitos y de las Penas, 1764).

I

Como representante de un país de libertades y sembrador de esa semilla en otros países de América, me cuesta dar testimonio de la dura realidad que hoy vivimos, tierra de contrastes, de miseria y de groseras riquezas, de injusticia a la orden del día y en el que la vida y la libertad de sus ciudadanos, valores supremos de una sociedad justa, se ven relegados y vulnerados a diario por la violencia de la calle, por la violencia de las instituciones y por la violencia que se ejerce al amparo de las leyes.

En Venezuela, hasta ahora, los ciudadanos vivimos en libertad provisional, condicionada a la eventualidad de que cualquier enemigo político, cualquier competidor comercial o cualquier acreedor de obligaciones, simplemente mercantiles, recurra a los Tribunales Penales para lograr con el chantaje de una privación de libertad, que se satisfagan sus exigencias extra-penales.

Entre nosotros vale muy poco la libertad ciudadana, y en contra de expresas disposiciones legales, se priva de su libertad a ciudadanos, con el simple propósito de que declaren o “*sean declarados*”; se detiene en casos en que no hay sorpresa infraganti, ni razones de urgencia o necesidad; e, inclusive, se detiene por el simple hecho de cumplir un deber, como el de auxiliar a quien se encuentra herido o necesitado de asistencia.

Evidentemente, esto se hace al margen de nuestro sistema legal escrito ya que, de manera terminante, nuestra Constitución proclama como *inviolables la libertad y seguridad personales* y dispone que:

“Nadie podrá ser preso o detenido, a menos que sea sorprendido in fraganti, sino en virtud de orden escrita del funcionario autorizado para decretar la detención, en los casos y con las formalidades previstos por la Ley” (artículo 60, ordinal 1°).

Por otra parte, los dispositivos protectores de la libertad contenidos en los Tratados de Derechos Humanos suscritos por Venezuela, se incorporan a nuestra Constitución, en razón de su artículo 50 cuyo texto dispone que:

“La enunciación de los derechos y garantías contenidas en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella”.

* Profesor Titular de Derecho Penal, Universidad Central de Venezuela, Presidente del Estudio Jurídico Arteaga Sánchez y Asociados, Caracas, Venezuela.

Por lo demás, otros textos legales contemplan previsiones principistas en materia de libertad, como es el caso de la Ley de la Libertad Bajo Fianza, de 1992, en el artículo 2º, que, a la letra, dispone:

“La privación de libertad durante el proceso penal es una medida extrema y excepcional cuya justificación estriba en la comisión de un hecho de naturaleza delictiva, en que hay indicios de culpabilidad y en exigencias estrictas del cumplimiento de los lapsos procesales, debiendo procurarse en todo momento que la detención ocasione los menores daños a la persona y reputación del procesado.”

Pero, a la vez, coexistiendo con las disposiciones mencionadas anteriormente, Venezuela, en vísperas del año 2000, sigue soportando el lastre de un sistema procesal penal arcaico, inquisitivo, represivo al máximo, construido sobre la base de un sumario secreto, levantado a espaldas del investigado y que se centra en la medida privativa de libertad del denominado *auto de detención*, que impone, durante el proceso, la restricción de ese derecho fundamental, convirtiendo la excepción en regla, ya que un número muy importante de delitos resultan excluidos de los denominados “beneficios” de libertad durante el proceso, integrando la categoría de *delitos inexcusables*, bien por disposición expresa de las leyes especiales relativas a la libertad durante el juicio penal (no procedencia de la *libertad provisional bajo fianza* en casos de homicidio intencional, violación, hurto de vehículos, fraude específico, robo agravado, secuestro; o exclusión del denominado *sometimiento a juicio*, sin prisión, en delitos con penas superiores a 5 años, o bien por leyes especiales incriminatorias sobre hechos punibles específicos, como las que regulan los delitos contra la cosa pública o los hechos punibles en materia de drogas.

II

La doctrina procesal penal moderna garantista rechaza de plano los abusos, arbitrariedades y atropellos del poder contra el ciudadano y sus derechos, sin que ello signifique la renuncia del Estado al ejercicio del ius puniendi o a la utilización de medios eficaces para garantizar la aplicación de sanciones penales cuando se ha incurrido en hechos que afectan las bases mismas de la sociedad o el status ético-jurídico. El mantenimiento de ese equilibrio entre los derechos ciudadanos y, en particular, su libertad, y el poder represivo eficaz del Estado, hace necesario que la persona sometida a proceso, el más débil en la relación, se vea protegido frente al más fuerte, el Estado, a través de reglas precisas que garanticen el debido proceso, que postula, entre sus principios fundamentales, que no puede imponerse una pena sin un *juicio previo* con plenitud de garantías y el reconocimiento de un *estado de inocencia* que no puede quedar desvirtuado sino con una sentencia firme de culpabilidad.

Las exigencias de un juicio previo y la presunción de inocencia constituyen garantías fundamentales de todo justiciable.

En la declaración Universal de Derechos Humanos se proclama que:

1) “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona” (artículo 3); 2) “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal” (artículo 10); 3) “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se la hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa” (artículo 11.1).

En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) se consagra que:

1) “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la integridad de su persona” (artículo 1); 2) “Se presume que todo acusado es inocente hasta que se pruebe que es culpable. Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente

establecidos de acuerdo con leyes pre-existentes y a que no se impongan penas crueles, infamantes o inusitadas” (artículo XXVI CK ##).

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) se garantiza que:

1) “Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta” (artículo 9.1); 2) “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil...” (artículo 14.1); 3) “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley” (artículo 14.2).

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, 1969) se establece que:

1) “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales” (artículo 7.1); 2) “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la substanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella...” (artículo 8.1); 3) “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad...” (artículo 8.2).

Finalmente, en las “Reglas de Mallorca” (Reglas mínimas del proceso penal, Naciones Unidas 1992) se declara que:

“El imputado tiene el derecho a un juicio oral.” (artículo 25.1); 2) “El acusado tiene derecho a la presunción de inocencia” (artículo 32).

Por lo tanto, en razón de estos principios, resulta lógica la consecuencia de la afirmación de la libertad del imputado durante el proceso, debiendo rechazarse una pretendida exigencia de la prisión preventiva como regla, ya que ello implicaría la anticipación de una pena, cuya procedencia o no, se va a discutir en el proceso.

La doctrina penal moderna está igualmente conteste con estas consideraciones y afirma, de manera rotunda, que el encarcelamiento, durante el proceso, en clara aceptación de los postulados antes enunciados, sólo puede justificarse por vía excepcional, a los fines estrictos de no impedir la acción de la justicia, lo que se daría en caso de peligro de fuga o de entorpecimiento de la actividad probatoria.

En el mismo sentido se pronuncian los Pactos de Derechos Humanos. Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone, en su artículo 9.3 lo siguiente:

“...La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.” A su vez, en el artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se establece: “Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.”

Asimismo, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 1950) prescribe en su artículo 5.1 que:

“Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley: a) si ha sido penado legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente;... c) si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido;...”

Finalmente, las “Reglas de Mallorca” proclaman que:

“Las medidas limitativas de derechos tienen por objeto asegurar los fines del procedimiento y estarán destinadas, en particular, a garantizar la presencia del imputado y la adquisición y conservación de las pruebas.” (artículo 16); y declaran que: “La prisión preventiva no tendrá carácter de pena anticipada y podrá ser acordada únicamente como última ratio. Sólo podrá ser decretada cuando se compruebe peligro concreto de fuga del imputado o de destrucción, desaparición o alteración de las pruebas.” (Artículo 20.1).

Por otra parte, algunas decisiones de tribunales extranjeros han sostenido la doctrina señalada. Y así, a título del ejemplo, el Tribunal Constitucional alemán ha declarado:

“El fin primero y el motivo justificativo de la detención para las necesidades de la instrucción es el de garantizar el desarrollo de un procedimiento penal y asegurar la ejecución de la pena fijada ulteriormente; si esta detención deja de ser necesaria para cumplir ese fin, el hecho de que se la ordene, mantenga o ejecute, carece de toda medida común con ese mismo fin y no puede, por tanto, por principio, admitirse, porque viola el artículo 2, párrafo 2, disposición 2 de la Ley Fundamental” (“La libertad de la persona es inviolable”).

El tribunal Constitucional español ha dictaminado, asimismo que:

“Dado el papel nuclear que la libertad representa en el sistema del Estado Democrático de Derecho, su privación provisional o definitiva debe decidirse con todas las garantías y no es automática o mecánica sino que se deja al arbitrio judicial.” (Sentencias N° 89 de 1983 y 230 de 1991).

Igualmente, el Tribunal Constitucional ha sentenciado que:

“Lo que en ningún caso puede perseguirse con la prisión provisional son fines punitivos o de anticipación de la pena... Como regla de tratamiento, el hecho de que el imputado haya de ser considerado no culpable, obliga a no castigarle por medio de la prisión preventiva; y eso quiere decir que ésta no puede tener carácter retributivo de una infracción que aún no se halla jurídicamente establecida”. (Sentencia de 26-7-95).

De todo lo anterior se desprende de una manera terminante que:

1) La prisión preventiva no puede ser decretada automáticamente por la ley, sino que debe ser facultad privativa del juez del caso concreto; 2) Jamás puede constituir una pena anticipada, por cuanto sería violadora del principio del juicio previo y de la presunción de inocencia; 3) Sólo por razones estrictamente relacionadas con los fines del proceso (procesales) puede decretarse la prisión preventiva, no con miras penales o político-criminales.

Y por lo que respecta a Venezuela, a pesar de la condición prevaleciente de “jueces verdugos” entre nosotros, también se han hecho esfuerzos por sentar precedentes o señalar orientaciones de una nueva dirección garantista de aplicación de las normas protectoras de la libertad y, en algunas sentencias o, por lo menos, en votos salvados, se ha establecido el criterio de la desaplicación de disposiciones que impiden la libertad en el proceso o que consagran delitos inexcusables. Tal es el caso de algunas decisiones del Tribunal Superior de Salvaguarda del Patrimonio Público que, antes, por unanimidad de sus miembros y, ahora, sólo por el voto salvado de uno de sus integrantes, ha señalado, en relación a un dispositivo que consagra la prisión preventiva obligatoria para todos los enjuiciados por delitos contra la Cosa Pública, lo siguiente:

“Hay que dejar claro que la protección de un bien jurídico no puede llevar al legislador a la aprobación de una norma inconstitucional como la que analizamos, contenida en el artículo 103 de la Ley especial de Salvaguarda del Patrimonio Público, pues aún cuando la voluntad del legislador es la de privar a libertad a los procesados por los delitos contra la cosa pública, la aplicación de esa Ley debe ceder ante la aplicación preferente de la Constitución Nacional que es de mayor rango en la teoría General de la aplicación de las leyes. En ese orden de ideas, puede afirmarse que la mente del legislador en materia de Salvaguarda del Patrimonio Público, transgrede la Constitución Nacional, pues si se ha querido ser más severo en la protección de los intereses jurídicos relativos al patrimonio público, ello no puede vulnerar los sagrados derechos individuales inherentes a la libertad y seguridad personal y a la igualdad jurídica y social. (Voto salvado de la Dra. Edith Cabello de Requena, en decisión del caso González Gorrondona, 1996).

III

El nuevo Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela (COPP), promulgado el 23-1-98 y que entrará en vigencia plena el 1-7-99, contiene la más rotunda afirmación del derecho a ser juzgado en libertad como regla, prescribiendo que:

"Toda persona a quien se impute participación en un hecho punible permanecerá en libertad durante el proceso, con las exigencias establecidas en este Código", añadiendo que "la privación de libertad es una medida cautelar, que solo procederá cuando las demás medidas cautelares sean insuficientes para asegurar las finalidades del proceso" (artículo 252).

Y el artículo 9º contiene un dispositivo de afirmación de la libertad, estableciendo que:

"Las disposiciones de este Código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o su ejercicio, tienen carácter excepcional, sólo podrán ser interpretadas restrictivamente, y su aplicación debe ser proporcional a la pena o medida de seguridad que pueda ser impuesta".

Estas disposiciones no pueden ser desconocidas ni malinterpretadas. La libertad del imputado durante el proceso penal constituye la regla y sólo puede ser afectado en ese derecho, que pone en tela de juicio el estado de inocencia de que goza, en la medida en que una norma expresa faculte al juez, salvo el caso de flagrancia, para acordar restricciones.

Debe, entonces, alertarse, desde el inicio de la vigencia del nuevo régimen, en relación a cualquier abuso contra el principio de la libertad durante el proceso y contra cualquier interpretación extensiva de las disposiciones que permiten su restricción, ya que la tentación represiva y autoritaria, auspiciada por una mal formada opinión pública y por intereses ajenos a la justicia, luchará por no renunciar al fácil expediente de aplicar en muchos casos, sin fórmula de juicio, la pena anticipada de la prisión preventiva.

Debemos esforzarnos en dejar en claro que la voluntad del COPP no es otra que la de no privar la libertad a un ciudadano sino mediante una sentencia definitiva, producto de un juicio transparente y público. Sólo *excepcionalmente*, por exigencias estrictas de la justicia humana, requerida de algún tiempo para manifestarse, se hace necesario tomar las medidas imprescindibles de coerción personal que afectan el bien más importante del ser humano, después de la vida.

Por lo demás, la voluntad inequívoca del COPP por preservar la libertad ciudadana de todo atropello o abuso, queda de manifiesto con la sanción indemnizatoria que establece el artículo 286, a cargo del Estado, cuando el imputado ha sido privado de su libertad durante el proceso y se declara que el hecho no existe, que no reviste carácter penal o no se compruebe su participación en el hecho.

Resulta, claro, entonces, que en el nuevo proceso se consagra como principio la libertad, derecho que corresponde a quien se encuentra sometido a juicio penal, mientras no quede establecida su culpabilidad por una sentencia firme y se imponga entonces su restricción como pena, no encontrando justificación la imposición de una sanción anticipada sin juicio previo.

Pero, por supuesto, el derecho del Estado a investigar los delitos e imponer las sanciones, cuando ello es procedente, puede servir de fundamento, en casos excepcionales a que, por exigencias del proceso y dentro de los límites de la más estricta necesidad, para no ver frustrada la justicia, pueda imponerse, como medida precautelativa, la detención preventiva del imputado, por orden judicial.

El COPP, en su artículo 259 y siguientes, regula la procedencia, condiciones, límites y formalidades de la privación judicial preventiva de la libertad, la más grave de las medidas de coerción personal, que se impone en el proceso penal, excepcionalmente, por exigencias estrictas del enjuiciamiento, para garantizar la presencia del procesado y para que no se frustre el resultado del juicio.

La privación judicial preventiva de la libertad, según lo dispone el artículo 259 del COPP, podrá ser decretada por el Juez de Control, a solicitud del Ministerio Público y exige la concurrencia de determinadas condiciones o presupuestos que la doctrina concreta en las exigencias del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora*. El *fumus boni iuris* o la apariencia del buen derecho implica un juicio de valor, por parte del juez, sobre la probabilidad de que el imputado sea responsable penalmente, tomando como base la exigencia de un hecho con las características o notas que lo hacen punible y la estimación de que el sujeto ha sido autor o partícipe en ese hecho. A esta exigencia hace referencia el artículo en comento cuando señala que la medida judicial de privación de la libertad supone que se acredite la existencia de:

1° - Un hecho punible que merezca pena privativa de libertad y cuya acción no se encuentre evidentemente prescrita; y de

2°.- Fundados elementos de convicción para estimar que el imputado ha sido autor o partícipe con la comisión de un hecho punible.

Ello significa que sólo puede decretarse la privación de la libertad ante la constatación de los extremos o elementos constitutivos de la materialidad del hecho típico sancionado con pena privativa de libertad, cuya acción no se encuentre evidentemente prescrita. Ahora bien, cabe preguntarse: ¿puede tratarse de cualquier hecho punible castigado con esa pena?; ¿basta la constatación de la simple adecuación típica del hecho?; ¿qué elementos de prueba se requieren a los fines de probar este extremo?.

En cuanto al hecho punible de que se trate, se impone señalar que éste ha de ser un delito que tenga una pena mayor de cinco años en su límite máximo, ya que el artículo 262 del COPP declara improcedente la medida cuando la pena es menor, salvo que el imputado tenga antecedentes penales.

Por otra parte, la existencia del hecho punible implica que se acredite la materialidad del hecho típico o su perfeccionamiento objetivo como delito, lo que supone también la referencia a su carácter dañoso que, de quedar excluido en forma evidente, haría improcedente la medida, como en un caso de indubitable legítima defensa o actuación en cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho.

En relación a la tercera pregunta formulada, debe aclararse que no basta la simple denuncia, la noticia del delito o la querrela para decretar una medida tan trascendente como la privación judicial de la libertad, siendo necesario que el Juez de Control examine y evalúe los hechos investigados a ese fin.

Adicionalmente, el COPP indica, como fundamento del extremo de la probable responsabilidad penal del imputado, la existencia de fundados elementos de convicción que lleven al juez a la conclusión de que el imputado ha concurrido al hecho como autor o partícipe, extremo que no supone una indagación sobre la culpabilidad del sujeto sino sobre su vinculación personal con el delito o la pertenencia material de éste al sujeto, a título de autor, instigador, cooperador o cómplice.

¿Qué ha de entenderse por fundados elementos de convicción de la autoría o participación del imputado en la comisión del delito?

Los términos de autoría y participación no ameritan mayores comentarios. Se trata de la pertenencia material del hecho a su autor, presupuesto de la responsabilidad penal. Ahora bien, la expresión elementos fundados de convicción no equivale, por supuesto, a plena prueba de tal extremo, lo que sólo se obtendrá en el juicio oral, pero tampoco se satisface con un simple indicio, ni con la mera sospecha de la pertenencia aludida, sino que requiere algo más, que se concreta en la existencia de razones o elementos de juicio fundados en hechos aportados por la investigación y que permiten concluir, de manera provisional, que el imputado ha sido el autor del hecho o ha participado en él.

El *periculum in mora*, a su vez, constituye el segundo extremo requerido para dictar la medida de privación judicial preventiva de la libertad y, en síntesis, no es otra cosa que el riesgo de que el retardo en el proceso pueda neutralizar la acción de la justicia, ante la posible fuga del imputado o la obstaculización, por su parte, de la búsqueda de la verdad. Ciertamente, la potestad del Estado para investigar y sancionar los delitos cometidos se podría ver frustrada por la fuga del imputado que impide la continuación del juicio, como regla general, o hace imposible la ejecución de la sentencia que pudiese sobrevenir; o por la amenaza de obstaculización en la búsqueda de la verdad en el curso de una averiguación penal.

El COPP recoge esta exigencia del peligro de fuga o de obstaculización en la búsqueda de la verdad en el artículo 259, ordinal 3º, al exigir, a los fines de la medida de privación judicial preventiva de la libertad: "la existencia de una presunción razonable, por la apreciación de las circunstancias del caso particular, de peligro de fuga o de obstaculización en la búsqueda de la verdad respecto de un acto concreto de investigación". Y, en el artículo 260, hace referencia a los criterios para fundamentar esa presunción, señalando que "para decidir acerca del peligro de fuga se tendrán en cuenta, especialmente, las siguientes circunstancias.

1º.- Arraigo en el país, determinado por el domicilio residencia habitual, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto.

2º.- La pena que podría llegar a imponerse en el caso;

3º.- La magnitud del daño causado;

4º.- El comportamiento del imputado durante el proceso, o en otro proceso anterior en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal".

Estas circunstancias, pues, debidamente evaluadas y probadas, servirán para que el juez dictamine sobre el peligro de fuga, del cual constituyen indicios, en definitiva, la gravedad del delito cometido y su posible pena, calculada sobre la base del término medio, en el sistema actual; la desvinculación familiar, profesional y en cuanto a domicilio en el país en el que está sometido a juicio el imputado; la importancia del daño causado; el comportamiento renuente al proceso en curso o a otro anterior; y las mayores posibilidades o recursos para trasladarse fuera del país o mantenerse oculto.

Precisamente, como lo observamos antes, en razón de estos criterios, fundamentalmente, en atención a la gravedad del hecho punible, el COPP, en el artículo 262, declara improcedente la medida de privación judicial de la

libertad cuando el delito tiene asignada una pena menor de cinco años en su límite máximo y el imputado no tenga antecedentes o no sea reincidente, debiendo entenderse, a mi juicio, que no los tiene o que éstos son irrelevantes, si ha transcurrido el término de diez años desde la fecha de cumplimiento de la pena o de su extinción, lo que excluye la calificación como reincidente del sujeto.

De la misma manera, en el artículo 261, el legislador hace referencia al criterio para decidir sobre el *peligro de obstaculización para averiguar la verdad*, pero, en este caso, simplemente alude a la *grave sospecha acerca de la posible actuación del imputado orientada a destruir, ocultar o falsificar elementos de prueba o a influir sobre coimputados, testigos o expertos para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, o induzcan a otros a realizar tales comportamientos* (artículo 261).

En este último caso del peligro de obstaculización para averiguar la verdad, llama la atención la generalidad de los criterios fundados en simples sospechas, sin referencia a hechos concretos probados y sin mencionar el momento ad quem o en relación al cual pueden mantenerse estos criterios, que no podrían por sí solos fundamentar la medida, una vez concluida la etapa del debate oral.

Tratándose de criterios que orientarán la privación de libertad del imputado, los mismos deberán interpretarse restrictivamente y, en consecuencia, esas sospechas sobre posibles acciones dirigidas a obstaculizar la averiguación de la verdad deben asentarse en circunstancias objetivas, relativas al delito que se averigua y sus implicaciones (gravedad del hecho punible y expresiones concretas de su comisión) y circunstancias subjetivas (modus operandi y comportamiento del imputado desde el inicio de la investigación).

ACUSAR, DEFENDER Y JUZGAR VERBOS RECTORES DEL PROCESO PENAL

*Fernando M. Fernández**

INTRODUCCIÓN

El presente es un breve estudio acerca de los verbos rectores del proceso penal y de cómo operan según las normas previstas en el Código Orgánico Procesal Penal (COPP). En efecto, se trata de realizar una revisión y análisis preliminar de los aspectos fundamentales del proceso penal según las reglas establecidas en el recientemente promulgado COPP¹, el cual deroga íntegramente el sistema procesal que ha existido en el Código de Enjuiciamiento Criminal (CEC)², el cual nos ha regido desde 1.926, pero que se inserta dentro de una larga tradición procesal autoritaria que hemos heredado desde que somos país independiente de España³ y que ha impedido desde el siglo pasado la instauración del sistema procesal penal, acusatorio, oral y público⁴.

El abordaje de este análisis será meramente introductorio, debido a las limitaciones naturales derivadas de la novedad de la instauración de un sistema procesal totalmente diferente al conocido en Venezuela hasta ahora, por lo que no existe jurisprudencia nativa alguna que sea dable comentar y la doctrina que se puede encontrar es, fundamentalmente, extranjera. No obstante, para el autor es obligante realizar una aproximación conceptual basado en los fundamentos constitucionales e históricos que pueden ilustrar mejor al lector acerca del sistema procesal acusatorio, oral y público. En beneficio de la brevedad y de aprovechar al máximo el corto espacio que disponemos, haremos solo las citas que consideramos indispensables.

Queremos enfatizar en este análisis las características esenciales en los distintos tipos de juicio penal. Según el CEC⁵, la acusación, la defensa y el juzgamiento o decisión, están concentrados en la persona del juez unipersonal, que caracteriza el juicio inquisitivo, escrito y secreto⁶. En otras palabras, una misma persona resume en sí misma las distintas atribuciones que se presentan en un juicio penal. Esta trinidad de funciones, en nuestra opinión, conforman un conflicto de intereses, cuyo desenlace natural es que se decide conforme a lo averiguado y según la convicción que se forme el investigador⁷. Si este piensa que el investigado es culpable o inocente, así versará su decisión, sin control previo o durante el proceso. Los controles de la apelación y la supervisión realizada por el Ministerio Público son *a posteriori*. Con ello queremos decir que tanto la defensa como la fiscalización del Ministerio Público surten efectos tardíamente, luego de que ha sucedido lo inevitable, debido a que no son partes procesales durante el sumario. El debate probatorio se efectuará luego, en la fase plenaria, en la cual ya se ha instaurado una contención. Por lo que, se violan principios generales de derecho y derechos fundamentales del enjuiciado⁸, quien es encarcelado⁹ sin plenas pruebas, bajo la presunción de culpabilidad¹⁰.

El enjuiciamiento del presunto indiciado¹¹ se hace en secreto para éste y su abogado. Los llamados indicios son obtenidos a sus espaldas. Durante la declaración informativa, hecha sin juramento, el supuesto culpable no puede estar asistido por persona alguna. Menos aun por su abogado. Tampoco puede leer o consultar un documento cualquiera. Todo ello configura una situación de indefensión.

En cambio, según el COPP, la acusación, la defensa y el juzgamiento, corresponden libremente i) al acusador, que es el Ministerio Público; ii) la defensa, le toca al imputado y a su defensor, quienes responden al ataque legal del Estado; iii) y al juez, jurado o escabinado, según corresponda cada forma de Corte o Tribunal a un determinado tipo de pena correspondiente al delito señalado en un juicio, les toca decidir de forma libre¹² sobre la culpabilidad o no del inculpado.

* Miembro de la Firma Internacional de Abogados Baker & McKenzie; ExCoordinador de la Reforma Judicial de la Comisión Presidencial para la Reforma del Estado en Venezuela. Director de Amnistía Internacional, sección venezolana.

En efecto, cuando se trata del sistema inquisitivo, las actividades de acusar, defender y juzgar se concentran en manos del órgano de instrucción¹³, quien en su actividad investigadora puede y debe abrir la averiguación sobre la hipótesis de que existe una relación entre un hecho delictivo y un presunto responsable de ese hecho. La presunción implícita es de la culpabilidad de esa persona investigada. La esencia de esa inquisición secreta y escrita es que el órgano instructor puede y debe acumular los indicios que señalen la responsabilidad y aquellas que la nieguen. Ambas acumulaciones indiciarias conformarán los elementos que, reunidos y glosados secuencialmente, darán origen a la decisión. La misma se traduce en una sentencia que confirma o niega la convicción del funcionario de instrucción¹⁴ con la cual ha nacido el juicio. La acumulación de las actividades acusatoria, defensora y decisora, en manos del órgano instructor determinan que las mismas dependen de un solo sujeto, con sus naturales peligros de arbitrariedad, error y corrupción¹⁵.

Por otro lado, en el sistema acusatorio, oral y público que plantea el COPP, los verbos acusar, defender y juzgar, están ejecutados por personas diferentes e independientes entre sí, en un plano de igualdad como partes en el proceso penal. La acusación y la defensa son de carácter contradictorio, por lo que se produce una lucha para probar el delito, por el lado acusador, y para contrarrestar el poder del Estado, por parte de la defensa. Por su lado, el juez, jurado o escabino fungen como árbitros que deciden acerca de la culpabilidad o no culpabilidad del imputado.

La acumulación de esos tres verbos rectores en manos del juez inquisidor, hace que este no pueda ser objetivo. Estará siempre determinado por la subjetividad que dio origen a la averiguación: la presunción de culpabilidad¹⁶. Por tanto, tales actividades que deben ser libres e independientes, son absolutamente dependientes de percepciones subjetivas que pueden ser erróneas, incompletas o injustas. Pocas veces objetivas y justas. La razón determinante de esto es la falta de controles entre partes iguales.

Por otro lado, solo el sistema acusatorio, oral y público permite la interacción independiente, pero controlada rigurosamente, por cuanto parte de la base de que cada parte que conforma el proceso, es igual a la otra. Por tanto, su actividad es viable, y objetiva, pero sujeta a verificaciones de todas las partes desde el principio del proceso.

El Cambio de Paradigma:

Con la promulgación del nuevo sistema procesal, hemos visto que se ha operado una revolución o cambio de paradigma¹⁷. En efecto, el cambio de paradigma consiste en adoptar de forma pura el sistema acusatorio, oral y público, luego de haber tenido durante muchos años el llamado sistema ecléctico francés¹⁸, que combina la fase inquisitiva o sumario y la fase plenaria o pública. Tal sistema es producto de la herencia jurídica del derecho codificado¹⁹ napoleónico²⁰ que, en su momento, a principios del siglo XIX fue considerado un gran logro, por cuanto humanizaba el muy cuestionable y autoritario sistema inquisitivo puro utilizado tanto por la Iglesia Católica²¹ como por distintos reinos de la época y muy especialmente el reino español. El sistema inquisitivo puro fue adoptado en su forma más diáfana por los Reyes Católicos en el año de 1478 como una forma de unificar el reino y poder atacar a los herejes y a los enemigos de la fe. Fue un importante instrumento de la política de aquel entonces que permitió a los reyes ejercer su poderío de manera bastante efectiva y autoritaria²².

Es importante mencionar que, aun cuando el sistema inquisitivo mixto²³ incluye el efecto de publicidad del expediente en la fase plenaria, los elementos esenciales del juicio se desenvuelven y son determinados por lo que hubiese sido introducido durante la fase sumarial. Por tanto, la fase pública o plenaria es casi inútil, debido al carácter definitivo que ha significado la investigación sumarial. Aparte de la estigmatización que ello produce al punto que un auto de detención equivale a una sentencia anticipada de tipo condenatorio²⁴.

Por eso, se habla de un cambio de paradigma, porque si bien es cierto que el sistema inquisitivo mixto es un punto intermedio entre el sistema inquisitivo puro y el acusatorio puro, de todas maneras, debido a la estructuración misma del proceso y a la fuerza con que la fase inquisitiva condiciona a la segunda, se puede decir que el plenario es determinado por el sumario. En conclusión, el llamado sistema mixto o ecléctico francés, no pudo abandonar la fuerte carga inquisitiva que posee la primera etapa sumarial.

Como queda claro, en el sistema inquisitivo mixto predomina lo que introduce en la investigación el órgano instructor que conduce a una investigación típicamente inquisitorial, de forma tal que, cuando se tenga noticias de un delito el órgano instructor (o inquisidor) debe abrir una averiguación de oficio y todas las partes que confluyen en él,

es decir, el Ministerio Público como parte de buena fe y la persona que está indiciada como presunta responsable de los hechos, irán donde el juez a colaborar con éste en la averiguación de la verdad. Este sistema, aparentemente objetivo, está signado por la presunción de culpabilidad²⁵ en la que la persona averiguada está sujeta a lo que pueda probar y demostrar en esa fase sumarial acerca de su inocencia. El sujeto inquerido se ve en una situación de minusvalía y desigualdad frente al Ministerio Público, que en la primera etapa del proceso sumarial es parte de buena fe, pero luego asume la responsabilidad de acusar penalmente, mediante la formulación de cargos, lo cual hace que durante esta primera etapa de investigación sumarial, el presunto indiciado permanezca prácticamente indefenso, por cuanto la Declaración Informativa, por ejemplo, se hace sin poder consultar a su abogado o consultar notas siquiera. De forma tal, que la persona cuando es interrogada no solamente desconoce los hechos por los cuales se le averigua y la calificación jurídica atribuible a tales hechos, sino que también está impedida de poder preparar su defensa, por lo que no podrá determinar la pertinencia o no de tal o cual pregunta que haga el juez o el Fiscal del Ministerio Público, cuya respuesta podría ser incriminativa o errónea.

Como quiera que un cambio paradigma involucra una transformación radical de las tradiciones, reglas, conductas y visión del mundo, es de hacer notar que han surgido múltiples focos de resistencia al cambio. Muchos de ellos se deben a la natural reacción de sectores e individualidades acostumbrados al *status quo* quienes han logrado usufructuar las situaciones irregulares provenientes de la inquisición penal. Otros, se encuentran conceptualmente atados a los viejos patrones y no se han decidido a incorporarse al dinamismo de las transformaciones. No obstante ello, el país se enrumba hacia reformas profundas en el Poder Judicial²⁶, las cuales se justifican por el nuevo paradigma procesal penal. Así las cosas, se avizoran cambios en las otras ramas del Poder Jurisdiccional, cambios en la estructura del Consejo de la Judicatura, lo mismo en la Corte Suprema de Justicia, lo propio en el Ministerio Público y el Ministerio de Justicia²⁷. Ni que hablar de los abogados, quienes serán lanzados en una ruta más efectiva para canalizar el ejercicio de la defensa²⁸.

Compromisos Internacionales:

Como quiera que se ha producido un cambio tan importante en una de las leyes fundamentales de la República, creemos necesario señalar que tal hecho ha estado en gran medida impulsado por la situación de globalización del derecho en el mundo²⁹ y, sobre todo, la protección internacional de los derechos humanos³⁰, en la que, como es sabido, la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han tenido un papel fundamental, al darle eficacia con sus decisiones a las garantías procesales contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, firmada en San José de Costa Rica y aprobada en Venezuela el 24 de junio de 1.969, por lo que es Ley de la República³¹. En tal sentido, nuestro país se pone al día en la obligación de haber desarrollado un sistema penal acorde con los compromisos contraídos en la Organización de Estados Americanos y la Organización de Naciones Unidas³².

Por otro lado, no menos importante, se encuentran las organizaciones no gubernamentales (ONGs), tanto locales como internacionales³³, quienes velan permanentemente por la observancia de las normas y principios del Estado de Derecho y el respeto de los Derechos Humanos. Tales ONGs no descansan en su empeño de cuestionar los abusos de poder en desmedro de los ciudadanos. El caso de Amnistía Internacional (Premio Nobel de la Paz y Observador en la Organización de las Naciones Unidas) es peculiar. Tiene más de un millón de miembros diseminados en los diferentes países. Todos los años se produce un informe donde se detallan las violaciones a los derechos humanos en cada país. Venezuela ha recibido observaciones y recomendaciones en relación a la situación resultante de la aplicación generalizada de la detención judicial que ocasiona el lamentable hacinamiento de las prisiones.

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL NUEVO PROCESO PENAL

El nuevo proceso penal se apoya en la moderna concepción del Estado que adoptó el constituyente de 1.961, cuando estructuró el Estado venezolano según el modelo de un Estado Social de Derecho,³⁴ esto es, la forma política y jurídica de conformación del Estado moderno, según la cual se logra un equilibrio entre los derechos fundamentales de la persona humana concebida según el modelo de Estado liberal y los principios sociales y democráticos de pluralidad e igualdad social y económica.

Tal forma de Estado se ha desarrollado en diversos países de Europa continental, como son los casos de Suecia, Alemania y España. También en América Latina, luego de Venezuela, Colombia, Brasil y Costa Rica, han

sido herederos de ésta importante tradición, que le da al Estado modernidad y capacidad para atender los asuntos de orden penal, según la base de un sistema de principios que se apoyan en la llamada Procura Existencial³⁵, que es un concepto que permite la realización de las necesidades humanas a partir de un Estado que permite tal satisfacción, sin suplantar al ser humano y sin imponerle obligaciones totalitarias. En ello va involucrada la noción de seguridad jurídica de todos los ciudadanos.

Por otro lado, este nuevo proceso penal se crea en Venezuela luego de una profunda crisis de jurisdicción³⁶ y de punición³⁷. Esto es, que el Estado venezolano ha perdido prestigio, sobre todo en lo que tiene que ver con la función jurisdiccional, por la dificultad de aplicar de manera efectiva, eficaz y eficiente el debido proceso para el enjuiciamiento de los delitos. Tal dificultad se ve expresada en el sistema penitenciario que es el ámbito donde se aplican los castigos, en los cuales tan solo un pequeño porcentaje de los reclusos es condenado y, por otro lado, la gran mayoría de los detenidos están en proceso penal, en espera de su sentencia³⁸ en relación a los hechos que se averiguan. Ello caracteriza la crisis de jurisdicción y de punición. Es una crisis, entonces, del derecho procesal penal, de la justicia criminal. Es una crisis de los castigos que amenaza la legitimidad del Estado³⁹.

Por otro lado, este proceso se da en momentos en que se abandona el concepto del llamado Estado Legal y se introduce al país en el ámbito penal al llamado Estado Constitucional. Esto es, que se armonizan las normas Constitucionales y los principios del Estado de Derecho Constitucional⁴⁰ contra la concepción de percibir al derecho penal como si fuera algo distinto, separado del Derecho Público. En tal sentido el Estado Constitucional suplanta a la visión primitiva del Estado legal. Se establece una mejor garantía de los derechos fundamentales de las personas bajo proceso penal, el Estado gana en eficacia legal y funcional y se logra defender la Constitución⁴¹ de una manera más efectiva, en la medida en que se concentra la acción pública exclusivamente en manos del Fiscal General de la República, quien se constituye en el mejor reflejo de la defensa de la Constitución frente a cualquier violación de la ley penal, que no es sino la continuación y desarrollo de las normas, derechos y principios constitucionales, en la medida en que esta castiga la violación de cualquier derecho consagrado constitucionalmente. Todo delito, entonces, consiste en la comisión de una conducta que viola un bien jurídico tutelado constitucionalmente, además del clásico concepto de ser una conducta típica, antijurídica y culpable.

El derecho penal y el derecho procesal penal adquieren un sesgo mucho más nítido, lógico, unitario y sistémico, en relación a los derechos humanos y la Constitución, en la medida en que el derecho penal tutela los derechos esenciales de la víctima y, por otro lado, el derecho procesal penal tutela los derechos procesales del imputado dado que se debe evitar que este procesado sea culpable o inocente, sea víctima del Estado por retardo judicial o por causarle indefensión al mismo.

Por si fuera poco, esta ecuación se logra también, al insertar a Venezuela en el marco de la jurisdicción supranacional creada en los pactos y convenciones internacionales, tanto de aquellos que son leyes de la República, como también de aquellos que aún no siéndolos son una referencia moral y ética insoslayable. En este sentido, Venezuela rinde homenaje con la promulgación del COPP a los cuarenta (40) años de la celebración de la Declaración Universal de los Derechos Humanos promulgada por la ONU en 1.948, por cuanto se pone a tono con esa concepción civilizada del trato a las personas que está siendo perseguidas por la posible comisión de un delito.

Otro aspecto esencial que tiene importancia para y sobre rescatar la seguridad jurídica, como es volver a la sistematización de un instrumento legal de tanta importancia como es el referido al proceso penal, máxima expresión de la violencia legal permitida al Estado. Esta vuelta a los códigos que podríamos llamarla recodificación, es un enorme adelanto que ha dado el legislador venezolano en la medida en que significa volver al sendero natural y tradicional de nuestro sistema jurídico, basado en el derecho escrito que no en la costumbre. Por lo que los códigos⁴² entonces, deben ser sistemáticos, sencillos, bien escritos y lo suficientemente lacónicos como para evitar repeticiones y contradicciones. Pero no tan cortos que, por mezquindad de las palabras, no se puedan definir con claridad las conductas que van a estar permitidas para llevar a cabo el proceso penal.

Esta recodificación procesal penal, es el primer paso para luego ir a la correspondiente en materia penal sustantiva, que permita recoger en un solo texto esa enorme profusión de leyes y normas penales en leyes especiales que han causado enorme daño a la República, que se constituye en un factor de temor de los ciudadanos y aleja las inversiones. Todo ello, producto de la seguridad causada por la descodificación, al cual debe sumarse el proceso de deslegitimación o de pérdida de prestigio que ha sufrido la República por la desarmonía en que ha caído el sistema jurídico.

Otro aspecto que debe ser resaltado dentro de los fundamentos constitucionales del COPP, se refiere al derecho a ser juzgado por el juez natural⁴³. Esto es, el juez ordinario, legal, competente por la materia y por el territorio, el cual debe ser imparcial, objetivo y justo. Por oposición al juez extraordinario comisionado *ex post facto*, que es extraordinario, que no está previsto en ley previa al hecho y que suele ser parcial, subjetivo e injusto. Que se avoca por interés en una causa. Tal principio del juez natural es aplicable, a los jueces ciudadanos o legos, tanto en el sistema de jurados como en el escabinado, y a los jueces unipersonales letrados. Lo importante, en ambos casos, es su previo establecimiento en la Ley.

Además de lo anterior, la Constitución de la República establece que la Ley creará la carrera judicial⁴⁴, como vía de aseguramiento de la idoneidad, estabilidad e independencia de los jueces⁴⁵. Por ningún lado establece que tal carrera debe ser ejercida sólo por abogados u otro tipo de profesionales. Deja al legislador la reglamentación de ese mandato y de todo aquello que no esté expresamente contenido en la Constitución, con lo cual faculta al legislador, en este caso el que promulgó el COPP, amplias atribuciones para organizar los Tribunales. Por lo tanto, es de asumir que la Constitución no prohíbe de forma alguna la creación de tribunales con jueces ciudadanos. Tan sólo se limita a decir que debe crearse la carrera judicial, lo cual supone una profesionalización del oficio de juzgar.

En otro sentido, no menos importante, se inscribe la participación ciudadana como miembro de un jurado o un tribunal mixto o escabinado, la cual está incluida como un deber solidario de los venezolanos, en procura del bienestar del pueblo⁴⁶.

ACUSAR⁴⁷

Antecedentes y justificación:

El juicio penal, entonces, pasa de un sistema inquisitivo mixto⁴⁸, según lo cual, el juez abrirá el proceso, mediante auto de proceder, cuando tenga noticia de la comisión de un delito. Para ello, basta la realización de una denuncia, sin necesidad de pruebas, o de dar simplemente una información. Lo que ha sido llamado la *notitia criminis*, que no es sino una rémora de la institución inquisitorial llamada *diffamatio*, que consistía en denunciar libremente a alguien de ser sospechoso de herejía, ante el santo Oficio, a un sistema acusatorio puro, en el cual el punto primordial sobre el cual descansa el juicio, es la acusación. Este es el principio *nullum iudicium sine accusatione* que quiere decir que no se abre el juicio, si no lo precede y justifica una acusación.

Pero, además, la acción persecutoria del Estado se basa en la presunción de inocencia⁴⁹ y la libertad como regla, a diferencia de la presunción de culpabilidad y a la detención como regla, característico del sistema inquisitivo, escrito y público⁵⁰. Estos dos conceptos que se constituyen en principio o axiomas de los Estados modernos para ejercer la violencia legal según el cauce y los procesos legalmente permitidos, se basan en lo más caro de la naturaleza humana, como es el derecho a la libertad. El cual es fundamental por ser anterior y superior al Estado, por lo que éste para poder limitar ese derecho supremo debe interpretar que ese sujeto que está siendo señalado como posible responsable de un determinado hecho punible es, en primera instancia, inocente, por lo que la fuerza del Estado, representada en el poder de policía⁵¹ en la facultad de investigar los delitos y en la potestad o función de juzgar tales hechos, debe hacerse con la prudencia necesaria y con suma restricción a los fines de evitar el error judicial, el maltrato, la violación a los derechos humanos y fundamentalmente, cualquier signo de arbitrariedad o decisión errónea⁵². En tal sentido, el imputado es la persona a quien se le señala como posible autor o partícipe en un hecho delictivo. Su denominación será la de acusado, cuando se formalice la acusación y se abra el juicio, se le llamará imputado⁵³.

Acusar, entonces, es una actividad fundamental que corresponde o debe corresponder a una persona diferente a la que juzga y a la que defiende. Y esto es una tarea esencial del Estado. Por eso es que se justifica que la acusación sea ejercida de forma exclusiva por los Fiscales del Ministerio Público⁵⁴, salvo las excepciones establecidas en la Ley⁵⁵.

Por el contrario, si hay algo que ha caracterizado al sistema inquisitivo desde que se le creó como instrumento de poder y de aniquilación de personas y reputaciones, fue justamente la democracia de la denuncia, este sistema se le llamo en la Baja Edad Media la *diffamatio*, y consistía en que cualquier vecino podía informar al

Santo Oficio sobre la supuesta infracción delictiva o pecaminosa en que incurría el enemigo de la fe. Esta *difamatio* que era libre, como lo es ahora la mal llamada *notitia criminis*, es de una gran importancia al sistema inquisitivo.

Tal libertad de la denuncia ha permitido que se castigue injustamente con procesos innecesarios a inocentes y a personas que, aun siendo culpables, se les asigna un castigo adicional o una pena anticipada según sea la función que cumpla este proceso mal gestado, mal desarrollado y peor aplicado. En esos casos, estas acciones abusivas victimizan tanto a verdaderos culpables como a inocentes, lo cual le causa al Estado una situación crítica frente a las ONGs y otros mecanismos de control y defensa de los Derechos Humanos.

Es por eso que el COPP asigna en característica de exclusividad al Ministerio Público la facultad de poder perseguir el delito. Esta cuestión de la acusación es importante no solo para canalizar la acción del Estado, sino para hacer realidad un derecho fundamental, que es derecho a ser acusado, es decir, no se puede castigar a nadie sin un proceso y tal proceso no se puede abrir sin una acusación. La acusación presupone el establecimiento y determinación clara y precisa de los hechos y el señalamiento de la cualidad jurídica que tienen esos hechos, sea que se trate de un homicidio, hurto o tráfico de drogas. Lo importante en estos casos es que la persona acusada, justificable al fin, sepa el porqué se le abre un proceso y como se llama el hecho por el cual se le está procesando⁵⁶.

El Ministerio Público venezolano está concebido de una forma *suigeneris*⁵⁷ en nuestra Constitución se resume dentro de sí, la facultad de velar por los derechos constitucionales, la incolumidad de la constitucionalidad y totalidad de la legalidad estatal⁵⁸. Es, en definitiva un guardián o velador de la Constitución y las leyes. La Constitución, la Ley Orgánica del Ministerio Público y ahora el COPP, le asignan funciones esenciales en la custodia y salvaguarda de la Constitucionalidad y legalidad estatal. La salvaguarda de la Constitución, tal como está entendida en nuestra Constitución y sistema legal, está encargada al Ministerio Público quien es su guardián. La garantía de la incolumidad del Estado⁵⁹ y de la unidad de su doctrina y concepción legal, está en manos de la Corte Suprema de Justicia y los demás tribunales que conforman el poder jurisdiccional del Estado⁶⁰.

Prevé el COPP, entonces, que el ejercicio de la función de velar por la constitucionalidad, le tocará al Ministerio Público. Por ello podrá acusar en nombre del Estado, de las leyes y de la sociedad, fuente de la legitimidad en la que se apoya el Estado, para justificarse como persona jurídica de derecho público que es.

Toca al Fiscal General de la República y a los Fiscales que forman tan noble institución, llevar a cabo la tarea de recopilar toda la información relativa a los hechos, pruebas y elementos de tipo fáctico que darán base a la acusación que se va a realizar. Pero tal compilación, que se produce con una investigación policial dirigida por el Ministerio Público, no tendría sentido sino existe una calificación jurídica, que es la que va a darle el criterio al Fiscal al formular un determinado señalamiento en torno a la responsabilidad del sujeto que está siendo enjuiciado.

Es por eso que el COPP le asigna al Ministerio Público la autoridad funcional sobre los órganos de policía e investigación. Decimos la autoridad funcional y no autoridad administrativa, por cuanto esto quedó en manos del Poder Ejecutivo quien controlará a las Policías de Investigaciones, lógicamente, sobre este particular habrá mucho que reflexionar a los fines de poder dar a los distintos organismos que están diseminados en diferentes entes del Poder Ejecutivo, coherencia y unidad de acción que les permita responder con la debida eficacia frente a las exigencias del nuevo Ministerio Público dirigiendo el proceso de investigación.⁶¹

El desafío que tiene el Estado venezolano es poder probar un delito y soportar la actividad procesal de la defensa. Para eso, requiere una enorme inversión de recursos económicos y conceptuales que le permita elaborar en el más breve plazo posible la acción acusatoria en contra de quienes hayan transgredido la ley. Esto quiere decir, que el Ministerio Público Fiscal y los organismos de investigación policial, deben hacer uso de la más moderna tecnología y la ciencia, para tener en sus manos los elementos probatorios en la diversidad de delitos que están contemplados en la legislación penal tanto en la contenida en el COPP como la que está diseminada en las distintas leyes especiales.

Por tener la atribución de acusar, excepción hecha de los delitos de acción privada, en los cuales el Estado no tiene interés de perseguirlos, no quiere decir que por ésta razón el Fiscal General de la República se constituya en un poder que sea amenaza para otros sectores de la vida social. Ha dispuesto el legislador venezolano, una fórmula muy equilibrada, que contrarresta esta facultad, esto es, por medio del Juez de Control y del establecimiento de la igualdad procesal en torno a la defensa. Desaparece esa enorme y marcada desigualdad que existía en el juicio

inquisitivo mixto para ir a un sistema acusatorio pleno, en el que la defensa adquiere toda la fuerza en igualdad de condiciones a la acusación y el juzgador, a los fines de lograr un equilibrio procesal que traerá como consecuencia en una confrontación dialéctica, la salida de una síntesis o que será la declaratoria de culpabilidad o inculpabilidad.

DEFENDER⁶²

Antecedentes y justificación:

La defensa adquiere un rol protagónico en el nuevo proceso penal. Este derecho absoluto, reconocido por la Constitución⁶³, opera según el principio *nulla probatio sine defensione*⁶⁴. En efecto, al dejar de ser un convidado de piedra en la primera fase de la investigación penal, por cuanto hasta que no se produzca el auto de detención, de acuerdo con la interpretación que se le ha dado al artículo 60 Ord. 1°, segundo párrafo de la Constitución, el indiciado no puede tener acceso a las actas sumariales, sino que debe esperar el auto de detención para poder tener acceso a las mismas y, por tanto, poder elaborar una defensa. El imputado y su abogado adquieren en el COPP un papel de primer orden, en la medida en que desde el primer momento en que se dicta un acto de procesamiento respecto de algún imputado, la defensa empieza a actuar. Informándose, contestando, controlando la prueba y estableciendo un riguroso control sobre la legalidad y adecuado procesamiento de los hechos.

Lo más importante es que se abandona en el nuevo sistema la presunción de culpabilidad y se incorpora de nuevo la hasta ahora desaparecida presunción de inocencia, decimos desaparecida, por cuanto dicho principio existió en nuestro sistema constitucional de manera expresa en las Constituciones de 1810, la de 1821 y la de 1830. Fecha desde la cual no volvió a ser mencionada en nuestra legislación positiva y desapareció de las sucesivas constituciones que hemos tenido⁶⁵. Nuestra Constitución de 1961, no dice nada al respecto, lo cual debe interpretarse que no la niega y que puede entenderse que se incorporó por vía de los derechos innominados expresados en el artículo 50 del Constitución Nacional, lo cual hizo viva la letra de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos que la expresa de manera clara y nítida.

Por tanto, creemos que una gran conquista para el derecho a la defensa es que se presuma la inocencia, que no la culpabilidad, de quien esté siendo procesado por un delito. Lo importante de este asunto, es que tal principio se expresa en la forma en que el Estado aborda el problema de la libertad y la detención preventiva. Esto quiere decir, que con el nuevo proceso se abandona lo establecido en el viejo modelo, que consistía en detener para averiguar. Es decir, que la regla en toda averiguación de cualquier delito, era detener y ésta detención operaba como un elemento fundamental de retención de las pruebas para poder ejercer el Estado su facultad de investigación de los delitos. Como debe suponerse, y como se sabe, tal principio y tal funcionalidad generó una enorme cantidad de situaciones francamente dramáticas en el plano personal y altamente perniciosas en el plano social en la medida en que los procesos, han sido abiertos con detenciones, muchas veces injustas e innecesarias.

Entonces, hoy por hoy, la libertad personal, que es un derecho constitucional inviolable⁶⁶ pero que fue confiscado por el sistema inquisitivo mixto, pasa a ser la regla y la detención a ser la excepción⁶⁷. Los efectos del secreto sumarial sobre la defensa son más que claros⁶⁸, una persona es mantenida indefensa en la medida en que a sus espaldas varios funcionarios de distinto nivel, esto es jueces, policías y funcionarios del tribunal conocen lo que se averigua en su contra, pero a él le está vedado tener acceso a esa información, por lo tanto, ese sujeto de la relación jurídica, que todavía no es indiciado o procesado según nuestra jurisprudencia, hasta que se le dicte el auto de detención y tenga acceso al sumario, permanece indefenso hasta que sucede lo peor, esto es, se dicte el auto de detención. Ha sido nuestra opinión que, si es cierto que el proceso penal se inicia con el auto de proceder, según el CEC⁶⁹, se viola del derecho de defensa consagrado constitucionalmente al mantener al investigado ignorante de lo que existe en el expediente.

En el nuevo sistema la defensa es plena y se ejerce desde el principio. Según el nuevo paradigma, la defensa puede aportar criterios que contradigan y se opongan de manera radical a lo que intenta probar el Estado. La defensa puede presentar expertos de tanta o mayor cualificación que las que pueda presentar el Estado y discutir la metodología en que ha sido obtenida la prueba, discutir su legalidad y, muy especialmente, su legitimidad. Esto le confiere un elemento de mucha importancia a la defensa que se manifiesta como una actividad que contrarresta el poder del Estado⁷⁰.

La nueva categoría jurídica que va a tener el defendido es la de imputado, lo cual significa que es aquella persona a quien se le imputa ser el posible responsable de un delito y por ello el Ministerio Público tratará de encontrar su castigo. Pero, justamente, este imputado tiene la misma relación de igualdad⁷¹ tanto con el juez como con el acusador, por lo que la imputación debe hacerse con mucho cuidado. De no ser así el imputado podrá destruir las pruebas con su argumentación.

Por otro lado, la institución de la defensa cambiará totalmente, el perfil del abogado litigante pasará de ser un simple gestor de la libertad a convertirse en un verdadero abogado de causas⁷². Con esto queremos decir que, dada la indefensión de un procesado en el sistema inquisitivo mixto, escrito y secreto, en el cual no se le permite al procesado estar asistido en la declaración informativa, al abogado no le queda más remedio que estar a la expectativa de ver que se produce en el expediente, mediante el limitado recurso de revisar el Libro de Diario, en el cual se reflejan, más tarde que temprano, las actuaciones que produce el tribunal. De esta manera indefenso, se produce una relación entre el investigado y el tribunal, con la mediación del abogado.

En el sistema acusatorio, oral y público, el protagonismo de la defensa es total y desde el principio, del mismo tenor e igualdad que la acusación en manos del Ministerio Público y el juzgamiento en manos del juez, jurado o escabino. Lo cual instituye el principio de igualdad procesal, perdido en el sistema inquisitivo mixto, escrito y secreto.

Adicionalmente, el derecho a la defensa se basa en el concepto de independencia del abogado. La misma se traduce en que no podrá ser subordinado a ninguna fuerza externa o superior para que el ejercicio de la defensa sea plena, es indispensable que el abogado no sea presionado por nadie.

JUZGAR⁷³

Antecedentes y justificación:

El juzgamiento, según el COPP, va a ser una actividad diferente a lo que hemos conocido hasta ahora. En el sistema inquisitivo mixto del CEC el juez es el todo poderoso de la relación procesal, es quien impulsa el proceso, lo dirige, acusa, persigue, defiende, castiga o absuelve. Se resumen en él una serie de tareas, funciones y fines que son contradictorios y que, en el fondo, involucran un conflicto de intereses. El Juez Instructor convertido en Juez de Primera Instancia que persigue y juzga, naturalmente, tratará de decidir conforme a lo que ha averiguado. La subjetividad puede contaminar sus actos. Máxime si, como el caso venezolano y concretamente en el área Metropolitana de Caracas, desaparecieron los llamados Jueces de Instrucción y con ello, la posibilidad del control posterior del juez de alzada.

Lo fundamental en este nuevo concepto del juzgamiento de los delitos, es que se rescata la noción de jurisdicción con toda su connotación legitimante. Los jueces pasan a ser los máximos garantes de la unidad del Estado y de la incolumidad de la Constitución. Los jueces tienen el poder, la facultad de juzgar y por ello se les atribuye una determinada tarea para ejercer dicha función. La jurisdicción es una función esencial del Estado, aparte de ser una potestad indiscutible de su conformación. Como tal es inviolable y corresponde a los distintos componentes de los nuevos tribunales ejercerlas.

Los tipos de jueces que se han creado en los nuevos códigos difieren enormemente de los existentes en CEC y leyes especiales, que eran fundamentalmente dos tipos: el tribunal unipersonal y el colegiado letrado. El tribunal unipersonal es el clásico tribunal cuyo titular es una persona, generalmente abogado, aunque hay una gran categoría de jueces incluso con funciones penales que pueden ser no abogados, tal como lo define la Ley de Carrera Judicial, entiéndase Jueces de Instrucción, de Parroquia, de Municipio, quienes tienen en sus manos el seguimiento de faltas y delitos de pequeña monta y algunos de acción privada⁷⁴.

También están en la LOPJ los Tribunales Colegiados, que está integradas por jueces asociados que deben ser abogados en materia penal, y los tribunales especiales como los de Salvaguarda del Patrimonio Público que está en manos de tres abogados. Hace unos años existían las Cortes de los Estados y los Tribunales Superiores eran colegiados, lo cual fue eliminado por que se consideró que eran altamente conflictivos e ineficientes.

El COPP permite y exige la participación ciudadana en la administración de justicia. Esto ha sido una aspiración desde el Siglo XIX, cuando Venezuela obtuvo su independencia de España y como parte del influjo de la Ilustración Francesa y la Revolución Norteamericana. Así las cosas, desde entonces, sectores conservadores impidieron la implantación del sistema de jurados, a pesar de la defensa realizada por gente de la mejor calificación moral e intelectual, como fue el caso de Tomás Lander⁷⁵. Por ello, los nuevos tribunales van a estar estructurados de la siguiente manera:

El jurado⁷⁶:

El sistema de jurados es muy conocido, gracias a los medios de comunicación y, muy concretamente, a la novelística norteamericana y a la industria de la cinematografía que ha divulgado cantidad de elementos de mucha importancia de este sistema de juzgamiento de los delitos. El jurado está compuesto en Venezuela por nueve (9) personas⁷⁷ quienes, al igual que los escabinos no deben ser expertas en derecho, ni ser policías o representantes políticos, tampoco tener algún cargo directivo en el Ejecutivo Nacional, entre muchas otras incompatibilidades⁷⁸. El jurado decidirá sobre los hechos, es decir, sobre la culpabilidad o no del imputado y no interactúa con el juez letrado. Por otro lado, tampoco decide el derecho, cosa que le corresponde de forma exclusiva al juez profesional. Al jurado le tocará decidir los casos más graves, de más de diez y seis (16) años a treinta (30) años de pena privativa de la libertad.

El escabinado⁷⁹:

Al sistema de escabinado le corresponde el juzgamiento de los casos de más de cuatro (4) años hasta diez y seis (16) años de prisión. El legislador venezolano eligió esta fórmula proveniente del derecho continental europeo, particularmente el modelo alemán, la cual ha demostrado ser la más eficiente, barata y democrática. Su composición consta de 3 miembros: uno letrado y dos legos en derecho. Sólo deciden los hechos, que no el derecho, con lo cual la variante venezolana contradice la forma pura del escabinado, según lo cual se deciden hechos y derecho por todos los integrantes.

El escabinado no es una estructura novedosa en nuestro sistema jurídico. De hecho ya existe en la Corte Marcial⁸⁰ y en los Tribunales Mercantiles⁸¹, en los cuales existe lo que podemos llamar escabinado calificado, es decir, en el primer caso deben ser militares no abogados que constituyen la Corte Marcial, y en el segundo caso pueden ser comerciantes no abogado, por lo que existe una variedad digamos bastante especial en el escabinado. Pero, en realidad, la figura pura del escabinado que existe en algunos países europeos, consiste en una variedad del jurado mucho más pequeña en cuanto a su número y en el cual el juez profesional que es abogado puede intercambiar opiniones e influir sobre los escabinos, quienes son personas no letradas, es decir, desconocedoras del derecho, aun cuando pueden tener algunas condiciones mas allá de simplemente saber leer y escribir. Lo importante del sistema de escabinado puro es que el juez puede conversar con las partes, que no así en el jurado puro, donde los jurados están impedidos de hablar con el juez. El escabinado puro elige los hechos y el derecho. El modelo que adoptó el legislador venezolano es de separar los hechos del derecho de forma tal que corresponda al escabinado y al juez letrado decidir los hechos y luego el juez individualmente decidirá el derecho, es decir, el tipo de pena que se va a aplicar al caso en concreto que ha sido juzgado.

El Juez Unipersonal:

Corresponde al Juez Unipersonal el juzgamiento de delito de hasta 4 años de prisión correspondiente a los delitos menores. Le tocará decidir el derecho y los hechos, según el procedimiento abreviado⁸².

El juez de control⁸³:

El juez de control va a tener una importancia muy grande en la audiencia preliminar y en la determinación de si procede o no el juicio en el que el Fiscal del Ministerio Público está acusando. Este juez de control va a ser uno de los elementos de equilibrio del poder acusatorio en manos del fiscal, a él corresponde determinar si la acusación está hecha con suficiente documentación y base aprobatoria; si está bien argumentada y cualificada la conceptualización jurídica del caso. Por otro lado, el juez de control podrá escuchar a las víctimas de un delito

cuando quiera que el Fiscal alegue no tener elementos para acusar en un caso en concreto y si procediere podrá ordenar al Fiscal que ejerza el poder acusatorio en determinados casos.

El Juez Ejecutor⁸⁴:

Esta es una nueva figura que existe en el COPP, cuya tarea fundamental es la de encargarse del como efectuar la ejecución de la pena ordenada por el juez de la causa, en otras palabras, corresponderá al juez ejecutor de las sentencias realizar lo que actualmente efectúa el Ejecutivo Nacional en la determinación de las formas en que se cumplen las penas, pudiendo otorgar, como figuras del cumplimiento de la pena, el destino a establecimiento libre, el trabajo fuera del establecimiento y la libertad condicional⁸⁵.

El Juez de Apelación⁸⁶:

Como toda instancia de apelación, existirá naturalmente un Juez de Apelación de las sentencias de los casos decididos por el Tribunal Unipersonal, el escabinado o el jurado y estará constituida por tres (3) jueces profesionales, En este caso, las apelaciones deberán ser hechas de forma motivada, es decir, con referencia al hecho concreto que amerita la apelación, por lo que habrá una mayor complejidad en la elaboración de la misma, así como un requerido estudio en la decisión de esta apelación.

La Casación⁸⁷:

Los jueces de Casación son los integrantes de la Sala de Casación Penal que pertenece a la Corte Suprema de Justicia, la cual decidirá los recursos que lleguen a esa máxima instancia, contra las decisiones de las Cortes de Apelaciones o en ciertos casos de las sentencias del Tribunal por Jurados.. La casación ha sido simplificada enormemente en el nuevo COPP, dando paso más a los asuntos de fondo que a la infructuosa formalidad que ha predominado en la ejecución del CEC hasta este momento. En tal sentido, el recurso de casación sólo podrá ser fundado en i) que la decisión se base en la errónea o inobservada aplicación de un precepto legal; ii) en la falta, contradicción o manifiesta ilogicidad de la motivación; iii) cuando se funde en hechos no constitutivos de prueba alguna; iv) o en pruebas obtenidas mediante infracción de preceptos constitucionales o por medios no autorizados por la Ley.

La Revisión⁸⁸:

La revisión consiste en la posibilidad de revisar la sentencia firme, solo cuando opere a favor del imputado.

Corresponde a la Sala de Casación Penal cuando estén sufriendo condena dos personas en un delito que sólo pudo ser cometido por una persona.

Por otro lado, corresponderá a la Corte de Apelaciones cuando i) la sentencia dio por probado el homicidio de una persona cuya existencia posterior a la época de su presunta muerte resulte demostrada plenamente; ii) cuando la prueba en que se basó la condena resulta falsa; y iii) cuando con posterioridad a la sentencia condenatoria ocurra un hecho o se descubra algún documento desaparecido de tal naturaleza que hagan evidente que el hecho no existió o que el imputado no lo cometió.

Finalmente, tocará al Juez del lugar donde se cometió el hecho i) cuando la sentencia condenatoria fue pronunciada a consecuencia de prevaricación o corrupción de uno o más jueces que la hayan dictado, cuya existencia sea declarada por sentencia firme; y ii) Cuando se promulgue una ley penal que quite al hecho el carácter de punible o disminuya la pena establecida.

CONCLUSIONES

Tal como dijimos desde el principio, estamos frente a un nuevo paradigma. No solamente desde el punto de vista procedimental, sino desde el punto de vista conceptual. Con el modelo configurado en el COPP se cuenta con principios expuestos que sirven de marco de referencias que ayudan a la conformación de la acción legítima con la

cual va a operar el Estado para perseguir los delitos. Dicho marco de referencias se constituye en el marco conceptual, el cual, además de su utilidad en el orden funcional, se hace vinculante.

Por vía de su aplicación y el recordatorio de los principios que subyacen al nuevo proceso, cada una de las partes que interactúa en él podrán exigir que se cumpla debidamente el proceso a los fines de adecuar la conducta de los otros participantes al nuevo sistema de valores de tipo jurídico que están presentes en el proceso penal. De esta manera, el Estado venezolano ha fortalecido su poder jurisdiccional. También se fortalece la forma en que va a funcionar.

Naturalmente, lo anterior requiere de nuevos factores: de un nuevo ciudadano, de un nuevo jurista, de un nuevo Fiscal y de un nuevo Juez. Ello, acompañado del sujeto principal de la relación procesal penal: la sociedad, el pueblo, quien va a participar de manera abierta, franca y transparente en este proceso penal. Esto quiere decir, que convergerán en el proceso penal distintos elementos, distintos actores que van a dar mayor riqueza al proceso y que va a permitir que drene la sed de justicia que sufre el pueblo venezolano.

De esta manera, el Estado venezolano da cumplimiento al mandato constitucional y, muy especialmente, a la serie de instrumentos internacionales que ha suscrito y aprobado Venezuela, por lo que está obligada a hacerlo. Pero no solo eso, sino que se brinda al Poder Judicial un rumbo del cual se había apartado por el mantenimiento de la paradigma inquisitivo mixto, escrito y secreto, ya superado en otras latitudes.

Hoy día podemos decir con toda franqueza que estamos cruzando el umbral del siglo XX para entrar en el nuevo milenio, sobre unas bases igualitarias, principistas, humanas y eficientes. Hay que afirmar de manera categórica que si este sistema ha funcionado en muchos otros países ¿porqué no habría de funcionar en el nuestro? Naturalmente que tenemos la mejor de las apreciaciones acerca de la capacidad de los venezolanos para poder asumir este enorme desafío, desafío que pondrá a prueba a las instituciones y a los distintos actores que conforman el nuevo proceso penal.

¹ Gaceta Oficial N°. 5.208 Extraordinario del 23 de enero de 1.998.

² Gaceta Oficial N° 5.028 Extraordinario del 22 de diciembre de 1995. Con la cual se modificó parcialmente la reforma introducida en la Gaceta Oficial N° 748 Extraordinario del 3 de febrero de 1962, que modificó la Gaceta Oficial promulgada en fecha 13 de julio de 1926. Como puede observarse, tales reformas no fueron sino pequeñas modificaciones dentro de un mismo sistema procesal penal, predominantemente inquisitivo.

³ Antes de la creación del sistema codificado napoleónico entre 1.804 y 1.810, el sistema procesal español era puramente inquisitivo. La gran innovación que introdujo Napoleón Bonaparte fue la de incluir, como segunda etapa del proceso, el llamado Plenario, en el cual el expediente se hacía público, por lo que podía ser leído por cualquier ciudadano.

⁴ Tal tradición procesal autoritaria, se ha basado en el más absoluto conservadurismo legal, el cual se opuso desde los inicios de nuestra vida republicana a los principios liberales del Estado de Derecho.

⁵ Como puede derivarse del nombre de la codificación procesal prevista en esa instrumento, refleja una percepción estigmatizante y poco científica del proceso penal, basada en una filosofía diferente, tal como ya lo criticaba en 1845 el sabio procesalista patrio Félix Saturnino Angulo Ariza.

⁶ Angulo Ariza, F.S. :Cátedra de Enjuiciamiento Criminal. 1945. Tesis N° 3 Edit. S/D. P. 21-35.

⁷ La perspectiva garantista del Derecho Penal, nos advierte de lo peligroso y arbitrario que resulta ser el poder subjetivo y potestativo del Juez inquisidor, el cual se opone a cualquier forma de garantía procesal Ver. FERRAJOLI, Luigi: "Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal." Edit, Trotta, Madrid, 1995. Título original: Diritto e Ragioni. Teoría del Garantismo Penale. 1989.

⁸ En tal sentido, se viola el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, referida a las Garantías Judiciales.

⁹ El auto de detención es la institución en que se plasma tal arbitrariedad. Según éste, luego de encontrados fundados indicios de culpabilidad, respecto de un hecho punible, debe dictarse tal orden a quien luzca responsable del delito. A partir de entonces, es cuando se inicia el proceso, según la interpretación reiterada y sostenida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de la cual no puede apartarse Tribunal alguno so pena de ser anulada su decisión.

¹⁰ La presunción de culpabilidad no está escrita en parte alguna, pero, es el principio fundamental que opera eficazmente en la actuación procesal del CEC, que prevé la regla de la detención judicial para todos los delitos, por lo que se detiene para averiguar. Los llamados beneficios procesales, como el sometimiento a juicio y la libertad bajo fianza son excepciones a la regla. La misma denominación de beneficio procesal denota su carácter excepcional, casi de privilegio.

¹¹ El indiciado es aquella persona respecto de quien se consiguen indicios que denotan su responsabilidad en el delito que se investiga. Según el COPP, tal término desaparece totalmente. En su lugar, se usa el término imputado, de connotaciones semánticas diferentes.

¹² Para Angulo Ariza, tal libertad, característica del sistema acusatorio, luce preferible, frente a su total ausencia en el sistema inquisitivo puro y en el nuestro, que él llama mixto o ecléctico francés.

¹³ El órgano de instrucción puede ser un Juez de Primera Instancia o un organismo policial auxiliar del Juez. En este caso, opera el principio de la delegación, opuesto radicalmente al de intermediación, según el cual, corresponde al Juez constatar todos los elementos probatorios, sean absolutorios o culpabilizantes.

¹⁴ FERRAJOLI dice: "...A la atenuación de o disolución de la estricta legalidad se unen así las de la estricta jurisdiccionalidad: es decir, una acentuación, hasta los límites de la arbitrariedad, del poder de etiquetamiento y de inquisición del juez, que viene a configurarse según la ocasión como confesor, psicoanalista o terapeuta social ...Y el juicio penal, al igual que el ético o el estético, degenera en juicio "sin verdad": no motivado por juicios de hecho, esto es, por aseveraciones verificables ni refutables porque por su naturaleza no son verdaderos ni falsos..." . FERRAJOLI, Luigi: *op. Cit. Pág. 43.*

¹⁵ Tales acontecimientos son condicionados y casi inevitables en el sistema inquisitivo, escrito y secreto. Por lo que las exigencias morales acerca de la personalidad del funcionario inquisidor son enormes, por cuanto su poder es extremo, sin que medien controles efectivos sobre su conducta, durante la fase secreta del juicio.

¹⁶ Dice Ferrajoli: "...Aunque se remonta al derecho romano, el principio de presunción inocencia, hasta prueba en contrario fue oscurecido, cuando no simplemente invertido por las prácticas inquisitivas desarrolladas en la Baja Edad Media...Pero el golpe decisivo le fue dado al principio por la autoridad de Vincenzo Manzini, que estigmatizó la fórmula como "un extraño absurdo extraído del empirismo francés" y la juzgó "burdamente paradójica e irracional" a partir de una cadena de peticiones de principio: la apriorística valorización de los institutos positivos de privación preventiva de libertad y del secreto sumarial, contradichos por la presunción de inocencia y el establecimiento de una insensata equiparación entre los indicios que justifican la imputación y la prueba de la culpabilidad, por considerar que la experiencia habría demostrado que la mayor parte de los imputados resulta ser culpable." . *op. Cit. Págs. 550 y 551.*

¹⁷ Tal ha sido la denominación dada por Kuhn para identificar los procesos de cambio del modelo, conceptos, visión del mundo, percepciones, reglas y tradiciones científicas que resultan inadecuados para resolver los problemas, hacia un modelo diferente, considerado más eficiente. Ver: Kuhn, Thomas S. La Estructura de las Revoluciones Científicas. Fondo de Cultura Económica, México, 1.980. Traducción del original The Structure of Scientific Revolutions, University of Chicago Press, 1.962. El cambio de paradigma comienza por el cambio del nombre estigmatizante "enjuiciamiento criminal" por el de "procesal penal", mucho más científico, como lo diría el sabio F. S. Angulo Arija.

¹⁸ Angulo Ariza, F.S. :*Op. Cit.*

¹⁹ Otro aspecto importante de nuestra tradición jurídica, que nos distingue del *common law* basado en el caso precedente, típico del derecho anglosajón, es la codificación, que consiste en la colección de normas jurídicas de una materia en un texto que las compendia de forma organizada sistemática. En el caso que nos ocupa, el COPP elimina la des-codificación procesal que había sufrido el CEC, debido a múltiples normas procesales penales dispersas en leyes especiales.

²⁰ El derecho codificado es una característica del llamado Sistema de Derecho Civil o Romano, desarrollado por los países europeos continentales y todos aquellos que han sido o son sus colonias. El derecho codificado es totalmente compatible con el proceso acusatorio, oral y público. Se diferencia del sistema anglosajón o del *common law*, basado en la costumbre y el precedente, el cual fue desarrollado por Inglaterra e implantado en sus vastos dominios, que hoy se ve representado en la Common wealth.

²¹ La Inquisición fue el sistema de juzgamiento utilizado por la Santa Iglesia Católica, Apostólica y Romana desde 1.233, creada por el Papa Gregorio IX hasta 1.908 cuando fue eliminada por Pío X, fecha en que fue abolida. En 1.998, el Papa Juan Pablo II abrió al público sus archivos.

²² Los Reyes Católicos Isabel de Castilla y Fernando de Aragón, fueron autorizados por el Papa a ejercer la defensa de la fe, por lo cual se les otorgó en 1.478, según Bula del Papa Sixto IV, la administración del Santo Oficio, lo cual fue ejercido con vigor, en defensa de la Iglesia y unión del reino español hasta 1.813, cuando fue abolida por las Cortes de Cádiz. La Inquisición Española fue independiente del poder papal, causando estragos entre sus perseguidos. Tan solo Tomás de Torquemada (1.420-1.498) fue responsable de unas 2.000 a 3.000 ejecuciones en la hoguera. Es de hacer notar, que dicha institución llegó a las colonias americanas. Venezuela estuvo regida por el Tribunal de la Inquisición de Cartagena de Indias desde 1.610 hasta que el Primer Congreso de Venezuela la abolió en 1.812

²³ Preferimos el término inquisitivo mixto al de simplemente mixto o ecléctico francés que utilizó el profesor F. S. Angulo Arija, por cuanto, en realidad, tal mixtura es artificial e incompleta. Es reconocido que lo ocurrido en la fase inquisitiva es aplastante de lo que puede ocurrir en el plenario, por lo que queremos recalcar la fuerza de lo predominancia de lo inquisitorio. En conclusión, decir que el CEC prevé un sistema mixto es un eufemismo que ha sido divulgado por la doctrina, pero que, en realidad oculta la verdadera naturaleza inquisitiva del sistema. Por eso prefiero llamarlo inquisitivo mixto, para diferenciarlo del inquisitivo puro.

²⁴ Tan determinante es la fuerza del sumario en la fase plenaria, que los jueces se pueden convertir en homologadores de todo aquello que han realizado los investigadores de la policía judicial.

²⁵ MANZINI y MANZANEDA MEJIAS...

²⁶ COPRE: Fortalecimiento del Estado de Derecho, Caracas, 1990.

²⁷ Tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de la Judicatura han suscrito sendos préstamos para sus respectivas reformas con el Banco Mundial. El Ministerio Público y el Ministerio de Justicia están tramitando lo propio con el Banco Interamericano de Desarrollo.

²⁸ En tal sentido, se debería acometer, de inmediato, la elaboración de una Ley de Ejercicio de la Abogacía y un nuevo Código de Ética del Abogado, que supere los atavismos de la vigente Ley de Abogados y que permita una adecuación a las reformas que vienen dándose en las otras instituciones.

²⁹ Una expresión de ello ha sido la Corte Internacional de Justicia y, próximamente, la creación de la Corte Penal Internacional, que dará respuesta a los crímenes contra la humanidad, los cuales permanecen, en gran medida, impunes por las limitaciones que exhiben las legislaciones nacionales y la incapacidad de las instituciones de dar respuesta efectiva a delitos como el terrorismo internacional y el genocidio, entre otros.

³⁰ En efecto, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su Resolución N° 217 A(III) del 10 de diciembre de 1948, se ha dado en el mundo entero un inusitado crecimiento de normas que tienen que ver con las garantías judiciales en los procesos penales. En sentido estricto, el CEC viola tal declaración, por cuanto no se basa en el principio de la presunción de inocencia, entre otros derechos fundamentales.

³¹ De conformidad con su texto, Venezuela es justiciable ante esas instancias, en caso que el Estado viole los derechos de algún ciudadano venezolano.

³² Además de la Convención de San José, existen otros instrumentos claves en este proceso de avance que a significado el COPP, por ellos la Declaración Universal de los Derechos Humanos (ONU), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU) y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (OEA).

³³ Son tantas y tan variadas las organizaciones que han surgido que podríamos cometer una injusticia si pretendemos hacer un listado. PROVEA Y LA RED DE APOYO, se han destacado gracias a sus informes y estudios especiales.

³⁴ Ver: Comisión Presidencial para la Reforma del Estado, COPRE: Fortalecimiento del Estado de Derecho. Caracas, 1990.

³⁵ Ver: García Pelayo, Manuel: Las Transformaciones del Estado Contemporáneo. En: Obras Completas. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1991. Segundo Tomo, págs. 1586 y ss.

³⁶ Tal crisis de jurisdicción se expresa no sólo en el ámbito penal, abarca todas las demás materias. En general, el Poder Judicial venezolano atraviesa una grave situación de descrédito y desconfianza generalizada, por parte de la población. Lo cual ha sido asumido por diversas instituciones, como el Congreso de la República, desde su Comisión Legislativa, como un decisivo desafío, una de cuyas fórmulas de solución ha sido el COPP.

³⁷ La crisis de punición se puede definir como aquella que nace de la dificultad de aplicar los castigos penales (*Ius Puniendi*) de forma apropiada, oportuna y justa. Esto quiere decir, que los castigos penales o son desmesurados, tal como lo evidencia la crítica situación de las cárceles; es importante por no poder sentenciar al tiempo, debido al grave problema de la detención procesal, y, por último suele ser injusta, esto es, a unos se les castiga en demasía y con otros se es benevolente. En conclusión, la crisis de punición se ve expresada en el desistimiento de las denuncias de los delitos y en la autojusticia.

³⁸ Cerca del 75% de los reclusos son procesados, quienes esperan su sentencia bajo la figura del auto de detención. Tal situación se ha convertido en una especie de pena anticipada. Lo grave de tal situación es que puede durar varios años. Tal es el número de presos sin condena que se ha producido un grave hacinamiento carcelario.

³⁹ La legitimidad del Estado requiere de una administración de justicia penal que sea efectiva, eficaz y eficiente, que genera prestigio, y aumente la confianza y seguridad de los ciudadanos.

⁴⁰ Ver: García Pelayo, Manuel: Estado Legal y Estado Constitucional de Derecho. En: *Op. Cit.*. Págs. 3025 y ss.

⁴¹ La Defensa de la Constitución, según nuestra Ley Fundamental, está asignada a todo ciudadano. No obstante, el Ministerio Público es su velador o guardián. No nos es ajena la discusión conceptual entre Karl Schmitt y Hans Kelsen, según la cual se atribuyó el concepto de defensa de la Constitución en manos del Reich (Schmitt) o del Tribunal Constitucional (Kelsen). Lo importante, en nuestro caso, es que la Constitución de 1.961 y la Ley Orgánica del Ministerio Público dan a éste, el carácter de velador o defensor de la Constitución y la legalidad.

⁴² Art. 162 de la C.N. de 1961: "...Las leyes que reúnan sistemáticamente las normas relativas a determinada materia, podrán denominarse Códigos". La Exposición de Motivos dice: "En el capítulo de la formación de las leyes se permite denominar códigos a algunas de ellas. Esta previsión tiene por finalidad evitar cualquier duda que pueda presentarse al intérprete en relación a la denominación de código que se le da a determinados textos legales de carácter sistemático.

⁴³ La *Magna Charta* (1215 d.c.) establecía "el juicio legal de sus iguales" es decir, de los pares, calificados para decidir los hechos. Por su lado, Hobbes (Ver: HOBBS, Thomas: Leviatan. Editora Nacional Madrid, 1980. Del original de 1... dijo: ...De modo semejante, en los juicios ordinarios de derecho son jueces doce hombres del pueblo llano, y dictan sentencia referente tanto al hecho como al derecho; y se pronuncian simplemente a favor del demandante o del defendido, con lo cual no son sólo jueces de los hechos sino del derecho. Y en una cuestión de crimen no sólo determinan si ha sido cometido o no, sino también si constituye asesinato, homicidio, felonía, asalto y cosas semejantes que son determinaciones de la ley." Posteriormente, la *Encyclopédie* estableció que el juez natural es el juez ordinario, por oposición al extraordinario o por comisión. Lo importante es que, por ello, no ha sido desmentida la idea de que un jurado o escabinado también pueden ser considerados como jueces naturales.

⁴⁴ Gaceta Oficial N° 2.711 del 30 de enero de 1.980. Según la Ley de Carrera Judicial y la Ley Orgánica del Poder Judicial, sólo los jueces letrados pueden aspirar a la carrera judicial. Los legos, no podrán aspirar lo mismo. Esto podría ser considerado como una discriminación.

⁴⁵ Constitución de 1961: Artículo 207: "La ley proveerá lo conducente para el establecimiento de la carrera judicial y para asegurar la idoneidad, estabilidad e independencia de los jueces, y establecerá las normas relativas a la competencia, organización y funcionamiento de los tribunales en cuanto no esté previsto en esta Constitución"

⁴⁶ Constitución de 1961, Artículo 57: "Las obligaciones que corresponden al Estado en cuanto a la asistencia, educación y bienestar del pueblo no excluyen las que, en virtud de la solidaridad social, incumben a los particulares según su capacidad. La ley podrá imponer el cumplimiento de estas obligaciones en los casos en que fuere necesario. También podrá imponer, a quienes aspiren a ejercer determinadas profesiones, el deber de prestar servicio durante cierto tiempo en los lugares y condiciones que se señalen".

⁴⁷ Acusar: Imputar algún delito o cosa vituperable. En: Lexipedia. Diccionario Enciclopédico. Enciclopedia Britannica Publishers, Inc. Kentucky 1995.

⁴⁸ Tal como hemos visto anteriormente, el juez instructor o quien hace sus veces como órgano de Policía Judicial, se convierte simultáneamente en acusador, defensor y juzgador con lo cual se produce una unidad de papeles o roles cuyos intereses y fines son contrarios y opuestos. Ello explica por qué no se justifica que un abogado asista al indiciado en la declaración informativa: se supone que quien realiza la instrucción debe ser su defensor y juzgador al mismo tiempo. En este esquema es que se ha desarrollado la institución de parte de buena fé efectuada por el Ministerio Público. En otras palabras, el fiscal asume un papel de supervisor del proceso penal en su fase inquisitiva. Ello explica el porque se le ha considerado un contralor de la legalidad del proceso penal.

⁴⁹ Tal como hemos visto anteriormente, la presunción de inocencia es la piedra angular del sistema acusatorio, oral y público, consagrado en los instrumentos sobre derechos humanos provenientes de la ONU y la OEA. En nuestro Sistema Constitucional fue mencionado tal principio en las Constituciones de 1810, 1819 y 1821. Desapareció de las restantes 23 Constituciones que ha tenido Venezuela como país independiente y reaparece ahora en el COPP. Según Carrara, "...El postulado del cual parte la ciencia en esta segunda serie de estudios es la presunción de inocencia, que es como quien dice la negación de la culpa. Ella, no le permite a la autoridad que esté ante un culpable; ya no dice; "protejo a este culpable para que no lo castigúis más allá de la justa medida..." Aquí la ciencia dice lo contrario, y con frente levantada dice. "protejo a este hombre porque es inocente, y como tal lo proclamo mientras no hayáis probado su culpabilidad..."F. Carrara: Derecho Penal y Procedimiento Penal. Tomado de Ferrajoli, L. Op. Cit. Pág 626

⁵⁰ La presunción de culpabilidad es un principio básico del sistema inquisitivo, de ahí su letal eficacia. En la inquisición española existía el delito de sospechoso de herejía . Eso supone en el hecho de su detención por averiguaciones en todos los delitos, excepto en aquellos que la ley excluye en leyes "benefactoras". Un importante autor de nuestro medio Jesús María Manzaneda Mejía, en un desgarrado análisis opina que " la presunción de inocencia es un mito" con lo cual queda confirmada la clara correspondencia del sistema inquisitivo, escrito y secreto con la presunción de culpabilidad.

⁵¹ Sobre este particular, las autoridades de policía pueden tomar como referencia el Código de Conducta para los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, Las Directrices para la Aplicación efectiva del Código de Conducta Para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley y Los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de hacer Cumplir la Ley, emanadas del Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Milán del 26 de Agosto al 6 de Septiembre de 1985.

⁵² La presunción de inocencia protege al culpable de los excesos de la autoridad pública y tutela a los inocentes de los mismos abusos y, esencialmente del error de la autoridad, sea policial o judicial.

⁵³ Artículo 121 del COPP: "Imputado: se denomina imputado a toda persona a quien se señale como autor o partícipe de un hecho punible, por un acto de procedimiento de las autoridades encargadas de la persecución penal conforme lo establece este Código. Con el auto de apertura juicio, el imputado adquiere la calidad de acusado.

⁵⁴ Lo cual supone el seguimiento de las Directrices sobre la Función de los Fiscales. Véase: Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del delincuente, Milán 26 de Agosto al 6 de Septiembre de 1985.

⁵⁵ Artículo 11 del COPP: "La acción penal corresponde al Estado a través del Ministerio Público, quien está obligado a ejercerla, salvo las excepciones legales".

⁵⁶ El sistema acusatorio requiere de una acusación penal o una imputación que justifique la apertura de una causa.

⁵⁷ Su fuente de inspiración ha sido la tradición continental europea y la figura escandinava del Ombudsman, que adquiere una versión *sui generis* en nuestro sistema legal. Por lo que no puede considerarse al Fiscal General sino como una versión vernácula y algo distinta del modelo original, el cual no puede accionar judicialmente y no posee la acción penal pública. Nuestro constituyente le dio al Ministerio Público una pluralidad funcional que le es característica.

⁵⁸ Constitución de 1961: Artículo 218: "El Ministerio Público velará por la exacta observancia de la Constitución y de las leyes...". Artículo 220: "Son atribuciones del Ministerio público: 1° Velar por el respeto de los derechos y garantías constitucionales; 2° Velar por la celeridad y buena marcha de la administración de justicia...;3° Ejercer la acción penal en los casos en que para intentarla o perseguirla no fuera necesario instancia de parte...4° Velar por el correcto cumplimiento de las leyes y la garantía de los derechos humanos en las cárceles y demás establecimientos de reclusión...5° Intentar las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad civil, penal, administrativa o disciplinaria en que hubiere incurrido los funcionarios públicos con motivo del ejercicio de sus funciones...6°Las demás que le atribuyan las leyes...Las atribuciones del Ministerio Público no menoscaban el ejercicio de los derechos y acciones que correspondan a los particulares o a otros funcionarios de acuerdo con esta Constitución y las leyes".

⁵⁹ Las funciones del Ministerio Público han sido desarrolladas en la Ley Orgánica del Ministerio Público. Este último instrumento deberá ser reformado para poder adaptarlo al nuevo régimen acusatorio, oral y público, por cuanto su papel en materia penal ha estado concebido para ser inspector o parte de buena fe en el juicio penal de tipo inquisitivo, escrito y secreto.

⁶⁰ El Poder Judicial venezolano está en manos de la Corte Suprema de Justicia y demás Tribunales que cree la Ley Orgánica del Poder Judicial. Este instrumento también deberá ser reformado para dar cumplimiento a los nuevos tipo de tribunales que requiera el COPP, en los cuales se incorpora el juez de control y el de ejecución de sentencias. Asimismo, deberá contemplarse al escabinado y el jurado.

⁶¹ Sobre esta materia es necesario recalcar que, si la acción acusatoria la debe ejercer el Ministerio Público, él es quien debe dirigir la investigación policial, a los fines de procurar exactamente las pruebas que se requieren para tal propósito. Así lo dispone el COPP en los artículos 105 al 114, 292 al 294.

⁶² Amparar, librar proteger.

⁶³ Constitución de 1961, Artículo 68 “Todos pueden utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses, en los términos y condiciones establecidos por la ley, la cual fijará normas que aseguren el ejercicio de este derecho a quienes no dispongan de medios suficientes. La defensa es derecho inviolable en todo estado y grado del proceso”.

⁶⁴ El sistema garantista penal exige que para que se pueda probar una acusación, debe haber defensa. Si ésta no es posible, no puede considerarse probado el delito.

⁶⁵ No hemos conseguido información documentada que explique las razones de esta desaparición. Creemos, sin embargo, que ha sido parte del proceso de predominancia del sistema procesal inquisitivo mixto, que parte de la hipótesis de presunción de culpabilidad.

⁶⁶ Constitución de 1961: Artículo 60: “La libertad y seguridad personales son inviolables,…”

⁶⁷ Artículo 9° del COPP: “Afirmación de la libertad: las disposiciones de este Código que autorizan preventivamente la privación o la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado, o su ejercicio, tienen carácter excepcional, sólo podrán ser interpretadas restrictivamente, y su aplicación debe ser proporcional a la pena o medida de seguridad que pueda ser impuesta. Las únicas medidas preventivas en contra del imputado son las que este Código autoriza”.

⁶⁸ Dice FERRAJOLI: “..En la fase de instrucción el defensor fue consecuentemente excluido, en continuidad con la tradición inquisitiva, hasta de la asistencia al interrogatorio del imputado. Y sus poderes se redujeron, en esta fase, a la facultad de entrevistarse con su defendido después del interrogatorio, de asistir a los experimentos judiciales, a las pericias, a los reconocimientos, y a los registros domiciliarios, así como de tener vista del sumario una vez concluida la instrucción”. En: FERRAJOLI, Luigi, op. Cit. Pág 615.

⁶⁹ Artículo 90 del CEC:”

⁷⁰ Artículo 214 del COPP: “licitud de la prueba: Los elementos de convicción sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al proceso conforme a las disposiciones de este Código.”

⁷¹ Artículo 123 del COPP: “Defensa e igualdad entre las partes: La defensa es un derecho inviolable en todo estado y grado del proceso. Corresponde a los jueces garantizarlo sin preferencias ni desigualdades. Los jueces profesionales, escabinos, jurados y demás funcionarios judiciales no podrán mantener, directa o indirectamente, ninguna clase de comunicación con alguna de las partes o sus abogados, sobre los asuntos sometidos a su conocimiento, salvo con la presencia de todas ellas”.

⁷² En este sentido, deberá dar cumplimiento a los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados. Véase: Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y Tratamiento del Delincuente, Milán 26 de Agosto a 6 de septiembre de 1985.

⁷³ Juzgar: “Deliberar, quien tiene autoridad para ello, sobre la culpabilidad de alguno o sobre la razón que le asiste en algún asunto, y sentenciar lo correspondiente” LEXIPEDI, op. Cit. Tommo II. Pág.438.

⁷⁴ Ley de Carrera Judicial, artículo 16 y Ley Orgánica del Poder Judicial, artículos 33, parágrafo único, y 87, ord. 2.

⁷⁵ Quien dijo lo siguiente: “El establecimiento de jurados es una consecuencia del sistema representativo. Don Pedro los estableció en Portugal y los portugueses tienen ya su jurado criminal y su jurado civil. ¿Seremos los venezolanos más ignorantes, más fanáticos, más imbéciles que los portugueses? Yo no lo creo aunque me lo jure todo el Congreso...” LANDER, Tomás: JURADOS. En: La Doctrina Liberal. Pensamiento Político venezolano del Siglo XIX. Congreso de la República. Caracas, 1983. Tomo 4. Pág. 309.

⁷⁶ COPP, artículos 164 al 183.

⁷⁷ No existe una regla universal de la composición del jurado. En los Estados Unidos son 12 integrantes. En Escocia tiene 15 miembros y en España son 9.

⁷⁸ COPP artículos 146 al 157.

⁷⁹ COPP artículos 158 al 163.

⁸⁰ Código de Justicia Militar, artículo 32, que dice: “ Para ser miembro de la Corte Marcial es imprescindible ser venezolano y por lo menos oficial superior de las Fuerzas Armadas. También podrán serlo abogados que hayan cumplido tres años de ejercicio profesional”.

⁸¹ Código de Comercio, artículo 1.086 que dice: “ Cualquiera de las partes en un juicio mercantil tiene derecho, lo mismo que en los juicios civiles, a pedir que el Tribunal de la causa se constituya con asociados, en los casos previstos por el artículo 393 del Código de Procedimiento Civil. La solicitud se hará en la oportunidad allí indicada y se seguirán para el nombramiento de los asociados las reglas que en dicho artículo se contienen; pero los asociados pueden ser comerciantes que reúnan las condiciones de los artículos 1.083 y 1.084”.

⁸² COPP, artículos 373 al 375.

⁸³ COPP, artículo 103.

⁸⁴ COPP, artículos 471 al 500.

⁸⁵ Ley de Régimen Penitenciario artículo 71. “ Son fórmulas de cumplimiento de las penas: a) el destino a establecimientos abiertos; b) el trabajo fuera del establecimiento; c) La libertad condicional”.

⁸⁶ COPP, artículos 439 al 450

⁸⁷ COPP artículos 451 al 462

⁸⁸ COPP Artículos 463 al 479

LA REFORMA AL SISTEMA DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL EN CHILE

*Loreto Ruz Donoso **

INTRODUCCIÓN

Parece ser un común denominador en varios países de Latinoamérica el que, de los diversos poderes y sectores del Estado, aquel que no ha experimentado procesos significativos de modernización resulta ser el Poder Judicial.

Ello ha sido una constante, por lo que el actual proceso de reformas al sistema de administración de justicia que se lleva adelante con distintos matices, inflexiones y temáticas en los diversos países, permite abrigar la esperanza cierta que la deuda histórica de los poderes colegisladores comience a ser saldada y consecuentemente fortalecido el sistema democrático.

Parece relativamente claro que el Estado Constitucional de Derecho no puede arraigarse en la ciudadanía, en tanto no ostentemos en nuestros países, poderes judiciales auténticamente autónomos del Poder Político, precedidos de normas, instituciones y prácticas que garanticen la debida imparcialidad, independencia y transparencia en las actuaciones judiciales.

A lo anterior se debe sumar la necesidad de fortalecer y consolidar una jurisprudencia que de vida y cautela las garantías y derechos de las personas, maximizándolos y desarrollándolos, sin lo cual las normas carece de vida real.

Este conjunto de reflexiones han sido el norte inspirador del proceso de reformas que desde hace algunos años llevan adelante en Chile los gobiernos de la Concertación.

CONSIDERACIONES TÉCNICAS PRELIMINARES

Sin embargo, a tales consideraciones debe agregarse todavía otras variables que han tenido particular importancia en el proceso de reformas en Chile.

En efecto, las consideraciones puramente jurídicas, exentas de testeo económico o de indicadores de gestión adecuados, modelos organizacionales, sistemas de evaluación y control de los cambios propuestos, mediciones de rentabilidad y beneficios medibles y cuantificables, conllevan el riesgo cierto de desarrollar procesos incompletos, parciales, funcionalmente inmanejables y a la larga imposibles de financiar.

Parece necesario abrir el análisis de los sistemas de administración de justicia a las ciencias de la estadística, la econometría, la administración, pues no es posible estructurar un sistema eficiente sin tomar en consideración las variables que permiten maximizar el uso de los recursos que cada país destina a su sistema judicial.

Así por ejemplo, el desarrollo de una política criminal explícita, debe tomar en consideración las instituciones que permiten el mejor uso del recurso juez, policía, fiscal, pues independiente del modelo de

* El presente documento ha sido elaborado para la Conferencia sobre “La Reforma de la Justicia Penal organizada por la “Due Process of Law Foundation” / 17 al 20 de Noviembre de 1998, Washington D.C. por: Rafael Blanco Suárez, Coordinador General de la Unidad Coordinadora de la Reforma Procesal Penal, y Loreto Ruz Donoso, Sub-Coordinadora General de la misma Unidad.

enjuiciamiento criminal adoptado, no resulta técnica ni económicamente posible investigar el 100% de los delitos que se cometen.

La diferencia entre los diversos sistemas radicará entonces en los mayores o menores grados de transparencia y control social o institucional a los que se sujetan las decisiones de los órganos de investigación o jurisdiccionales al momento de desechar la investigación de un delito.

Por otra parte el despacho judicial tenderá a ser inoportuno, lento y como consecuencia, carente de garantías, si no se revisan adecuadamente los modelos de organización y gestión que regulan el trabajo de nuestros jueces.

Los procesos de desjudicialización, la erradicación de las funciones de administración de los operadores que deben realizar funciones jurisdiccionales, el desarrollo de indicadores de gestión, y la construcción de modelos de simulación y de control y evaluación de los recursos invertidos en el sistema, constituirán sin lugar a dudas el complemento necesario e indispensable a partir del cual podremos maximizar los recursos que se destinan a la modernización de nuestro sistema de justicia, y permitir fruto de ello elevar el estándar de satisfacción de los derechos de todos los intervinientes en el sistema de justicia.

LA REFORMA AL SISTEMA DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

En Chile al igual que en gran parte de los países de América Latina la reforma al sistema de justicia penal representa un espacio común de reflexión y esfuerzos que se llevan adelante. La preocupación por mejorar la estructura de los procesos penales, el rol y funciones del ministerio público como órgano de persecución criminal, la reforma al sistema de defensa penal, los cambios a las funciones y procedimientos policiales, la revisión de los problemas que derivan del sistema carcelario y las modificaciones a la legislación penal sustantiva representan un desafío que es urgente abordar puesto que tales iniciativas encuentran su fundamento en la necesidad de profundizar el estado de derecho y con ello acrecentar la confianza de la gente en el sistema democrático.

Diversos estudios demuestran que el espacio institucional al interior de las democracias latinoamericanas, en donde más sistemáticamente se violentan los derechos de las personas, ocurre precisamente en los sistemas de enjuiciamiento criminal poniéndose de manifiesto la urgencia y decisión de arremeter con prontitud cambios normativos e institucionales.

Pensamos que debe estructurarse un sistema que respete las garantías y los derechos de todos los que intervienen en el proceso, ya sea como víctima o como victimario. Se requiere establecer condiciones de procesamiento de las personas que aseguren estándares de imparcialidad y transparencia. Se necesita estructurar sistemas alternativos de resolución de conflictos a fin de otorgar un tratamiento político criminal diferenciado en atención a la naturaleza y gravedad del delito que se trate. Asimismo, es requisito necesario asegurar principios básicos a la hora de idear el nuevo proceso que asegure la efectiva vigencia de los principios de intermediación, concentración, en el marco de un proceso oral y desburocratizado, que permita realizar las investigaciones criminales de manera expedita y eficiente.

Los procesos de transformación de la justicia penal deben sostenerse en proyectos que inspirados en los principios señalados anteriormente, estructuren normas e instituciones que permitan dar vigencia a un sistema realmente acusatorio. Como señaláramos anteriormente, al conjunto de transformaciones normativas que deben estudiarse detenidamente debe sumarse una mirada integral e interdisciplinaria que haga factible y real el cambio.

El Proceso Chileno de Reforma al Procedimiento Penal

Es importante destacar en este proceso elementos estratégicos que han sido determinantes para abordar el cambio que no cabe duda es de enorme profundidad y complejidad por cuanto implica modificar un sistema de enjuiciamiento criminal que se mantiene invariable por más de cien años encontrándose fuertemente arraigado en la cultura judicial

- Voluntad política del Ejecutivo

Se manifiesta en la fuerza con que lo ha impulsado el Ministerio de Justicia y la disponibilidad presupuestaria que ha puesto el Ministerio de Hacienda.

- Creación de consensos

El proceso de reformas ha privilegiado la discusión y análisis técnico en la fase prelegislativa, de alta participación y convocatoria, lo que ha permitido ampliar la base de sustentación de los proyectos y el involucramiento de diversos sectores políticos y sociales.

- Participación de los involucrados

Con ocasión de la reforma procesal penal se creó un Foro de Discusión, coordinado desde el Ministerio de Justicia, que integraron representantes de diversas áreas del Poder Ejecutivo, miembros del propio parlamento, connotados juristas y profesores de diversas facultades de derecho, jueces, ministros de los tribunales superiores de justicia y representantes de las instituciones policiales.

Este foro se definió como una instancia prelegislativa de revisión y discusión de los trabajos y proyectos que se producían en los equipos de trabajo técnico y multidisciplinarios tanto del Ministerio de Justicia como de las instituciones privadas que participaron directamente en la elaboración de los textos de trabajo y los anteproyectos que se afinaron en el foro entre las que se destaca la Corporación de Promoción Universitaria, vinculada al desarrollo de proyectos en el área judicial, así como la Fundación Paz Ciudadana, ligada al estudio de la criminalidad y al desarrollo de estudios económicos en el área de justicia entregándole un respaldo sólido a los productos elaborados y generando adhesiones desde los más variados grupos y posiciones políticas.

- Multidisciplinario

Una de las claves del éxito de esta etapa fue la conformación de este equipo técnico, multidisciplinario, de diverso pensamiento y visión política, precedido de un currículum a toda prueba.

Terminado el trabajo del Foro, los proyectos fueron presentados a tramitación legislativa, que es acompañada y respaldada permanentemente por un equipo del ejecutivo, que preparó documentación de respaldo e información complementaria para cada uno de los parlamentarios.

- Apoyo parlamentario

A lo anterior se sumó un fuerte compromiso de las bancadas parlamentarias que duplicaron las horas de análisis y trabajo de estos proyectos que aceleró la discusión y votación de tales iniciativas.

Así se aprobó el primer proyecto de ley de la reforma que fue la Reforma Constitucional que creó el Ministerio Público como órgano constitucional autónomo encargado exclusivamente de la instrucción criminal y del ejercicio de la acción penal en su caso así como de sostener la pretensión en la fase del juicio oral.

La reforma procesal penal en trámite considera la aprobación de un conjunto armónico de cinco proyectos de ley:

1. Proyecto de nuevo Código Procesal Penal, que crea un sistema oral de base adversarial instaurando un juicio oral, público y contradictorio ante un tribunal colegiado compuesto por tres jueces de derecho
2. Proyecto de Ley Orgánica de Ministerio Público que establece las funciones, organización y estructura del Ministerio Público
3. Proyecto de Normas Adecuatorias que adecúa las distintas leyes que contiene disposiciones penales a las normas y principios de la reforma procesal penal
4. Proyecto de Ley que Modifica el Código Orgánico de Tribunales que establece la creación de los nuevos tribunales orales, la estructura orgánica que estos tendrán y el número de nuevos jueces que los integrarán
5. Anteproyecto que crea un nuevo Sistema de Defensa Penal Pública actualmente en preparación para entrar a tramitación en diciembre de este año.

Ideas Centrales de la Reforma Procesal Penal

El actual sistema de enjuiciamiento criminal es escrito, inquisitivo, secreto y adolece de visibles faltas al debido proceso.

Existe un juez encargado de la investigación, la acusación y el fallo. Es así como la investigación se realiza en la etapa llamada “sumario”, secreta para las partes, que finaliza con la declaración de cierre y la posterior acusación (o sobreseimiento). En la etapa siguiente llamada “plenario” se apreciarán las argumentaciones escritas y pruebas, la que concluye con la sentencia condenatoria o absolutoria, que es apelable ante la Corte de Apelaciones.

En una sola persona se concentran las funciones de investigar, acusar y fallar, situación que por su naturaleza no posibilita al juez para actuar en condiciones objetivas de imparcialidad en el proceso.

A lo anterior se agrega la falta de intermediación entre el juez y las partes por cuanto la relación se establece por intermedio de un funcionario no letrado que adquiere especial preponderancia en las actuaciones judiciales.

El nuevo sistema que se propone separa radicalmente las funciones de investigación y juzgamiento, entregando la función de investigar y acusar a un órgano técnico especializado de carácter autónomo constituido por el Ministerio Público. La función de juzgar se entrega a un tribunal colegiado compuesto por tres jueces de derecho.

La fase de instrucción estará a cargo de los fiscales del Ministerio Público, quienes deberán iniciar las investigaciones, dirigir a las policías, coordinar las actuaciones de los órganos auxiliares de la administración de justicia para los efectos de la investigación, ejercer la acción penal en su caso y sostener la pretensión punitiva en la fase del juicio oral.

La fase de instrucción será desformalizada y en ella intervendrán, el fiscal en representación de los intereses de la comunidad en la persecución criminal, para lo cual deberá velar por las pretensiones de las víctimas; el abogado defensor del imputado y el juez de control de instrucción. Este último tendrá como función principal la de controlar las actuaciones del fiscal que supongan la afectación de derechos o garantías constitucionales. Por otra parte debería prestar su conformidad en los casos de: suspensión condicional del proceso, acuerdos repertorios, renuncia a juicio, archivo provisional, ejercicio de la oportunidad, entre otros.

El nuevo sistema procesal penal posee como características centrales las siguientes:

1.- La instrucción como decíamos, de carácter desformalizada, en manos de un órgano administrativo especializado permitirá dotar al proceso de una investigación hecha por un ente cuya formación y destrezas se orientan de lleno a la persecución penal, dotado de los recursos necesarios y de estructuras de gestión adecuadas para la formación de sus integrantes en fiscalías especializadas según la diversa naturaleza y complejidad de los delitos.

A su vez la existencia de una fase de instrucción informal permite dar origen a un sistema contradictorio, de partes, en el cual se enfrentaran los fiscales y el defensor para llevar adelante sus respectivas posiciones bajo el control de un juez que velará por las garantías y derechos de los intervinientes.

Por otra parte las exigencias que derivan de la garantía del debido proceso, exigen que el órgano jurisdiccional encargado de decidir el derecho en un litigio de partes, no realice funciones de investigación, a objeto de asegurar la igualdad de armas de las partes en conflicto, reservándose en cambio condiciones objetivas y subjetivas de imparcialidad e independencia. Lo anterior solo resulta posible a nuestro juicio en un sistema de instrucción informal.

2.- Se estructura un sistema de carácter oral, lo cual permite dar celeridad a los procesos de investigación y judiciales. A ello se agrega que la oralidad permite dar efectivo cumplimiento al principio de intermediación entre el juez y las partes y dota de mayor transparencia a todo el sistema.

3.- Se estructura un sistema que contempla la diversificación del catálogo de soluciones alternativas para poner término al proceso, entre las que destacan la suspensión condicional del proceso, conocido también como la suspensión del proceso a prueba, la existencia de acuerdos repertorios de naturaleza económica entre las partes, conocida también como la mediación en el proceso penal.

- La suspensión condicional que se estructura establece que las personas imputadas por un delito cuya pena eventual no supera los tres años y en la medida que la persona investigada no registra antecedentes penales anteriores, puede optar a la suspensión del proceso bajo la condición de someterse al cumplimiento de determinadas condiciones impuestas por el fiscal con aprobación del juez de control de instrucción o garantías, en lo que podría denominarse un sistema de control a prueba en libertad durante un período de tiempo, al cabo del cual la persona egresa del sistema.

- Por otra parte existe el acuerdo reparatorio que se produce al establecerse entre la víctima y el imputado un acuerdo de naturaleza económica en el cual las partes acuerdan poner fin al proceso.

Este acuerdo tiene lugar en todos aquellos casos en los que se está en presencia de un delito que afecta un bien jurídico susceptible de apreciación pecuniaria o dicho de otra forma se está en presencia de un bien jurídico disponible, entre los que se cuentan los delitos de naturaleza económica y los delitos contra la propiedad

4.- El proceso contempla asimismo instituciones como el archivo provisional de la causa, que opera en aquellas hipótesis en las que no resulta técnicamente posible iniciar una investigación por carecerse de los antecedentes mínimamente necesarios para iniciar el trabajo de persecución.

5.- Por otra parte, se establece la facultad de la fiscalía de no iniciar investigación cuando la responsabilidad penal se encuentra extinguida, o bien el hecho denunciado no reviste los caracteres de delito. Por último se contempla de manera incipiente el ejercicio de los que podríamos denominar un tímido ejercicio de la oportunidad estricta.

6.- Se establece un sistema de renuncia a juicio en las hipótesis en las que cumpliéndose determinados requisitos, existe la voluntad del imputado de reconocer los hechos en los cuales la fiscalía funda su investigación y la voluntad de la misma de acusar por una determinada pena cuyo límite se acuerda formalmente en el proceso. Estas circunstancias dan origen a un procedimiento abreviado que supone como hemos señalado una negociación fiscal-imputado, en la cual interviene un juez unipersonal que verifica las condiciones en las que se generó el consentimiento del imputado y el conocimiento que tiene de sus derechos, procediendo posteriormente a juzgar en torno a su culpabilidad. De esta resolución es posible apelar ante la Corte de Apelaciones.

7.- Se establece un plazo a la fiscalía para acusar ante el tribunal del juicio oral al eventual imputado, que se cuenta desde el momento de la formalización de la instrucción que el fiscal realiza frente a un imputado. Previa a esta formalización de la instrucción la fiscalía no posee facultades para afectar derecho o garantía alguna del imputado.

8.- Se estructura un proceso que contempla la existencia de una política criminal explícita que debe desarrollar la fiscalía, la cual orientará el trabajo de los diversos fiscales a lo largo del país y permitirá generar condiciones para hacer coherente, razonable y eficiente la labor de persecución, maximizando el uso de los recursos humanos y materiales disponibles, permitiendo por otra parte un control y evaluación más transparente de la labor de la fiscalía.

9.- Se estructura un juicio oral ante un tribunal colegiado compuesto por tres jueces de derecho que conocerán las presentaciones del defensor y del fiscal como del resto de los intervinientes en el juicio. Después de producirse la prueba, el tribunal se encuentra obligado a resolver en torno a la absolución o condena del imputado. Se elimina la existencia del recurso de apelación subsistiendo la posibilidad de recurrir de casación ante la Corte Suprema o de revisión ante el mismo tribunal en casos muy excepcionales.

La Reforma al Sistema de Asistencia Judicial en Materia Penal.

Esta reforma representa el complemento indispensable de la reforma al sistema de persecución criminal, pues a nuestro entender y aun cuando la fiscalía se encuentra sujeta al principio de objetividad, la tendencia en los sistemas acusatorios es a establecer informalmente un juicio entre partes una de las cuales es el fiscal.

De esta manera la existencia de un sistema que garantice el efectivo acceso al sistema de defensa penal resulta ser una exigencia elemental de la garantía de igualdad de oportunidades para los intervinientes.

No resulta tarea sencilla encontrar un sistema de defensa penal que cumpla con los requisitos de eficiencia, calidad técnica y dotación de recursos adecuada.

Estructuralmente los ejemplos de sistemas de defensoría penal pública a imitar resultan escasos por lo que el proyecto que se está preparando en Chile resulta una mezcla de diversos sistemas entre los que destacan como antecedentes aunque no directos, el sistema de defensa del Estado de Wisconsin en Estados Unidos, mezclado con un sistema de lista como el que existe en muchos países de Latinoamérica y Europa Continental.

La defensa prestará asistencia jurídica y judicial directamente y por otra parte se consulta la participación en el sistema de entidades privadas que lo harán mediante licitación de fondos. Se establece asimismo un mecanismo supletorio que consiste en listas de abogados que asumirían las causas que no sean asignadas al subsistema público o al privado, tales como las derivadas de hipótesis en las que un concurso se declara desierto por falta de oferentes privados o porque las instituciones que se presentaron no cumplían con los requisitos para ser asignatarias de causas.

La Defensa Penal Pública, a través de una unidad especializada será la responsable de controlar y supervisar las causas asignadas a las instituciones privadas y deberán evaluar el funcionamiento de cada una de ellas a través de sistemas de control en línea, auditorías selectivas, inspecciones personales, entrevistas al usuario, entrevistas al juez de la causa entre otras.

Sin lugar a dudas el buen funcionamiento del sistema de defensa se encuentra indisolublemente ligado a la claridad con que la legislación procesal es capaz de regular las hipótesis de intervención necesaria del defensor como condición de validez de las actuaciones durante la investigación y en el juicio oral. Por otra parte el sistema requiere que la asignación de casos contemple no solo fondos para costear las remuneraciones de los defensores sino también fondos adicionales para realizar investigación, peritajes u otras acciones de la defensa.

ESTRUCTURA DE UN PLAN DE TRANSICIÓN

El conjunto de reformas al sistema de enjuiciamiento criminal que hoy se debaten en Chile consultan un modelo de trabajo que toma como variable fundamental el diseño de un plan de transición que prepare adecuadamente los cambios que es necesario realizar desde el punto de vista nominativo e institucional.

Estos elementos resultan imprescindibles a la hora de planificar un cambio tan sensible y profundo como lo constituye el sistema procesal penal. Los ejercicios de simulación de juicio oral seguido de evaluaciones grupales, y la observación de experiencias comparadas sobre el particular y deberán permanecer como una constante en el proceso de capacitación.

Una de las características principales del proceso de reforma en Chile es la gradualidad con se instalará el nuevo sistema. Consideraciones organizacionales, técnicas y económicas lo hacen aconsejable.

Para preparar su puesta en marcha se ha constituido por Decreto Presidencial una Unidad Coordinadora de la Reforma Procesal Penal, dependiente del Ministro de Justicia, responsable de coordinar a todas las instituciones involucradas en el proceso penal para los efectos de tomar en forma conjunta las medidas necesarias para poner en marcha el nuevo sistema en breve plazo. Se han constituido comisiones de trabajo permanente en materias legislativas, económicas, organizacionales, informáticas, de capacitación y de infraestructura con el poder judicial a través de la Corte Suprema, con todos los Ministerios que intervienen (Hacienda, Planificación, Obras Públicas, etc.) las policías, y los servicios auxiliares como Gendarmería de Chile, Instituto Médico Legal y otras instituciones que se ven afectadas por esta reforma.

En efecto, reiteramos que se requiere diseñar adecuadamente los proyectos no sólo desde su perspectiva normativo-jurídica, sino también revisar los modelos organizacionales y el costo.

Se revisaron los modelos de trabajo y de gestión actuales y los que se proponen, los procesos de trabajo de cada institución a objeto de determinar el personal y el número requerido para desarrollar las tareas necesarias para que el conjunto del nuevo sistema opere adecuadamente.

En cuanto a los actores del sistema, se están diseñando los modelos de selección, reclutamiento y capacitación de jueces. Próximamente será de fiscales y defensores.

Dado que se requiere modificar la infraestructura se han diseñado modelos arquitectónicos para que los juicios se desarrollen en las condiciones ideadas en los proyectos y está pronto a iniciarse la construcción de los nuevos tribunales.

El Plan de Transición contempla asimismo la formación de un equipo de trabajo, que sea capaz de monitorear y colaborar en el cambio de sistema de carácter formal, transitorio y multi-institucional con representantes del Poder Judicial, de la nueva Fiscalía, de la nueva Defensa Penal Pública y del Ministerio de Justicia, que evalúen y sugieran acciones concretas, para superar los problemas que emanen del proceso de transición.

Por último, los procesos de cambio requieren ser dados a conocer a las distintas comunidades jurídicas de un país, para lo cual existe una constante información de forma de generar un proceso de asimilación progresivo, que amplíe por otra parte la base de apoyo y sustentación del proceso de reforma.

CONSIDERACIONES FINALES

La constatación en las encuestas de opinión ciudadana en algunos países en tomo al nivel de credibilidad de los ciudadanos en sus instituciones públicas en general y en el sistema judicial, particularmente la justicia penal, demuestran que se encuentra fuertemente debilitada, lo que naturalmente arriesga conflictos de sociabilidad significativos y que impone esfuerzos de mejoramiento sustantivo de las deficiencias en cuanto a eficiencia, garantías, transparencia etc.

La inversión en la justicia es inversión en el Estado de Derecho, en el sistema democrático, en definitiva es inversión en la gente, y en la legitimidad de nuestras instituciones más nobles y necesarias.

EL JUEZ, EL FISCAL Y EL ABOGADO DEFENSOR: ¿FUNCIONES NUEVAS Y VIEJAS COSTUMBRES?

*Alvaro Ferrandino **

"Absurda idea ese soñado derecho a tener un defensor. O el acusado es inocente y no tiene necesidad de ser defendido; o es culpable, y no tiene razón para ser defendido" (Pouyet 1539)

INTRODUCCION

Cuando empecé a reflexionar sobre los temas que debía seleccionar para integrar esta corta exposición surgieron múltiples inquietudes. Lo primero que tengo claro es que difícilmente esta conferencia hemisférica hubiera sido posible hace treinta años, no porque el tema careciera de importancia sino porque poco o ningún interés despertaba en la comunidad jurídica, en los jerarcas de los órganos judiciales y en las autoridades de gobierno. Hoy venimos a discutir sobre el rol de las partes en el proceso penal, la necesidad de que ellas se involucren plenamente en el desarrollo y aplicación de la reforma penal y que interioricen su contenido, cambiando su visión de la dinámica del enjuiciamiento penal.

Reiteradamente se ha afirmado que la labor del defensor consiste en una razonada labor de convencimiento al Juez sobre las condiciones que más favorecen a su defendido. También se ha señalado que la intervención del defensor en el proceso obedece a la necesidad de asegurar de manera efectiva la tutela del interés del acusado, pero que a pesar de ese sentido particular de su intervención, ésta tiene un innegable sentido público, el de administrar justicia. No puede pensarse en un sistema de administración de justicia penal que se considere funcionando adecuadamente si no cuenta con la plena garantía de defensa.

La reforma penal, a la que haremos referencia más adelante, se debate entre la primacía del interés público por aumentar la eficiencia de la administración de justicia, reducir la impunidad y a la vez establecer mecanismos que aseguren el pleno respeto a las garantías individuales. Encontrar el equilibrio entre estos factores es un elemento fundamental para justificar ante la opinión pública, los políticos, los operadores de justicia, la prensa, etc, la necesidad de una reforma penal

NECESIDAD DE DEFENSA

En pos de alcanzar el ideal de justicia pronta y cumplida, el sistema penal tiende a adoptar mecanismos y formas que se orienten hacia una resolución más eficaz de los casos penales. Este proceso de transformación no deja de lado al defensor y en especial no ignora la necesidad de que existan defensores públicos, que intervengan en los procesos a fin de hacer efectivas las garantías procesales acordadas a favor del inculgado.

La presencia del defensor en el proceso se hace cada vez más justificada. Su intervención resulta imprescindible y con mayor frecuencia se le exige a éste que comparezca al proceso para ejecutar una verdadera asistencia técnica, que planifique su trabajo, que valore con su defendido las circunstancias del caso y que se fije una

* Director de la Oficina de Defensa Pública de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica. Consultor en reformas de sistemas de Administración de Justicia y Defensoría Pública para agencias de cooperación y las Naciones Unidas.

estrategia, que aleje la improvisación y disminuya o elimine el elemento sorpresa, que su asistencia al imputado esté marcada por un verdadero ejercicio de la defensa técnica.

Al hablar de defensa es inevitable hablar de defensa pública o de oficio. El sistema penal, por lo general logra atraer únicamente personas de escasos recursos y por ende, éstas se ven compelidas a buscar o aceptar los servicios del defensor del Estado. El drama en este punto surge del modelo mismo de proceso penal inquisitivo, tan generalizado en América Latina, que se valió de su propia dinámica para utilizar un sistema de defensa de oficio, por lo general ineficaz, de carácter formal y despersonalizado, el cual rindió sus frutos, al menos utilitariamente, a la luz de procesos de corte inquisitivo. Lo más grave de esta situación es que, si el sistema penal es en esencia selectivo, al no haber una asistencia técnica adecuada, los ciudadanos de escasos recursos son sometidos al enjuiciamiento penal sujetos a una defensa de segunda categoría, por el mero hecho de no poder contar con recursos económicos para pagar un patrocinio letrado verdaderamente efectivo y con ello también, sólo tendrán acceso a una justicia de segunda clase.

DEFENSA Y SISTEMAS PROCESALES

En un proceso escrito, secreto, y no contradictorio, la mera presencia formal de un defensor de oficio fue suficiente para que éste pudiera válidamente llegar hasta su etapa final. La adopción de sistemas más cercanos al principio acusatorio, especialmente caracterizados por la incorporación de la oralidad en las etapas decisivas del mismo, ha propiciado la creación y el desarrollo de sistemas de asistencia legal que permitan la concurrencia de un defensor público para que actúe con propiedad en el ejercicio de la defensa técnica.

Se reconoce que el mayor defecto del sistema penal es que no cumple su misión garantizadora y por el contrario, en muchas ocasiones se convierte en el medio idóneo para el abuso del poder. Circunstancias tales como la utilización arbitraria del encarcelamiento preventivo, la falta de control sobre los actos jurisdiccionales, la enorme delegación de funciones, la frecuente utilización de prueba ilegítima, la falta de fundamentación de las resoluciones judiciales y la retardación de justicia, son algunos ejemplos de sistemas procesales que no constituyen más que declaraciones legales bien intencionadas, pero que no llegan a causar un efecto positivo en la práctica, para asegurar el respeto a las mínimas garantías fundamentales.

En la práctica, hemos visto la existencia de la defensa de oficio a través de abogados que gratuitamente prestan sus servicios al encausado pero que no ejercen ninguna labor técnica en los procesos, los cuales válidamente se desarrollan merced a la mera designación formal del abogado defensor, cuyo nombre aparece en la carátula del expediente judicial pero que no establece ninguna relación ni con la causa penal ni con su defendido, a fin de fijarse una estrategia y ejercer la defensa técnica.

SISTEMAS PENALES: TEORIA Y PRACTICA

En nuestros sistemas la rutina ha reemplazado a la consideración del caso concreto y el formalismo a la verdad. Cada vez es más evidente el gran abismo que existe entre los principios consagrados en la Constitución, en el contenido de la ley y la práctica en la administración de justicia. Muchas reformas penales han fracasado o están a punto de sucumbir justamente porque la práctica cotidiana ha superado el texto de la ley y los principios que la inspiran.

La crisis en la que se encuentran algunos sistemas penales, recientemente sujetos a reformas legales y administrativas, estriba especialmente en que los operadores del sistema de justicia no han llegado todavía, ya sea por falta de capacitación o por ausencia de voluntad para ello, a internalizar el contenido de la reforma y consecuentemente a cambiar su cultura jurídica.

El reto de aquellos que se han involucrado en impulsar la adopción de nuevas formas de juzgamiento y en su debida implementación, está justamente en lograr que los funcionarios y abogados encargados de aplicar la ley, destierren de sus mentes las viejas y ancestrales prácticas aprendidas a la sombra del sistema inquisitivo. El cambio

no sólo está en la ley; esto es probablemente lo menos difícil en el proceso de reforma, el cambio debe arraigarse en la mente de los encargados de hacer cumplir la ley o de exigir su cumplimiento.

LA REFORMA PROCESAL PENAL EN AMERICA CENTRAL

Haré una breve referencia al proceso de cambio en el funcionamiento de la administración de justicia penal, que viene ocurriendo en nuestros países desde hace varios años.

Hoy que los presidentes del área se reúnen periódicamente tratando de encontrar puentes de unión y salidas conjuntas que la integren a la comunidad internacional, se produce justamente un proceso de reforma en la administración de justicia penal, que más tarde o temprano tiende a ser uniforme en los países centroamericanos.

La transformación del Estado, no sólo en la forma en que las autoridades de gobierno son elegidas sino también en cuanto a la eficacia de la acción estatal y los medios de control para fiscalizar su funcionamiento, se torna en un aspecto fundamental para asegurar la transición plena hacia un sistema democrático no sólo en lo civil y político sino también en lo social y económico. En este marco se inserta el cambio que se ha venido produciendo en la administración de justicia penal.

Particularmente en relación con el sistema de enjuiciamiento penal, con su reforma se persigue conseguir tres objetivos fundamentales: eficiencia, eficacia y garantismo. Se procuró de esta manera avanzar hacia un sistema penal que abandonara los principios básicos del proceso inquisitivo (escrito, lento, no contradictorio) hacia la vigencia de un sistema de enjuiciamiento penal más democrático, que se acercara más al proceso penal de corte acusatorio, con oralidad, rapidez, transparencia y mayor oportunidad de defensa.

Ha quedado demostrado que en los sistemas más inquisitivos el proceso es poco eficiente; las causas demoran un largo tiempo en ser tramitadas en los Despachos Judiciales, la contundencia de la prueba queda diluida por el paso del tiempo, los múltiples formalismos y las intervenciones innecesarias provocan serios e injustificados retrasos en la tramitación. Para tratar de superar los anterior se introducen modificaciones a la estructura del proceso, se le da más importancia a la actividad de investigación realizada por la Fiscalía en coordinación con la Policía y se reducen los formalismos y los plazos procesales.

La eficacia tiene que ver con el hecho de que el sistema se ha vuelto incapaz de resolver todos los asuntos que le son sometidos, dedica atención a causas que no lo justifican y con ello se agrava el problema de la impunidad y la saturación de los juzgados. La introducción de medidas desjudicializadoras, tales como el criterio de oportunidad, la conciliación, la mediación o la suspensión condicional de la persecución penal permiten una salida alternativa para la solución de los casos, que de otra manera deberían ser conocidos, mediante el procedimiento ordinario, en los tribunales de justicia. Además, al establecer formas de investigación más técnicas, se persigue asegurar más impacto en la calidad de la intervención de la policía y el fiscal en la persecución penal. También, para mejorar la eficacia del sistema, se incorpora a la víctima al proceso para que coadyuve, controle y participe activamente en él.

Finalmente, en lo relativo al garantismo, se entiende que es necesario devolverle al juzgador su rol fundamental de impartir justicia y por eso se le quitan, en la medida de lo posible, las facultades de investigación que son trasladadas a la Fiscalía; de tal manera que aquél no sólo se convierte en un árbitro entre las partes intervinientes sino que además es requerido para garantizar el respeto de las garantías fundamentales y asegurar el correcto desarrollo del proceso penal. En este sentido, adquieren plena vigencia los principios de oralidad, juez natural, inmediación, concentración, continuidad, verdad real, igualdad de armas, presunción de inocencia, libertad de prueba, sana crítica, in dubio pro reo y otros.

CONCLUSIONES

Como reiteradamente se ha dicho, la garantía de defensa en juicio actúa como motor de las otras garantías. La presencia del defensor en el proceso lo coloca en una posición de combate para asegurar el juzgamiento

adecuado de su defendido, pero además, por ese rol dinámico que le corresponde asumir, lo convierte en un agente de cambio en el sistema penal. Al superar la defensa meramente formal y lograr que la defensa sea efectivamente técnica, éste puede impactar con su actividad al sistema penal.

Uno de los aspectos positivos de la defensa pública es que al fijar sus políticas de acción puede definir áreas sensibles en el sistema penal sobre las que debe actuar con mayor esfuerzo, por ejemplo, en relación con la utilización generalizada de la prisión preventiva y las detenciones arbitrarias, la poca utilización de las salidas alternativas al proceso penal, los defectos en la estructura de la sentencia, en especial en cuanto a la fundamentación, la justificación de la pena de muerte o el aumento de las penas y otros.

Decíamos que el defensor debe ser agente de cambio, abogado con mentalidad progresista, con un perfil que conjugue tres aspectos fundamentales: conocimiento, experiencia y vocación.

La entrada en vigencia de una reforma penal se produce en virtud de una reforma legal y se aplica por medio de una estrategia de implementación, pero ello no significa automática y necesariamente que la cultura jurídica de los operadores de justicia va a asimilar dicha transformación legislativa. Uno de los grandes retos de los encargados de implementar la reforma penal es justamente procurar que se comprenda no sólo su contenido literal sino también la justificación y los principios que la informan.

Mi experiencia me dice que ese proceso de transformación jurídica tiende a cumplirse más rápidamente entre los defensores públicos. Si comparamos el nivel de entendimiento y la solidez de conocimiento sobre la reforma penal entre jueces, fiscales y defensores, especialmente los defensores públicos, resulta sencillo concluir que estos últimos la interiorizan con mayor facilidad. Esto he podido verlo en El Salvador, en Costa Rica y más recientemente en Guatemala. Esto es normal, el espacio para ejercer la defensa técnica está más asegurado en sistemas procesales que tiendan a acercarse al principio acusatorio.

LA FISCALIA, LA DEFENSORIA Y LA JUDICATURA DESDE LA OPTICA DEL DERECHO PENAL GARANTISTA

*Jaime Giraldo-Angel**

INTRODUCCION

Aunque el tema de mi ponencia es el papel del fiscal, el defensor y el juez en la reforma de la justicia penal en Colombia, creo necesario hacer una pequeña introducción sobre la naturaleza del Derecho, para poder entender el desarrollo que estas instituciones han tenido.

Sobre el Derecho hay dos concepciones antagónicas: la que lo concibe como un producto cultural de los pueblos, y la que lo considera como un producto de la razón.

En la primera concepción el Derecho está integrado por instituciones culturales que regulan la vida de los asociados, las cuales pueden modificar la normatividad para adecuarlas a los fines políticos que un Estado pretenda alcanzar en un momento histórico determinado, pero a partir de que se conozcan a profundidad sus características empíricas y las de las condiciones sociales que condicionaron su aparición, apuntando las normas que pretenden su modificación a remover los factores condicionantes, en un proceso de transformación sociocultural proyectado en el tiempo, como una política de largo plazo que orienta la acción del Estado. En esta concepción el Derecho y la realidad social caminan de la mano, a tal punto que lo ético y lo jurídico suelen tener raíces comunes. Es la concepción sociológica del Derecho, propia de los países que tienen un orden jurídico predominantemente consuetudinario.

La segunda se funda en una concepción liberearbitrista que permite al Estado, a partir de una formulación racional de lo que considera la esencia misma del objeto de la regulación normativa, establecer verdades absolutas y mandatos imperativos que se imponen coercitivamente a los asociados. A la manera kelseniana, el Derecho está constituido por un conjunto de normas fundamentales que se imponen a los asociados por quien detenta el poder, de las cuales se deduce todo el orden jurídico. Es la Dogmática Jurídica, concepción propia de los países que tienen un orden jurídico codificado.

Sin embargo, en los países europeos que tienen legislación codificada, el postulado abstracto de la institución jurídica contiene las características esenciales del fenómeno empírico de donde nació. La familia contrato, por ejemplo, corresponde muy posiblemente a una relación de pareja nacida del consentimiento mutuo de los contrayentes en una sociedad liberal, y la familia sacramento corresponde también posiblemente a una institución existente en la sociedad regulada por leyes divinas en el medioevo. En este sentido la realidad jurídica y la realidad empírica se hayan distantes, como lo están la idea y el fenómeno del cual nace, pero el vacío que queda entre ellas lo llena el juez en el momento de administrar justicia, porque ambas tienen el mismo origen.

Pero en los países de América Latina, que fuimos fruto de una conquista en donde a pesar de que no hubo un arrasamiento de las razas nativas, las instituciones autóctonas sí fueron borradas y sustituidas por las que trajo el conquistador, quien las impuso coercitivamente a través de un orden jurídico y un orden religioso. Se esté formando así un mestizaje que está generando una nueva raza, pero que perdió su identidad cultural, porque son las instituciones europeas las que se han impuesto como imperativos normativos, por lo que se ha producido una rotura muy grande entre Derecho y realidad social. Inclusive se considera como un signo de elevada cultura conocer muy bien la legislación y la doctrina extranjeras, y se busca en las reformas su adopción como normas nacionales. Nuestra legislación penal es ítalo-germana; la civil y la pública, francesas; la comercial anglosajona, y la de la organización política, española; pero de las instituciones jurídicas autóctonas, solo quedan reductos que son de un valor cultural inmenso, pero en vía de desaparición, tal como ocurre en otro país latinoamericano, el Perú, en donde

* Ex-Ministro de Justicia de Colombia, Ex-Director del Instituto SER de Investigación, Gerente de la firma Derecho y Sistemas Ltda., Colombia.

existe la bellísima institución de los jueces de paz, la que infortunadamente cada vez va perdiendo más terreno al ser desplazados por los llamados "jueces letrados", portadores de la "cultura superior" de los europeos. Cualquier intento de hacer una regulación ajustada a la problemática social de nuestro país, es desplazado rápidamente por los cultores de las ideologías foráneas.

Esto explica la inutilidad de las reformas jurídicas que se han introducido en nuestro país; un claro ejemplo de ello son las reformas penales. En Colombia, desde la expedición del Código Penal de 1936, de clara estirpe sociologista, a los Códigos de 1980 de Derecho Penal y de 1991 de Procedimiento Penal, ambos expresión de la Escuela de la Dogmática Jurídica, han habido más de cien reformas, y la crisis de la justicia penal es mucho más grave ahora, que lo que fue durante la mayor parte de este siglo.

UN INTENTO DE REFORMA SOCIOLOGICA DE LA JUSTICIA PENAL

A partir del año de 1960 comenzó a aparecer en Colombia, al lado de una delincuencia que tiene un claro origen en la penuria de las clases pobres, un nuevo fenómeno social, la delincuencia organizada, para el cual el orden jurídico no estaba preparado. En esa década se inició el narcotráfico, que trajo una aparente bonanza al sistema financiero y a la economía en general, por las inmensas sumas de dinero que traía del exterior. Los "Señores" del narcotráfico eran personas de muy alta estima social, muy del afecto de los grupos financieros en donde depositaban sus inmensas fortunas, de los políticos que encontraban en ellos financiación fácil a sus campañas, y de la gente pobre, a la que organizaban en grupos de sicarios, "mulas", productores y transportadores de drogas, muy bien remunerados para las condiciones de miseria en que viven las clases pobres de nuestro país.

Tras ellos se corrompió todo el sistema financiero, que se dedicó al lavado de las inmensas fortunas que traían los narcotraficantes, y que luego montaron su propia industria al apoderarse de los ahorros de los ciudadanos mediante maniobras fraudulentas a través del mercado de valores, los autopréstamos y operaciones bursátiles que produjeron en la década del ochenta la quiebra de miles de ahorradores. La mayoría de estas conductas quedaron impunes, porque ni siquiera estaban tipificadas como delitos.

Igual ocurrió con los políticos, que encontraron financiación fácil para sus campañas a cambio de leyes que garantizaran la impunidad de los mafiosos. Este grupo, además, hizo del presupuesto nacional un patrimonio para su uso personal y el de su familia y amigos, a través de los llamados auxilios parlamentarios y la adjudicación de contratos, y del manejo de la burocracia, que se convirtió en un medio de pagar favores políticos a los adictos a su causa.

Con el éxito de la revolución castrista en Cuba comenzaron a correr vientos revolucionarios en América Latina de gente idealista que pretendía cambiar la estructura feudal que aún prima en nuestra organización política, pero que pronto encontró en la alianza con el narcotráfico una fuente de financiación ilimitada, la que luego extendió a la extorsión y el secuestro como formas de financiación de sus grupos guerrilleros. Además, adoptaron como arma de guerra el terrorismo y las masacres indiscriminadas, regando de sangre los campos del país, y produciendo con ello una migración masiva de campesinos a la ciudad.

La facilidad del transporte internacional dio lugar a la creación a verdaderas empresas transnacionales del delito, que se dedican a la venta de armas, trata de blancas, robo, de automotores y el contrabando de toda clase de productos.

Pasamos así de una delincuencia parroquial, a una organización delictiva con una sólida estructura jerarquizada, en donde los grandes jefes del crimen aparecen en la sociedad como grandes capos, e inclusive muchos de ellos como ilustres empresarios y directivos del sector público y privado, o héroes de la emancipación política de la América Latina, con un poder económico inconmensurable, y con una capacidad de soborno o amedrantamiento inimaginables. Al lado de ellos trabaja un grupo de asesores muy calificados intelectualmente, quienes manejan sus asuntos económicos y jurídicos, y en la base una inmensa red de ejecutores de los delitos y de sicarios armados que imponen su régimen de terror por la fuerza de sus armas.

Frente a este nuevo monstruo, la organización judicial, representada básicamente por un juez y cinco o seis subalternos abandonados a su propia suerte, desapareció. Según un estudio hecho por la Comisión Andina de

Juristas, entre 1979 y 1991 las organizaciones delincuenciales habían cometido 515 atentados contra Abogados, Jueces y Magistrados que se negaron a colaborar con su empresa criminal. En ese mismo período habían asesinado 71 jueces y Magistrados, y es de suponer que fueron por centenares los funcionarios sobornados. Por esta razón, en la década del ochenta, a raíz del asesinato del Ministro de Justicia Rodrigo Lara Bonilla, que fue el primero que dio la voz de alerta contra este tipo de delincuencia, el Gobierno colombiano, con base en Decretos de estado de sitio, comenzó a elaborar una nueva legislación que respondiera a esta modalidad delictiva, sin desconocer la existencia de otro tipo de delincuencia de origen socioeconómico, ajustando el Derecho penal a esta nueva problemática social, la cual culminó en el año de 1990 con tres estatutos normativos: a) Una política de despenalización y solución alternativa de conflictos, plasmada en la ley 23 de 1991; b) El Estatuto para la Defensa de la Justicia, contenido en los decretos legislativos 2790 de 1990 y 99 de 1991; y c) La política de sometimiento a la justicia, consagrada en el decreto 2740 de 1990 y 3030 y 303 de 1991. El contenido de dichos estatutos es, en resumen, el siguiente:

- ◆ Se despenalizaron una serie de conductas que se consideraron como expresión de la problemática social del país, tales como los delitos contra la propiedad inferiores a diez salarios mínimos mensuales (unos mil quinientos dólares), siempre que no se tratara de hurto calificado o agravado; el fraude mediante cheque inferior a esa suma; las lesiones personales con incapacidad inferior a treinta días y sin secuelas, y las violaciones al domicilio. Dichas conductas, según un estudio hecho por el Instituto SER de Investigación¹, representaban el 41% de los procesos que se adelantaban en los distintos despachos judiciales del país.
- ◆ Se dió competencia a las autoridades administrativas para conocer de éstas conductas previa querrela de la parte agraviada, y se dispuso que como primera medida se practicara una audiencia de conciliación para buscar la forma como el agresor podía resarcir de todos los perjuicios a la víctima, y se previó que en caso de imponerse sanción, esta fuera conmutada por trabajo social.
- ◆ Se estableció una política represiva para combatir la delincuencia organizada, fundada en las siguientes estrategias:
 - Se organizó la que se llamó Jurisdicción de Orden Público, y que hoy se conoce con el nombre de Justicia Regional, en la cual se concentraron los funcionarios de investigación y los jueces de conocimiento en cinco ciudades, alojándolos en edificaciones acondicionadas al efecto para garantizar su seguridad. Se protegió su identidad y la de los testigos que delataran a los jefes de las bandas delincuenciales.
 - Se privilegiaron las labores de inteligencia, dándole a la Policía Judicial la responsabilidad de las investigaciones preliminares, que corresponden a la etapa del proceso en que aún no hay sindicado conocido, pero con la intervención de las autoridades judiciales en todos los actos en que estuvieran de por medio la libertad y demás derechos de los posibles sindicados, siguiendo en términos generales las directrices de los países que tienen sistema acusatorio.
 - Se crearon estímulos para la delación de los jefes de la organización delincencial, que podrían llegar inclusive a la exención de la responsabilidad penal para los cómplices, o recompensas económicas significativas para quienes no fueran partícipes de los delitos.
 - Se orientó la lucha a tratar de quebrar el poder económico de las organizaciones delincuenciales, creando tres mecanismos para ello:

La pérdida a favor del Estado por vía administrativa de todos los bienes utilizados para la comisión de los delitos o provenientes de los mismos, que no estuvieran legalizados: Aeronaves, embarcaciones, vehículos automotores, divisas, precursores, etc.

La extinción del dominio a favor del Estado de todos los bienes muebles e inmuebles incautados que hubieran sido

utilizados para la comisión del delito o que provinieran del mismo, independientemente de los resultados de la investigación penal, si dentro del año siguiente a la incautación el dueño no se presentaba personalmente a reclamarlos, demostrando que dicha vinculación con el ilícito se había producido sin su conocimiento ni su consentimiento.

Pérdida a favor del Estado de todos los bienes ligados a la conducta delictiva como consecuencia de la sentencia condenatoria por el delito, previo el pago de todos los perjuicios pagados a las víctimas del mismo.

- Se desarrolló la política de sometimiento a la justicia, dirigida a los narcotraficantes y guerrilleros, según la cual el delincuente que estando libre se presentara voluntariamente ante un juez de la República, confesara sus delitos en confesión que pudiera servir de base para la sentencia condenatoria, y devolviera los bienes producto de la actividad delictiva si se trataba de personas sindicadas de narcotráfico, o sus armas si se trataba de guerrilleros, a los primeros no se les extraditaría y se les sometería a la justicia del país, y a los segundos se les aplicaría la sentencia de condena de ejecución condicional, la cual no se haría efectiva mientras no volvieran a delinquir.

Existen entonces en nuestros países dos formas de delincuencia: una, la tradicional, la que ha sido fruto de condiciones socioeconómicas difíciles, que explica fácilmente por qué el 57% de todos los delitos que se cometen son contra la propiedad, situación que se ha agravado cada vez más por el desplazamiento de grandes masas de personas que vienen del campo a la ciudad, huyendo de la violencia guerrillera y paramilitar, formando en las grandes ciudades inmensos cordones de miseria, y con tasas de desempleo que superan actualmente el 17%. Otra, la nueva delincuencia organizada, que maneja en gran parte la actividad económica y política del país, y que inclusive aprovecha la inmensa horda de desarraigados para enrolarlos en sus filas como ejecutores materiales de los delitos. Para estos dos tipos de delincuencia hay que crear dos sistemas penales esencialmente diferentes, pues el uno debe ser orientado por una política de prevención del delito, y el otro por una eminentemente represiva, encaminada a combatir todas las formas de delincuencia organizada.

LA CONTRAREFORMA: EL DERECHO PENAL GARANTISTA COMO EXPRESION DE LA DOGMATICA JURIDICA.

La política esbozada en los párrafos anteriores fue presentada en términos generales a la Asamblea Nacional Constituyente que se reunió en 1991, pero allí fue sustituida por la corriente del Derecho Penal que se denomina a sí misma Garantista, porque parte de la concepción neoliberal en donde priman los intereses del individuo sobre los de la sociedad.

Esta corriente filosófica considera como verdad apodíctica la condición del hombre como ser libre, y de ahí deduce como imperativos categóricos la consagración constitucional de todas las libertades: de pensamiento, de enseñanza, de investigación, de comercio, de industria, de locomoción, de cultos, de expresión, etc. Igualmente considera que el libre desarrollo de la personalidad es la barrera que ningún Estado puede franquear.

Dentro de esta nueva expresión de la Dogmática Jurídica, el Estado es un órgano represivo que constriñe la libertad de los ciudadanos, utilizando varios instrumentos, entre los cuales el más repudiable es la penalización de las conductas, por lo que el Derecho Procesal Penal debe ser un conjunto de normas que protejan a los ciudadanos del poder arbitrario del Estado. Como decía un Constituyente: "El Derecho Penal es la espada con que agrede el Estado al ciudadano inermes, por lo que el Derecho Procesal Penal debe ser el escudo que lo proteja de esa agresión a sus derechos." De ahí su nombre de Derecho Penal Garantista.

Paradójicamente en el campo penal ha sido calurosamente acogida esta corriente por los juristas de izquierda, quienes por concebir el Derecho Penal como la criminalización por la burguesía de la protesta social,

acaban coincidiendo con las corrientes neoliberales en la necesidad de limitar el poder punitivo del Estado, llegando inclusive a pregonar el abolicionismo del Derecho Penal.

Esta filosofía se impuso en la Asamblea Nacional Constituyente, y ha tenido su desarrollo en el Código de Procedimiento Penal de 1991, la ley 81 de 1993, la ley 415 de 1997, y algunas normas incorporadas hábilmente en otros estatutos normativos, como el Orgánico de la Rama Judicial y el Estatuto Anticorrupción. En el momento actual se discute en el Congreso un proyecto de ley que pondrá fin a la actualmente llamada Justicia Regional, con la cual culminará todo el proceso de desmonte de la política criminal desarrollada en los inicios de la década del noventa.

Como nuestro tema se circunscribe a hablar de la situación de tres instituciones, la Fiscalía, la Defensoría y la Judicatura, para ver su estado actual, limitaremos nuestro estudio al desarrollo de estas tres instituciones.

LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION.

En la propuesta presentada por el Gobierno Nacional a la Asamblea Nacional Constituyente que expidió la reforma constitucional de 1991, se proponía la creación de la Fiscalía General de la Nación como una entidad dependiente del Ejecutivo, dedicada exclusivamente a adelantar la investigación de los delitos cometidos por la delincuencia organizada, pues por razones que se expondrán cuando hablemos del Defensor, la idea era la de conservar el sistema inquisitivo para la delincuencia que corresponde a una problemática social.

La Fiscalía propuesta correspondía al típico esquema del sistema acusatorio de los países anglosajones, en donde eran los funcionarios de esta entidad los que adelantarían toda la investigación penal hasta la formulación de los cargos ante un juez de la República, participando los jueces sólo para la práctica de las pruebas en que estuvieran de por medio los derechos de los sindicados, como el allanamiento del domicilio, la interceptación de líneas telefónicas o correspondencia, y la privación de la libertad.

Sin embargo, la Asamblea Nacional Constituyente no quiso reconocer la existencia de estos dos tipos de delincuencia, e impuso la creación de la Fiscalía para la investigación de todos los delitos. Como el Gobierno consideró inapropiado este esquema de investigación penal tratándose de personas pobres sin capacidad para tener una defensa técnica adecuada, cambió la propuesta inicial y propuso que la Fiscalía pasara a formar parte de la Rama Judicial, y el Fiscal mantuviera su función inquisitiva en el recaudo de la prueba, decretando oficiosamente tanto la de cargo como la de descargo, lo que fue aprobado. Por eso en este campo se frustró la reforma penal, pues se mantuvo el sistema inquisitivo. Lo único que se ganó fue que la función de la investigación quedara a cargo de una institución, pues toda la autoridad investigadora la asignó la Constitución al Fiscal General de la Nación, quien la asigna a los fiscales del país mediante el sistema de la delegación, creando una infraestructura jerarquizada que permite que la Institución trabaje con políticas generales, y que los fiscales tengan que acatar órdenes para la ejecución de sus trabajos, debiendo desplazarse a donde se les ordene, inclusive en días feriados, lo que ha mejorado sensiblemente su eficiencia, y su capacidad para luchar contra la delincuencia organizada.

Para superar en parte esta situación, se propuso la constitucionalización de la Policía Judicial, asignándole por la Carta esta función a la Policía Nacional, a la Procuraduría Nacional y a la Contraloría, y defiriendo a la ley la asignación de esta función a otras entidades. Como de hecho en nuestro país son muchas las entidades que tienen funciones de policía judicial, además de las tres que obtuvieron esta facultad de la Constitución misma, como son el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, el Instituto de Medicina Legal, la Aduana, las Superintendencias, las Alcaldías e Inspecciones de Policía, se le dio al Fiscal General la dirección y coordinación de todas esas entidades, para evitar la dispersión de recursos y la posible interferencia mutua en su actuación.

En el Estatuto Orgánico de la Fiscalía se dividió el proceso penal en tres etapas claramente definidas: las diligencias preliminares, que son las que se adelantan cuando aún no hay sindicado conocido; el sumario, que se inicia cuando hay un sindicado, y que se orienta de establecer la prueba plena del delito y de su tipificación, y prueba de la posible responsabilidad del sindicado, y el juicio, que debe culminar con la sentencia condenatoria o absolutoria. Se le asignó la competencia de las primeras a la Policía Judicial, de las segundas a la Fiscalía, y de la tercera a los Jueces.

Sin embargo, desde los inicios de la Fiscalía se ha considerado que la Policía es un órgano represivo que atenta contra los derechos de los ciudadanos, por lo que se le quitó de facto la facultad de adelantar oficiosamente las diligencias preliminares, y se la redujo a una labor de meros auxiliares de los fiscales, debiendo actuar sólo por petición de éstos. Inclusive creó la Fiscalía su propio Cuerpo Técnico de Policía Judicial, para poder manejar de manera directa todas las investigaciones. Al mismo tiempo se adoptaron medidas de carácter legal encaminadas a darle un cúmulo de garantías procesales a los posibles imputados. Las consecuencias de estas medidas garantistas son en nuestro sentir desastrosas para la eficacia en la investigación de los delitos, por las siguientes razones:

- ◆ No se puede iniciar la investigación en el momento mismo de la comisión del ilícito, lo que posibilita la pérdida de la mayoría de las pruebas. En un estudio realizado por el Instituto SER de Investigación sobre las relaciones entre la Fiscalía y la Policía Judicial en el año de 1995², se encontraron los siguientes procedimientos:
 - En la ciudad de Santafé de Bogotá había seis Unidades de Policía Judicial encargadas de recibir las denuncias. Allí llegaba el ciudadano que había sido objeto de un atentado contra sus derechos, formulaba la denuncia, la cual le era recibida por un funcionario de la Policía Judicial. Esta le remitía a una Unidad Central de la Fiscalía General, quien la enviaba al Coordinador del grupo de Fiscales que correspondiera por competencia, quien a su vez la repartía a la Unidad que debería asumir la investigación, previa asignación a un determinado Fiscal. Este leía la denuncia, llamaba al denunciante a que la ratificara bajo la gravedad del juramento, y si por casualidad el quejoso era localizado y aparecía, dictaba un auto ordenando a la Unidad de Policía que practicara las pruebas que consideraba conducentes, regresándole para el efecto la denuncia ya ratificada.
 - En las ciudades pequeñas la situación es mucho más difícil. En el mencionado estudio se analizó el procedimiento que se sigue en la población de Villeta, en donde hay cuatro fiscales, dos que instruyen los sumarios de competencia de los jueces municipales, y dos que instruyen los de los jueces de circuito, quienes tienen competencia sobre diez municipios. En cada municipio hay funcionarios que reciben las denuncias (Alcaldes, inspectores y comandantes de policía), quienes realizan el mismo procedimiento señalado para las Unidades de Policía Judicial en la ciudad de Bogotá.
 - La sola enunciación del procedimiento pone de presente su irracionalidad. Para tratar de mejorar la investigación, la Fiscalía creó las Unidades de Reacción Inmediata, URI, encargadas de adelantar las investigaciones en el momento en que se recibe la denuncia. Sin embargo son tantos los delitos que deben atender, que pensar en resolver la celeridad de la investigación penal por este mecanismo es simplemente una utopía. En el estudio mencionado se encontró que la URI de Ciudad Bolívar, un barrio de la ciudad de Bogotá, sólo alcanza a hacer el levantamiento de los cadáveres de los homicidios que se cometen en el área de su jurisdicción, y los fiscales de Villeta suelen llegar a dichos levantamientos con uno o dos días de retraso cuando ocurren en las zonas rurales.
- ◆ No se pueden realizar labores de inteligencia. El adelantamiento de una investigación tiene que hacerse bajo la orden de un Fiscal, quien como funcionario judicial, todo lo somete a un trámite ritual. Inclusive, en la ley 190 de 1995 se ordena que cuando haya un sospechoso en una investigación preliminar, se le deberá notificar la iniciación de la investigación para que se haga parte de ella pidiendo pruebas, participando en la práctica de las que se decreten y controvertiéndolas. Si a un importador de acetona, por ejemplo, se le va a hacer un seguimiento porque se sospecha que parte de ese producto lo utiliza para procesar drogas, hay que notificarle previamente para que se haga parte en la diligencia.
- ◆ El resultado de esta política garantista es desastroso: según un censo preliminar realizado por la Fiscalía General de la Nación, en el año de 1988 había en las distintas fiscalías del país un total de 701.752 expedientes en trámite, de los cuales el 57.16% estaban en diligencias preliminares. La situación es más dramática para las Unidades Regionales, que son las que adelantan las investigaciones

contra la delincuencia organizada, en donde el porcentaje de expedientes en diligencias preliminares era de 69.30%.

A los fiscales les corresponde atender tanto las diligencias preliminares, como el sumario; y durante el juicio, tienen la responsabilidad de la acusación. A pesar de que el Estado ha hecho un esfuerzo muy grande para crear los cargos necesarios, en la actualidad el promedio de procesos por fiscal es de 204, lo que hace imposible que pueda adelantar alguna investigación seria en cada uno de ellos. Como consecuencia de ello, el porcentaje de diligencias preliminares que obtienen una decisión de fondo (resolución de apertura de la investigación o inhibitorio) dentro del año siguiente a su iniciación es del 30% para los fiscales regionales, el 36% para los fiscales del circuito, y del 11% para los fiscales locales, lo que implica que más del 75% de las investigaciones penales se quedan en la más absoluta impunidad en esta etapa del proceso, pues si en el primer año de iniciadas no se ha podido establecer la identidad de los responsables, es muy poco probable que después se pueda hacerlo.

LOS DEFENSORES

Uno de los problemas fundamentales de la justicia penal en nuestro país es la defensa de las personas de escasos recursos económicos, que representan por lo menos el 70% de las personas que son objeto de la investigación penal. En el año de 1979 se aprobó una reforma constitucional en la cual se adoptó el sistema acusatorio para la investigación y juzgamiento de los delitos³. Preocupados por este hecho, el Instituto SER de Investigación adelantó en el año de 1980 un estudio⁴ para determinar a cargo de quién estaba la defensa de las personas de escasos recursos económicos, pues en el sistema inquisitivo el juez puede de oficio practicar pruebas y conceder beneficios a favor de los procesados. Para el efecto se tomó una muestra representativa en todo el país y se determinó quién había pedido una de las siguientes medidas a favor del sindicado: libertad incondicional, suspensión de presentaciones, revocatoria de la detención preventiva, libertad provisional, detención parcial en el lugar de trabajo, suspensión de la detención, pruebas encaminadas a demostrar inocencia o atenuantes de la responsabilidad, cesación de procedimiento, sobreseimiento definitivo, sobreseimiento temporal, llamamiento a juicio con atenuantes, interposición de recursos contra providencias, nulidades, y desembargo de bienes. Para el efecto se tomaron los expedientes en que no actuó un abogado pagado por el sindicado, sino uno de oficio. El resultado del estudio fue el siguiente:

SOLICITANTE	PORCENTAJE
Ministerio Público	3.49
Sindicado directamente	16.69
Juez oficiosamente	75.58
Apoderado de oficio	2.94
Consultorio jurídico	1.30

Para la época del estudio en Colombia la defensa de las personas de escasos recursos económicos estaba a cargo de los Abogados de Oficio, institución creada por la ley según la cual todo abogado inscrito debería prestar sus servicios gratuitamente por lo menos a dos sindicados que no tuvieran recursos económicos, y de los Consultorios Jurídicos, que son dependencias académicas de las facultades de Derecho en donde hacen sus prácticas los que están terminando sus estudios. Como se puede observar, ninguna de estas dos instituciones funciona. Por esta razón el Gobierno sólo propuso a la Constituyente de 1991 el sistema acusatorio para la delincuencia organizada, pues ésta sí tiene a su servicios bufetes de abogados muy prestigiosos y muy bien pagos.

A partir del año de 1987, en el Código de Procedimiento Penal expedido en esa fecha, se creó el Servicio de Defensoría Pública a cargo del Ministerio de Justicia. En la reforma constitucional de 1991 este Servicio se asignó a la Defensoría Pública, entidad creada en dicha reforma. Según un informe de la Defensoría Pública, en el

año de 1997 había un total de 884 defensores públicos, a los cuales les fue encomendada la defensa de 26.523 procesos, correspondiendo a cada defensor un promedio de treinta procesos.

En la reforma constitucional se consagró como una garantía de todo sindicado el contar con la asistencia de un abogado titulado durante todo el proceso de investigación y juzgamiento, generando su ausencia la nulidad de todo lo actuado. Si se tiene en cuenta que según el precenso realizado por la Fiscalía General a principios del presente año había en trámite 300.628 procesos con sindicado conocido, a los cuales hay que sumar los que están en la etapa del juicio a cargo de los distintos jueces de la República, y que en muchos procesos son varios los individuos vinculados, se podrá ver que la labor de la Defensoría Pública, a pesar de ser fiscalmente un esfuerzo muy importante, no pasa de ser una gota de agua en un océano de necesidades, pues se puede asegurar casi sin temor a equivocarnos, que por lo menos el 70% de los procesados son personas pobres. Es esta otra de las consecuencias del "garantismo," que ha incidido significativamente en la impunidad en nuestro país, por las múltiples nulidades que se generan por esta causa.

LOS JUECES DE LA REPUBLICA.

Uno de los postulados fundamentales del "garantismo" es la judicialización de toda la justicia penal. En la ley 228 de 1995 se volvieron a penalizar todas las conductas que se habían despenalizado con la ley 23 de 1991, creando una seria congestión en los juzgados penales municipales del país, y de paso, incrementando la congestión del sistema carcelario. Según un informe del Consejo Superior de la Judicatura⁵ en el año de 1996 entraron a los juzgados penales municipales un total de 325.020 procesos por razón de su judicialización.

Algo similar ocurrió con la violencia intrafamiliar, que en el Código del Menor se asignó a las Comisarías de Familia, dependencias de la Rama Ejecutiva del Poder Público conformadas por un Abogado especializado en Derecho de Familia, un Psicólogo y una Trabajadora Social, y que por la ley 294 de 1996 se judicializó su tratamiento asignándose a los Jueces de Familia. No tenemos datos del número de procesos que fueron transferidos por esta causa a dichos despachos, pero basta tener en cuenta que según un estudio hecho por el Instituto SER, en el año de 1994 cada Juez de Familia tenía en promedio un total de 2.839 expedientes.

La misma filosofía garantista ha rodeado de tales privilegios a los procesados, que cuando se dicta una medida de aseguramiento contra un sindicado, o la incautación de alguno de sus bienes, éste no sólo tiene los recursos de reposición, y de apelación ante el superior inmediato, sino además el derecho a pedir el control de legalidad de la medida ante el juez competente por la naturaleza del asunto, sin menoscabo, claro está, del derecho de habeas corpus para los casos de detención ilegal.

Todo esto ha incidido negativamente en la eficacia de los jueces penales a tal punto que en un estudio realizado por la Universidad Nacional de Colombia⁶ se estableció que el trámite procesal en la primera instancia en la justicia penal dura en promedio 877 días, es decir, dos años, cinco meses, siete días. Si a ello agregamos la apelación, el tiempo se puede incrementar en un año más. Y si se incluye el recurso de casación, hay que agregar un mínimo de cuatro años más. Es decir, que un proceso penal puede durar cerca de ocho años.

RESUMEN Y CONCLUSIONES

A pesar de que Colombia hizo una reforma profunda a la justicia penal, la filosofía "garantista" que ella misma adoptó, y los desarrollos legales de la misma, la hicieron nugatoria: la investigación es muy ineficiente, porque se judicializó, imponiéndose el rito procesal sobre la necesidad de actuación inmediata en el recaudo de las pruebas, y rodeándose al sindicado de tal cúmulo de garantías, que fácilmente puede obstaculizar la acción de las autoridades competentes. Igualmente la Constitución creó a cargo del Estado la obligación de suministrar a cada colombiano pobre que sea investigado por la justicia penal la asesoría de un abogado titulado, lo que no pasa de ser una utopía ilusa, generándose con ello una fuente inmensa de nulidades. Igualmente, el mismo garantismo judicializó una serie de comportamientos que estaban asignados a las autoridades administrativas, congestionando estos despachos y haciendo más ineficaz la justicia penal.

En nuestra opinión, la filosofía garantista que introdujo la reforma constitucional de 1991, frustró la reforma penal que ella misma quiso hacer. Sin embargo, no se trata de cambiar el "garantismo" por otro dogma del cual se desprenda todo el resto del ordenamiento jurídico; con ello se seguiría manteniendo, y quizás aumentando, la distancia entre el Derecho y la realidad social. Lo que se necesita es cambiar el paradigma de construir el Derecho a partir de verdades absolutas y eternas, para enraizarlo en nuestra problemática social y hacerlo un instrumento eficaz para la solución de los problemas que nos agobian.

¹ INSTITUTO SER DE INVESTIGACION. Justicia Penal. Santafé de Bogotá, Talleres Gráficos de la Contraloría General de la República, 1983, páginas, 109 y siguientes.

² INSTITUTO SER DE INVESTIGACION. Relaciones entre la Fiscalía y la Policía Judicial. Sin publicar.

³ Esta reforma fue declarada inexecutable por la Corte Suprema de Justicia, por lo que no alcanzo a regir.

⁴ INSTITUTO SER DE INVESTIGACION. Op.cit., páginas 172 y siguientes.

⁵ CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, SALA ADMINISTRATIVA. Sistema nacional de estadísticas judiciales, Bogotá, 1997.

⁶ UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA. Tiempos Procesales y Opinión en el Servicio de Justicia. Bogotá, edición mimeografiada, 1996.

LA REFORMA PROCESAL PENAL EN CHILE: ¿BUENAS NOTICIAS PARA LOS DERECHOS DEL IMPUTADO?¹

*Mauricio Duce**

INTRODUCCION

El objetivo del presente trabajo es el discutir brevemente acerca de la situación de los derechos del imputado en los proyectos de reforma de la justicia criminal en América Latina, particularmente desde el punto de vista del proyecto chileno de nuevo Código Procesal Penal. Para estos efectos el programa del seminario contiene, desde mi perspectiva, una sugerente pregunta en torno a la cual intentaré dar algunas respuestas y presentar algunas nuevas interrogantes. La pregunta se refiere a si es ¿que habrá una mejor protección de los derechos del imputado con la reforma?

La pregunta me pone en la necesidad de realizar un análisis comparativo, ya que para saber si la reforma logrará una mejor protección de los derechos del imputado resulta indispensable saber cuál es la posición del imputado en el actual proceso penal chileno y cuál será su situación en el nuevo sistema.

Un diagnóstico que quiera presentar de manera mínimamente adecuada la situación actual del sistema de justicia criminal chileno debe incluir no sólo la descripción normativa del mismo (de sus reglas), sino que también de la forma en que dichas reglas se operativizan en la práctica por parte de los distintos actores que intervienen en su desarrollo. A su vez, en el otro extremo, la comparación requeriría también hacerse cargo de estas dos dimensiones en el nuevo sistema.

Los términos requeridos por la comparación generan al menos dos problemas que deseo mencionar. En primer lugar, dado que la reforma aún no entra en vigencia en Chile no resulta posible en este trabajo evaluar sus resultados. En segundo lugar, el proyecto chileno todavía se encuentra en etapa de discusión parlamentaria (aprobación del Senado) con lo cual, incluso a nivel de las reglas, hay varias decisiones que se encuentran pendientes o tienen un carácter provisorio. Teniendo en cuenta estas limitaciones desarrollaré mi presentación.

DIAGNOSTICO:

El actual procedimiento penal chileno constituye un ejemplo paradigmático de un modelo inquisitivo ortodoxo de procedimiento penal. En Chile algunos autores lo han denominado procedimiento inquisitivo REFORZADO en contraposición al procedimiento inquisitivo REFORMADO, que corresponde al modelo históricamente adoptado por los países europeo-continetales en el siglo XIX. Este procedimiento se caracteriza por una concentración absoluta de funciones en la persona del juez del crimen. En Chile no existen fiscales o un Ministerio Público en el sentido que todos entendemos a esta institución ni tampoco existe diferenciación entre jueces investigadores y sentenciadores. De esta forma, es un solo juez el que investiga, somete a proceso, luego acusa al imputado y finalmente resuelve el caso. Como se puede apreciar, desde el punto de vista del imputado, su situación es bastante desmejorada ya que se enfrenta a un juez que al mismo tiempo tiene sobre sus hombros la responsabilidad de persecución criminal -que muchas veces prima por sobre su rol de protector de derechos- y, además, se enfrenta a un juez que por mandato legal ha debido manifestar su

¹ El presente trabajo es una versión mínimamente modificada de la ponencia presentada en el Seminario sobre Justicia Criminal organizado por la Due Process of Law Foundation in Washington, D.C., durante los días 17 a 20 de noviembre de 1998. En esta versión he mantenido la estructura y el tono coloquial de la ponencia original. Una versión más completa de este trabajo, escrita en inglés, puede verse en Mauricio Duce, *Criminal Justice Reform in Chile: Good News for the Protection of Human Rights?* (artículo no publicado en poder de la Due Process of Law Foundation).

* Abogado, Investigador del Departamento de Investigación de la Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile; Asesor del Ministerio de Justicia en proyectos de reforma al sistema procesal penal.

preconvicción antes de la posibilidad controvertir el caso. Es decir, un juez que se forma convicción antes de la etapa de "juicio" y que es juez y parte a la vez.

La etapa de investigación, denominada sumario, es secreta durante la mayor parte de su desarrollo, no solo para terceros sino que para el propio imputado y su defensor, quienes sólo tienen un acceso limitado a algunas piezas del expediente impidiendo así un conocimiento claro de la imputación y sus fundamentos en esta etapa crucial del proceso. El sumario, además, es dominado por la figura del juez y la defensa tiene escasas o nulas facultades legales para intervenir.

Si bien en el procedimiento chileno existe una etapa contradictoria, una suerte de juicio escrito llamada el plenario, en la cual el imputado tendría pleno derecho de defensa no solo presentando pruebas al juez sino que también argumentado por escrito, el verdadero juicio criminal chileno ocurre en el sumario. Esta es una vieja constatación en la doctrina nacional que ha sido ratificada por estudios empíricos que hemos realizado en la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales en los últimos años que dan cuenta que el plenario no tiene relevancia para la decisión del caso en la mayoría casi absoluta de ellos.

Otro aspecto problemático se deriva del carácter escrito del procedimiento, el que permite una amplia práctica de delegación de funciones. De esta forma, muchas actividades de relevancia en el proceso e incluso algunas decisiones claves del mismo (auto acusatorio, auto de procesamiento, etc.) son tomadas por funcionarios subalternos de escasa o nula preparación. Los imputados tienen, a su vez, escaso o nulo contacto con el juez durante el desarrollo del caso.

La prisión preventiva, en tanto, es la regla general del sistema. Cerca del sesenta por ciento de los reclusos en Chile son imputados a la espera de una decisión en sus respectivos procesos. En la práctica, la presunción de inocencia se invierte en el proceso y el sistema opera con una especie de presunción de culpabilidad respecto de quienes son imputados. Esto se traduce en que las personas formalmente procesadas son objeto automático de un conjunto de limitaciones a sus derechos como son la prisión preventiva, el arraigo, la pérdida de derechos políticos y sindicales y la anotación en un registro público de antecedentes. En consecuencia, los procesados en Chile tienen un estatus jurídico de inferioridad por el solo hecho de ser tales, sin que exista ninguna evaluación de proporcionalidad de las limitaciones brevemente explicitadas.

En otra área, diversos estudios empíricos dan cuenta que una práctica común de los organismos policiales chilenos al realizar la investigación de los delitos es someter a los detenidos a torturas o apremios físicos y psíquicos con el objeto de obtener declaraciones autoinculpatorias, que luego son consideradas piezas relevantes por los jueces para decidir los casos. El control ejercido por los jueces sobre la policía según los resultados de estos estudios es mínimo.

Como aspecto final, el sistema de defensa pública no funciona adecuadamente debido a diversas razones derivadas de su diseño. Defensa a cargo de estudiantes, escasa cobertura, acumulación excesiva de trabajo, entre otras, son algunas de las razones que explican mi afirmación y que no podré desarrollar en detalle en esta oportunidad.

Como se puede apreciar, la situación del actual procedimiento penal chileno, desde la perspectiva de las garantías del imputado, es desastrosa. Algunos de estos problemas pueden ser identificados con carencias de implementación o falta de recursos, pero muchos de ellos -yo diría la mayoría- tienen una explicación estructural: la ideología del sistema y su consecuente diseño normativo no consideran extremadamente relevantes los derechos del imputado. Este, más que ser un sujeto de derechos, se convierte, para los fines del sistema, en un objeto de persecución del mismo.

LA REFORMA PROCESAL PENAL

Como la mayoría de los proyectos del continente, la reforma chilena intenta reemplazar a nuestro actual sistema inquisitivo por uno de orientación acusatoria. Esto se traduce en la introducción del juicio oral como etapa central del procedimiento, la entrega de funciones investigativas y acusatorias al Ministerio Público, la separación de funciones entre jueces de garantías encargados de controlar el cumplimiento de derechos en la

investigación y los jueces de juicio oral encargados de fallar el caso y, finalmente, un reconocimiento mas o menos amplio de garantías individuales a quienes intervienen en el proceso.

Desde el punto de vista estrictamente normativo me parece que resulta casi imposible no reconocer que la reforma procesal penal chilena representa un avance sustancial en el mejoramiento de los derechos de los imputados. El proyecto de Código Procesal Penal contiene un conjunto importante de normas que permiten asegurar el respeto a un debido proceso con todos los componentes de éste reconocidos y desarrollados a nivel internacional en normas tales como los artículos 9 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los artículos 7 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Más importante que el detalle de estas normas, me parece que la lógica que se encuentra detrás del proyecto es la que debiera traducirse en mejoras significativas. Así, creo posible señalar a grosso modo que si en el actual sistema chileno el imputado es puesto en una posición subordinada, en la reforma esta situación cambia ya que él es entendido como un sujeto de derechos y, como tal, titular de un conjunto de facultades cuya restricción es excepcional y calificada.

Así, de acuerdo al proyecto, un derecho básico fundamental es que la culpabilidad del acusado sólo puede ser determinada en un juicio publico, oral, contradictorio y concentrado en donde existe un contacto directo de los jueces con la prueba, el acusado y su defensa. Si bien estadísticamente no será la etapa porcentualmente mas relevante, es un derecho que el imputado siempre tiene y puede exigir si no esta satisfecho con otras salidas que ofrezca el sistema.

Asimismo, el nuevo sistema divide funciones entre jueces de juicio y jueces que intervienen en la investigación. Estos últimos, además, no tienen facultades persecutorias las cuales son entregadas al Ministerio Público, con lo cual no sólo se resguarda mejor la imparcialidad del órgano jurisdiccional sino que también se asegura que el juez pueda proteger de mejor forma los derechos de quienes intervienen en el proceso, particularmente del imputado, actor que potencialmente puede resultar mas afectado con una investigación criminal.

En cuanto a la defensa, la nueva regulación procesal asegura su intervención desde etapas tempranas del procedimiento mediante la declaración de nulidad si es que no se ha intervenido en ciertas audiencias consideradas claves. Se elimina el secreto de la investigación para el imputado y su defensor, salvo en situación de excepción, lo que asegura una mejor preparación de la defensa y un conocimiento más acabado de la imputación y sus fundamentos. Además, desde el punto de vista del fortalecimiento de defensa pública, la reforma considera la creación de un nuevo sistema de defensa penal pública que debiera significar un mejoramiento cualitativo del servicio y un aumento significativo en su cobertura (como también en los fondos públicos destinados a ella).

Desde el punto de vista de la presunción de inocencia, esta garantía se intenta fortalecer eliminando la restricciones automáticas de derechos, limitando el uso indiscriminado de la prisión preventiva y creando alternativas menos intrusivas que ésta para casos en que ésta no sea necesaria, como por ejemplo el arresto domiciliario o la imposibilidad de salir de determinado territorio.

En cuanto a la actuación de la policía, se restringen las facultades de interrogar autónomamente a los imputados en los cuarteles policiales y se priva de valor a las declaraciones extrajudiciales prestadas en los mismos como forma de evitar el uso de los apremios.

Resumiendo, el proyecto contempla en mayor o menor medida las garantías mínimas requeridas en un sistema democrático y representa un avance significativo respecto de la situación de los derechos del imputado. Sin embargo, pecaría de ingenuo, lamentablemente muchas veces lo hemos hecho, si concluyera mi análisis dando la idea que con la sola promulgación del proyecto de reforma los problemas de nuestro sistema de justicia criminal quedan saldados.

ALGUNOS ASPECTOS PROBLEMATICOS:

Pareciera ser que una de las características de nuestros países es que estamos acostumbrados a que exista una distancia enorme entre lo que nuestras constituciones y códigos regulan y la realidad en la que ellos operan. Por eso, sólo en la medida en que la reforma sea capaz de producir cambios en la práctica del sistema y en la forma en que sus actores operan, podremos decir que se ha producido un mejoramiento sustancial en la protección de los derechos del imputado.

Sin perjuicio de esta idea, me parece que la situación actual es tan precaria que sólo con el cambio normativo algunos estándares debieran mejorar, como por ejemplo, la imparcialidad de los jueces derivada de la división de funciones entre jueces de juicio, jueces de garantía y Ministerio Público. Con todo, si se quiere un cambio profundo, y el objetivo es que el sistema se enjule definitivamente hacia ello con la reforma, resulta indispensable avanzar algo acerca de los posibles obstáculos que enfrentará la reforma para plasmar sus normas en prácticas concretas del sistema. A continuación revisaré muy brevemente alguna de estas dificultades a la luz de mi experiencia en el proceso chileno de reforma.

Transformación Cultural:

La reforma procesal penal es mucho más que un simple cambio de reglas, supone también un cambio cultural en la sociedad y, particularmente, en los diversos actores que forman parte del sistema de justicia criminal, muchos de los cuales deberán cumplir roles completamente diferentes a los que hasta hoy día han desempeñado.

Desde el punto de vista de la vigencia de los derechos del imputado, una de las apuestas de la reforma es que la separación de funciones entre Ministerio Público y jueces permitirá a estos últimos asumir un rol de garantes durante el proceso, reduciéndose así la brecha existente entre el reconocimiento normativo de derechos y su eficacia en la práctica.

Sin perjuicio de compartir esta idea básica de la reforma, me parece que para lograr un cambio profundo de mentalidad que lleve a los jueces a asumir y comprometerse con el papel de garantes, es necesario avanzar en distintas áreas que exceden el ámbito estrictamente procesal.

Es evidente que uno de los principales elementos que debe incluir la capacitación es precisamente este cambio de roles. En ese sentido es indispensable trabajar el desarrollo de programas que de manera específica enfaticen el cambio cultural de roles de los jueces como un objetivo central. Desafortunadamente la tradicional concepción de programas de capacitación en la región sólo enfatiza los conocimientos teóricos de las reglas del nuevo sistema. Aquí resulta necesario producir un cambio importante y entender que la capacitación tiene objetivos más amplios que el limitado traspaso de información.

Desde el punto de vista del diseño organizacional del nuevo sistema, también tenemos que considerar la necesidad de cambio de roles como uno de los principios que guíen la organización de los nuevos tribunales. No sólo necesitamos de una nueva y más moderna forma de organizar los tribunales, sino también que esa nueva organización incentive a los jueces el asumir sus nuevos roles, por ejemplo, evitando que un sólo juez se involucre en la instrucción para impedir que tienda a asumir el rol persecutor que le corresponde al Ministerio Público.

De otra parte, desde ya es necesario que, tanto las autoridades políticas como los expertos, den señales claras a la sociedad y a la prensa acerca de los roles y responsabilidades que tendrán los actores en el futuro sistema. Si la prensa, tal como lo hace hoy, sigue atribuyendo la responsabilidad de persecución penal y de seguridad ciudadana a los jueces, éstos tendrán incentivos adicionales para asumir tal función. Por el contrario, en la medida que social y políticamente esté claro que tal responsabilidad corresponde al Ministerio Público, esto facilitará la diferenciación entre ambos.

En el ámbito estrictamente procedimental en tanto, hay que intentar evitar cláusulas que, aunque bien intencionadas, abren espacios importantes para el desarrollo de prácticas disfuncionales de los jueces en una interpretación inquisitiva de las mismas. De esta manera, hay que evitar cualquier norma que permita a los jueces comprometerse con la investigación (como ocurre con el art. 327 del proyecto chileno). Allí será necesario buscar nuevas alternativas para los problemas que dichas normas intentan resolver pero cuidando a la vez no abrir la puerta para que se produzca el traspaso de roles.

Derechos Individuales y Seguridad Ciudadana:

La pregunta aquí es cómo pretendemos mejorar la situación de los derechos de los imputados en un contexto en el que pareciera que la principal demanda social en el área es hacia una mayor restricción de derechos de quienes se ven envueltos en un proceso penal.

Esta contradicción entre derechos del imputado y seguridad ciudadana es otro elemento que debemos trabajar más específicamente. En primer término, me parece nuevamente que aquí no pude haber señales ambiguas por parte de las autoridades y expertos. La reforma efectivamente busca aumentar la eficiencia de la persecución penal, pero también intenta mejorar los derechos de quienes eventualmente pueden ser imputados por la comisión de un delito. Estos dos aspectos deben formar parte de los objetivos y discursos en torno a la reforma y no enfatizarse solamente el de seguridad ciudadana como a veces suele hacerse por motivos políticos corto-plazistas.

El peor favor que se le puede hacer a la reforma es el sobrevender las posibilidades reales de la misma en el mejoramiento de la seguridad ciudadana. Con todo, pareciera inevitable que para satisfacer las expectativas sociales creadas con la reforma se requiere que ella sea capaz de dar algunas respuestas en este tema que permitan, de una parte, legitimar el proceso de reforma y, de otra, legitimar el mejoramiento de los derechos del imputado.

Diversos estudios demuestran que, si bien es cierto, el proceso penal no es el ámbito institucional más adecuado para resolver el problema de la seguridad pública, si es posible el logro de importantes avances con respecto a la situación actual. Estos requieren el diseño de mecanismos más sofisticados que permitan el cumplimiento de objetivos mucho más específicos que los que hoy se atribuyen al sistema. También se requiere un cambio de mentalidad acerca de las tradicionales funciones del sistema de justicia criminal.

En la medida de que el sistema sea capaz de lograr objetivos específicos esto permite legitimar el sistema frente a la opinión pública de manera de reducir la presión indiscriminada, y muchas veces irracional, en contra de los imputados. El tema clave es entonces que salgamos del ámbito puramente discursivo y trabajemos en el diseño e implementación de programas que sean capaces de lograr estos objetivos, por ejemplo entregándole a la víctima una adecuada satisfacción, involucrando al Ministerio Público como un actor de programas locales de prevención, etc.

Sistemas de Defensa Pública Eficiente:

Otro de los aspectos que resultan claves para la efectiva vigencia de los derechos de los imputados es el establecimiento de sistemas relativamente eficientes de defensa pública. Uno de los problemas en el continente ha sido que muchos de los derechos consagrados en nuestras constituciones y códigos no han tenido posibilidad alguna de hacerse efectivos debido a la insuficiencia de servicios profesionales y especializados de defensoría pública.

En el caso chileno se ha propuesto un nuevo diseño que establece un sistema mixto en el cual la defensa penal pública estaría a cargo tanto de organismos estatales como de privados. Dicho sistema debería mejorar cualitativa y cuantitativamente el servicio. Aunque el tiempo no deja extenderme en este punto, quisiera resaltar que en la construcción de este nuevo sistema de defensa se juega en gran parte la posibilidad de incrementar efectivamente los derechos de los imputados. Lamentablemente este no ha sido un foco de atención prioritario en la discusión en Chile, incluso el proyecto de ley que lo establece todavía no se ha presentado al parlamento. Sin embargo, hace un par de semanas el parlamento chileno vinculó la entrada en vigencia del sistema y la aprobación de la ley de Ministerio Público a la aprobación de la ley de defensa con lo cual se ha dado, desde esta perspectiva, una importante señal.

Me parece que una de las razones de la escasa visibilidad de este tema se debe a que tradicionalmente no ha sido considerado un tema vendible por parte de las autoridades políticas. Muchas veces la inversión de fondos públicos en esta área es estigmatizada por sectores conservadores como una inversión que realiza el Estado para proteger "delincuentes". Esto hace que el tema de la defensa pública sea muchas veces postergado por las autoridades.

Una aproximación mas creativa a este tema podría generar, sin embargo, avances sustanciales en la protección de los derechos del imputado. Así por ejemplo en el caso del proyecto chileno el nuevo sistema implicará abrir un gran mercado para abogados que claramente es una externalidad positiva de la reforma para la profesión legal. En este sentido debiera existir un trabajo más específico por parte de las autoridades de difusión y venta del proyecto. Esto podría generar apoyo político y técnico por parte del gremio de abogados que sería de gran ayuda para la discusión parlamentaria e implementación del sistema. El tema central es que hay que aprovechar los espacios de legitimación que tiene el sistema de defensa en los grupos profesionales que se beneficiarán con los mismos. Ello requiere un cambio de enfoque de la forma tradicional en que el tema se ha trabajado en Chile hasta el momento y un trabajo específico orientado a estos objetivos.

Aspectos no Abordados:

Dentro de los aspectos no abordados por la reforma me parece que el más importante de ellos respecto de la situación de los derechos del imputado es el que dice relación con la actividad policial en la investigación de los delitos. Uno de los aspectos mas delicados del proceso de transición democrática chilena ha sido la pervivencia de ciertos enclaves autoritarios en los cuales ha sido imposible avanzar en reformas de importancia. Uno de estos enclaves ha sido el cuerpo policial más grande del país, Carabineros.

Si bien es cierto que el proyecto de nuevo Código ha intentado regular la actividad policial desde el punto de vista procesal, lo que ha generado gran polémica con las instituciones policiales, me parece que para lograr cambios profundos en esta actividad es necesario realizar transformaciones a nivel de la estructura de estos organismos.

La transición chilena no ha permitido realizar un trabajo mas profundo en esta materia lo que probablemente constituirá un obstáculo de importancia para la efectiva garantización de los derechos del imputado en las primeras fases de una investigación criminal. Hay que recordar que varios estudios en Chile dan cuenta que uno de los aspectos mas problemáticos referentes a la vigencia de derechos humanos está constituido por el comportamiento policial en la investigación de delitos comunes.

Con todo, pareciera que en los últimos meses se ha abierto un debate hacia una mayor transparencia, control y fiscalización de la policía, incluso se ha hablado de redefinición de funciones y racionalización de la actividad policial. Oportunidades como ésta no se dan todos los días. El único problema es que tradicionalmente no nos hemos preocupado de la policía y no sabemos mucho que hacer cuando tenemos un espacio para ello. Aquí entonces hay un área que requiere urgente preocupación y que es absolutamente relevante para lograr un efectivo mejoramiento de los derechos del imputado. Nuevamente, esta preocupación tiene que ir más allá del discurso y entrar en diseños mas específicos que permitan resolver los problemas concretos que genera la intervención policial con respecto a los derechos del imputado.

CONCLUSIONES

Mi intención no es presentar un cuadro pesimista o escéptico respecto de la situación de los derechos del imputado o de la reforma misma, aún cuando esa postura puede parecer lo más "de moda" en ciertos círculos académicos. Esa actitud me parece la mas fácil y la menos comprometida en un momento clave en el que la reforma necesita mas que nunca compromiso y trabajo para su éxito. El verdadero compromiso, sin embargo, debe traducirse no en una aceptación acrítica de los proyectos de reforma sino que en un trabajo destinado a hacernos cargo de estos problemas. Es evidente que nuestros esfuerzos han estado, y probablemente sigan estándolo de manera importante, en el trámite legislativo. Sin embargo, a corto o mediano plazo el no considerar adecuadamente de estos problemas puede generar efectos perjudiciales para los objetivos finales de la reforma.

Desde el punto de vista de los derechos del imputado el doble desafío está, por una parte, en fijarnos objetivos realistas en cada una de las áreas en qué intentamos introducir mejoras y, por la otra, en diseñar programas específicos destinados a superar los obstáculos que podamos encontrar en cada una de ellas.

No me parece que los problemas que hoy enfrentamos sean fatalidades o que constituyan una especie de determinismo cultural según el cual no podamos elevar los estándares de protección de los derechos de los

ciudadanos en nuestros países. El hacerlo, sin embargo, es un proceso lento y complejo que debe ser trabajado con instrumentos más afinados y específicos que los que al parecer hemos venido utilizando.

Si es que es posible dar una conclusión o una respuesta más clara a la pregunta inicial, pienso que la reforma procesal penal en Chile es absolutamente indispensable para elevar los estándares de resguardo de los derechos de quienes se ven envueltos en un proceso. No es el último paso, pero si es el primero y en ese sentido creo que la reforma representa un avance importante hacia una mejor protección de los derechos del imputado.

Más que como una solución definitiva a todos los problemas prefiero ver a la reforma en Chile como una instancia generadora de un nuevo escenario, en el cual, a diferencia del actual, me parece posible desarrollar un sistema que aumente el nivel de resguardo de los derechos del imputado. Ahora bien, la capacidad de traducir esta imagen en un comportamiento concreto del sistema de justicia criminal es el desafío que tenemos en el futuro inmediato. Este desafío requiere que seamos capaces de clarificar cuales son los problemas que afectan al actual sistema de justicia criminal y cuales serán los problemas futuros que deberá enfrentar la reforma; fijarnos expectativas más realistas acerca de la posibilidad que tiene la reforma de solucionar estos problemas; determinar cuales son los objetivos específicos que cada componente de la reforma puede lograr; y, finalmente, utilizar instrumentos más creativos y sofisticados en dicha labor.

“LOS DERECHOS DEL REO: ¿UNA MEJOR PROTECCION?”

Miguel Alberto Trejo Escobar*

Hay quienes ven “... en la negación de las garantías procesales y penales un medio eficaz de lucha contra la delincuencia”¹.

INTRODUCCION

El proceso penal viene acentuándose en los últimos tiempos, tanto por la doctrina especializada como por el Derecho comparado, como la máxima garantía con que cuentan los ciudadanos, en general, sobre la presunción de inocencia². A tal punto que se ha cristalizado en normas de rango constitucional que a “*Toda persona a quien se le impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa*”.³ A raíz de esa garantía constitucional a los dispensadores de justicia no les queda ninguna otra alternativa que considerar inocente al procesado hasta el día en que una sentencia establezca lo contrario.

Si, a la inversa, el proceso penal sirviera únicamente como instrumento útil para declarar la culpabilidad e infligir, todos los derechos y garantías enunciados en las Constituciones y tratados internacionales carecerían de justificación por sí mismos, pero como no es así, y no puede serlo tampoco, tenemos que aceptar todas las garantías que el proceso ofrece, como naturales y consecuentes con la concepción liberal del Derecho.

El fin último y esencial que con el proceso se aspira es la justicia, y ésta no puede basarse más que en la certeza, la cual se descompone en varias partes. Así, por ejemplo: certeza de que un hecho ha ocurrido, certeza de que tal hecho constituye un delito, certeza de que alguien, individualizado e identificado lo ha cometido y certeza de que ese alguien es responsable del mismo. Por consiguiente, cada cual escoge el método para llegar a la justicia.

LA SOCIEDAD Y LAS GARANTIAS DEL IMPUTADO

No es posible ignorar que, en los momentos actuales, la sociedad salvadoreña, y las sociedades latinoamericanas, en general, están siendo castigadas rudamente por la delincuencia. Por tanto, casi todas se encuentran fustigadas por la cotidiana laceración a la ley penal producto de la descomposición criminal. El crimen se levanta de frontera a frontera y la vida humana y demás bienes son irrespetados de manera tal que la sociedad parece vivir bajo signos de terror, sangre y muerte. Desde el delito de mínima cuantía o de hurtos famélicos, hasta los violentos crímenes contra la vida, la integridad o libertad sexual, y otros como las estafas cuantiosas o delitos de naturaleza económica o contra el medio ambiente, marcan el nuevo estilo criminológico de las actuales sociedades de cara al tercer milenio.

Por consiguiente, una sociedad que día tras día es sacudida y conmovida por el crimen sin mengua y límite, temerosa y acongojada, en donde la inseguridad ciudadana es la nota del día, es natural que reaccione exigiendo de los Organos del Estado el replanteamiento del problema delincencial y la búsqueda urgente de soluciones efectivas, insistiendo casi siempre, con una visión unidireccional, en el aumento de los medios de represión (cárceles, policías) y en la dureza de las penas.

* Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal, Magistrado de Cámara de Menores de la Primera Sección del Centro, El Salvador.

Ante un panorama como el expresado, se piensa, con sobrada razón, que la sociedad no puede ni debe permanecer indiferente ante la amenaza real de la delincuencia y, sin razón alguna, que si los medios actuales de prevención y de represión son insuficientes, en ejercicio del derecho de legítima defensa que a la sociedad le asiste, deben buscarse otros de distinta entidad, aun cuando éstos sacrifiquen, restrinjan o violenten derechos que, además de estar insertos en normas constitucionales, aparecen suscritos y ratificados en tratados sobre derechos humanos.

Se clama en todos los tonos –por ejemplo, en el caso de El Salvador– que el nuevo proceso penal vigente hace apenas 7 meses (20 abril/98), es incapaz de librar una lucha frontal contra la delincuencia, o que el mismo es un factor coadyuvante de ella, que los tribunales están profundamente viciados por ineptitud y corrupción, alegándose con inusitada insistencia que el nuevo sistema penal, en su conjunto, se ha transformado en la fácil puerta de escape de los criminales.

Se sostiene que la lógica elemental indica que cuando ocurre un conflicto de valores, hay que sacrificar al menos valioso para salvar los más nobles, y que ante el conflicto de la sociedad que se defiende y el criminal que la ataca, no queda más remedio que escoger los de la sociedad.

EL APARENTE ORIGEN DE ESE ESTADO DE COSAS

El 20 de abril del corriente año (1998)⁴ El Salvador dio el paso decisivo del proceso escrito de rasgos inquisitorios⁵, a un proceso con predominio del juicio oral y público, que caracteriza al sistema acusatorio⁶.

El Código Procesal Penal de 1973, recientemente derogado, supuso, en su momento, un gran avance para el Derecho punitivo salvadoreño. Sin embargo, con el transcurso del tiempo quedó al descubierto que tal cuerpo de leyes, como era de esperarse, no resolvió el problema delincencial de esos momentos, sino que, además, era violatorio de los derechos humanos del imputado. Se caracterizaba, según el corte inquisitivo que en él reinaba, por un proceso escrito interminable, durante el cual el imputado permanecía en prisión. La forma escrita de procedimiento producía, inevitablemente, una despersonificación del imputado, ya que los jueces, salvo contadas excepciones, jamás conocían a la persona que juzgaban, pues la delegación de actividades judiciales en subalternos era la regla principal. El derecho de defensa era extraño en la fase de instrucción, puesto que la investigación era secreta, tolerándose la intervención del defensor de manera obligatoria hasta en etapas muy avanzadas del proceso (auto de llamamiento a juicio o plenario). Por otra parte, aunque estaba normado que la Fiscalía General de la República ejerciera la acción penal, en la práctica no era así, de modo que a quien tenía por contendiente el imputado en el proceso era al juez⁷. En lo policial, aparecía como principio absoluto, que en toda diligencia extrajudicial constara la declaración del imputado reconociendo su culpabilidad.

En general, puede decirse que este sistema procesal era un instrumento infalible para el combate de la criminalidad, incapaz de fracasar en la búsqueda de las pruebas, su fortaleza estaba en las atribuciones policiales ejercidas sin control jurisdiccional. Es más, a simple vista, las actuaciones policiales debían considerarse, jurisdiccionalmente, como elementos de juicio suficientes para decretar la detención provisional del imputado. Sobre esta base, la proporción de personas detenidas estaba muy próxima al 70%⁸ de los presos sin sentencia.

EL CODIGO PROCESAL PENAL DE EL SALVADOR Y LA REFORMA PROCESAL PENAL LATINOAMERICANA

Dentro de nuestro contexto regional puede afirmarse que el nuevo Código Procesal Penal salvadoreño está orientado por el movimiento de reforma en el ámbito latinoamericano. Este código presenta grandes semejanzas con los códigos actualmente vigentes de Guatemala y Costa Rica; así como también, con los proyectos de otros países latinoamericanos. La dirección político criminal que impulsó la reforma al código salvadoreño, pretende además de la modernización del sistema, la adecuación del nuevo proceso a los postulados de la Constitución de la República de 1983⁹ y de los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Entre las fuentes del nuevo Código citamos, en primer lugar, el proyecto de Código Procesal Penal para Iberoamérica de 1978¹⁰ y, en segundo lugar, el Código Procesal Penal de Guatemala de 1991. Que se caracterizan,

según un sector de la doctrina, por acoger una mezcla de criterios de un derecho procesal penal liberal como otros relativos a un derecho procesal penal moderno¹¹.

El código se aprobó dentro de un ambiente político que exigía, desde mucho tiempo atrás¹², el cambio legislativo y pese al que se reclamaba una restricción de garantías procesales se logró un equilibrio en esta materia.

LOS DERECHOS DEL IMPUTADO: ¿UNA MEJOR PROTECCION?

Tomando en consideración los avances que en materia procesal penal ha tenido la doctrina, el Derecho comparado y la jurisprudencia, la protección de los derechos del imputado, se puede agrupar en tres ámbitos importantes de esta rama del derecho, a saber, garantías que disciplinan el proceso, la acción y la jurisdicción.

Garantías que disciplinan el proceso

Entre estas garantías es necesario el *fortalecimiento del principio acusatorio*, con un procedimiento investigativo informal a cargo de la Fiscalía cuyo fin sea requerir la instrucción del proceso o la solución alterna del mismo¹³. Tal procedimiento, inevitablemente, debe estar bajo control jurisdiccional, especialmente cuando se trate de tomar decisiones en torno a derechos fundamentales como: medidas cautelares restrictivas de la libertad personal¹⁴ u otros derechos, allanamientos, etc. Así como cuando se trate de realizar actos o diligencias que por su naturaleza o características sean considerados como definitivos o irreproducibles.

También, es importante estimar como una garantía del imputado su procesamiento a través del *fortalecimiento del juicio oral y público*. Esta línea de pensamiento es congruente con la implantación del principio acusatorio que, no sólo persigue la separación de funciones de investigación y juzgamiento sino que, proclama, además, una estructura del proceso con una fase oral, en la que públicamente¹⁵ se juzguen las conductas presuntamente delictivas. En esta fase es cuando debe producirse la prueba que decidirá sobre la absolución o la condena de las personas sometidas a juicio.

Garantías que disciplinan el ejercicio de la acción

Por antonomasia a la acción está la excepción o defensa, por lo que la garantía mira a la *inviolabilidad del derecho de defensa del imputado*. Este polivalente derecho gravita como un abanico inagotable de garantías que, con gran esfuerzo simplificador, pueden encuadrarse con respecto al reo en enunciados que mínimamente regulen lo siguiente:

- ◆ Derecho de información, cuando el imputado es detenido, sobre¹⁶: el motivo de su privación de libertad, los cargos formulados, la exhibición de la orden emitida en su contra en la que conste el nombre del funcionario que la ordenó.
- ◆ Derecho a tener una comunicación inmediata y efectiva con: la persona, asociación, agrupación o entidad a la que se comunique su captura¹⁷.
- ◆ Derecho a la defensa técnica por medio de la asistencia de un Abogado¹⁸.
- ◆ Derecho a abstenerse de declarar y si acepta a que su defensor esté presente¹⁹.
- ◆ Derecho de protección contra la tortura, los tratos escarniosos o humillantes, la imposición de penas crueles, inhumanas o degradantes que atenten contra su dignidad²⁰.
- ◆ Derecho a su libertad personal el cual puede tener un desglose sobre los siguientes puntos: a) garantía de eximir de prisión al presentarse ante juez competente a declarar; b) a no ser detenido sin orden judicial, salvo por flagrancia y en este caso a ser puesto a la orden de la autoridad judicial en forma inmediata; c) a

estar libre en su persona mientras es interrogado; d) a obtener su libertad inmediata cuando no hubiere motivo para su detención o cuando mediante la revisión periódica de la privación de libertad pueda haber otra restricción diversa²¹; e) a obtener el beneficio de la excarcelación mediante otras modalidades de caución; f) a apelar del auto de detención y de la denegación de solicitud de excarcelación; h) a protección por medio de *hábeas corpus* o exhibición personal.

- ◆ Otros derechos, que se entrelazan con las facultades de la defensa técnica, son: a) a intervenir en cualquier etapa del proceso; b) a proponer pruebas en la instrucción y en el juicio; c) a interponer excepciones; d) a comunicarse privadamente con su defensor; e) a no ser puesto en incomunicación; e) a la última palabra.

Garantías que disciplinan el ejercicio de la jurisdicción

Dentro de estas garantías pueden señalarse prioritariamente las siguientes:

- ◆ La garantía a un juez natural o predeterminado por la ley. Con esta garantía se trata de proscribir, en resguardo de los derechos del imputado, los tribunales de excepción. Además, esta garantía comprende también la de recusar al funcionario cuando concurren las causas tipificadas como impedimentos para conocer²².
- ◆ Derecho a ser juzgado por un juez imparcial. El problema con que se enfrenta esta garantía es la coincidencia en una misma persona de funciones de instrucción y de fallo. Por consiguiente, la garantía busca la separación funcional.
- ◆ Derecho a tener resoluciones fundadas²³.
- ◆ Derecho referente a la constitución y desarrollo del proceso. Así, por ejemplo: a) promover cuestiones de jurisdicción y competencia, nulidad e inaplicabilidad de la ley por inconstitucional; b) a obtener una solución alternativa del conflicto; c) a pedir separación de juicios; d) a que el fiscal se inhiba de conocer al estar impedido para ello; e) derecho al cumplimiento de los plazos procesales²⁴; f) derecho a recurrir; g) derecho a la cláusula de saneamiento de defectos formales en materia de recursos, a fin de permitir el verdadero acceso a la tutela judicial efectiva; h) derecho a indemnización a cargo del Estado cuando una persona haya sido sometida a prisión preventiva y luego sea sobreseída o absuelta²⁵; i) derecho a que se subsanen oficiosamente los defectos que se susciten en el transcurso del procedimiento, con el objeto de proteger los derechos del acusado y de velar por la legitimidad del proceso, como instrumento de ejercicio de la misma justicia²⁶.

CONCLUSION

Como el proceso penal recoge la dinámica de la acción y de la jurisdicción, de acuerdo al esquema dialéctico de la contradicción que resulta útil para todo proceso, estime conveniente adoptar ese trípode clásico (acción, jurisdicción y proceso) como criterio expositivo. Tal método nos permitió identificar, sin agotar el tema en forma exhaustiva, las principales garantías que disciplinan el ejercicio de la acción, otras que se refieren a la jurisdicción y las del debido proceso.

¹ FALLA CACERES, Ricardo: “El derecho de defensa”, en Revista de Ciencias Jurídicas, Año 1, No. 3, Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Reforma Judicial, financiado por la Agencia de los Estados Unidos de América para el Desarrollo Internacional (USAID), San Salvador, julio 1992, p. 144.

² Tal afirmación no guarda coherencia con otras posturas, pues “Tradicionalmente se viene asignando al proceso penal el ejercicio del *ius puniendi* del Estado. Tal concepción exclusivamente represora no concuerda con el diseño constitucional. No se

trata ya de imponer o no una pena a alguien cuyo punto de partida es presuponer su condición de delincuente. Por el contrario, se trata de enjuiciar la conducta de un ciudadano que, mientras no se demuestre lo contrario es inocente del delito que se le acusa. El proceso penal aparece así como el mecanismo más drástico para la tutela de la convivencia en libertad en las diversas esferas de la vida”. RAMOS MENDEZ, Francisco: “El Proceso Penal”, Bosch, Barcelona, 1993, p. 4.

³ Art. 12 Inc. 1º de la Constitución de la República de El Salvador.

⁴ Fecha en que entró en vigencia el nuevo Código Procesal Penal contenido en el Decreto Legislativo número 904, de dieciséis de diciembre de 1996, publicado en el Diario Oficial número 11, tomo 334, de 20 de enero de 1997, y cuya vigencia estaba prevista según el artículo 455, un año después de la fecha de su publicación.

⁵ Tal como era el sistema que acogía el Código Procesal de 1973 recién derogado.

⁶ “Las reformas judiciales en América Latina han sido la constante en las últimas dos décadas, situación que entre otras cosas obedece a la restauración o inauguración de la democracia formal en la región a partir de la extinción de regímenes militares dictatoriales que durante décadas gobernaron nuestros países, y que desaparecieron ya por la vía electoral, ya como resultado de procesos revolucionarios impulsados por movimientos populares, o derrocados en golpes de estado por grupos de militares, en algunos casos actuando bajo presión de la sociedad civil”. Así, MEMBREÑO, José Ricardo: “Un nuevo sistema de justicia penal para El Salvador”, Proyecto “Seguridad Pública y Derechos Humanos”, FESPAD, con el auspicio de la Real Embajada de los Países Bajos, Imprenta Criterio, San Salvador, El Salvador, 1998, p. 7.

⁷ Los jueces tenían la facultad de iniciar el proceso de oficio, de dirigir la averiguación de los hechos y deducir responsabilidad al fallar en todos los casos, con exclusión de un reducido número de delitos sometidos a conocimiento del jurado.

⁸ “En primer término cabe señalar que hay un 31% de los internos que manifiesta haber sido condenado, el otro 69% corresponde a presos sin condena, o que no saben cómo va su proceso”. Para una mejor ilustración véanse las conclusiones del informe “Estadísticas sobre la Administración de Justicia 1995” y del informe “Censo de población penitenciaria 1996”, en Las Nuevas Realidades, Proyecto de Reforma Judicial II, San Salvador, República de El Salvador, 1996, pp. 2 a 13.

⁹ Vigente a partir del 20 de diciembre de 1983. D. C. número 38, de 15 de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial número 234, Tomo número 281, del 16 de diciembre de 1983.

¹⁰ Confróntese con las “Bases para orientar en Latinoamérica la unificación legislativa en materia procesal penal”. Bases elaboradas por el procesalista Jorge A. Clariá Olmedo. Documento publicado por la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, 1978.

¹¹ Se ha señalado como una diferencia esencial entre un postulado propio de un Derecho Procesal Penal liberal y un Derecho Procesal Penal moderno, que éste sobrepone como pilar o postulado máximo la eficiencia del sistema penal, por encima o en desmedro de las garantías penales y procesales de un Derecho Procesal Penal Liberal. Para una mejor comprensión de estas ideas véase a LLOBET RODRIGUEZ, Javier: “Código Procesal Penal Comentado”, 1ª edición, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, San José, 1998, p.50.

¹² Ese tiempo atrás se remonta al año de 1985, en que se crea la Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña (CORELESAL), para mejorar el sistema de administración de justicia salvadoreño, con el auspicio de la Agencia para el Desarrollo Internacional (AID).

¹³ V.gr. sobreseimiento, conciliación, desestimación, suspensión condicional del procedimiento, la aplicación de un criterio de oportunidad, el procedimiento abreviado, etc.

¹⁴ La prisión preventiva debe ser solicitada por la Fiscalía, no pudiendo ser ordenada de oficio por el tribunal, tal solicitud debe basarse en la existencia de indicios comprobados que hagan razonable sostener que el imputado es autor de un delito o partícipe en él. Además debe concurrir una probabilidad razonable de que el imputado no se someterá al procedimiento (peligro de fuga, bajo circunstancias tales como: el arraigo, pena, magnitud del daño, comportamiento del imputado en el procedimiento), obstaculizará la investigación (destruir, modificar, ocultar o falsificar elementos de prueba, influir en testigos, peritos, coimputados), continuará la actividad delictiva, que el delito, cuando menos, este reprimido con pena privativa de libertad.

¹⁵ Una de las máximas conquistas del proceso penal moderno es el haberlo sacado a la luz, disponiendo sus audiencias con publicidad. La publicidad, como es sabido tiene una doble finalidad: por un lado, protege a las partes de una justicia sustraída al control público y, de otro, mantiene la confianza de la comunidad en los tribunales. En ambos casos la publicidad constituye, además, una de las bases del debido proceso y uno de los pilares fuertes del Estado de Derecho.

¹⁶ En presencia del juez deberá ser instruido sobre: el hecho atribuido, la calificación jurídica y el resumen de las pruebas existentes y que puede abstenerse de declarar y que si así lo decide tal abstención no lo perjudica, que si decide declarar puede dictar su declaración y que su dicho puede ser tomado aun en su contra.

¹⁷ La importancia de este derecho radica en tres aspectos: primero, en que la persona de confianza del imputado conozca la razón por la que no llega a su casa, trabajo u otras actividades; segundo, por la labor fiscalizadora sobre la legalidad de la detención; y, tercero, por facilitar la defensa técnica de confianza, o sea, la posibilidad de nombrarle un defensor particular o a que se le designe un defensor público, para equilibrar su posición frente a la de la Fiscalía. La regulación, por demás, del derecho del imputado a un defensor desde la etapa policial, resulta obvia, para evitar lo excesos policiales.

¹⁸ Defensor que debe ser proveído por el Estado o seleccionado por el mismo imputado, ya que el derecho a la defensa técnica está establecido de manera expresa en la Constitución de la República (Art. 12). Ahora bien, no basta una defensa técnica formal, pues una defensa inadecuada o con intereses contrapuestos violenta el debido proceso. Así, como también, los cambios de defensor que se dan poco antes del debate, lesionan los derechos del imputado. Otra cuestión de relevancia es que debe nombrársele al imputado defensor luego de que es aprehendido por la policía o cuando es puesto a disposición de ésta por particulares. El nombramiento de defensor público debe tener un carácter subsidiario, debiéndosele invitar al imputado primero a nombrar un defensor de confianza. En El Salvador, con motivo del nuevo Código Procesal Penal, se ha creado la figura del defensor público, con lo cual se desterró el nombramiento de defensores de oficio. La defensa técnica del imputado se debe garantizar aun cuando éste no desee contar con defensor o pretenda renunciar a ese derecho. La defensa vista como el ejercicio de los derechos del imputado es posible garantizarla a través del principio de intervención, que se traduce en lo siguiente: a) derecho de audiencia, b) derecho de probar; c) derecho de control en la recepción de prueba; d) derecho de impugnación; e) el acceso irrestricto a pruebas de cargo y la posibilidad de combatirlas.

¹⁹ Es decir, derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo, ni a confesarse culpable y que las declaraciones así obtenidas carezcan de valor. Que sus declaraciones sean recibidas por un juez. Que se le reconozca el derecho a declarar cuando lo estime indispensable, siempre que su declaración sea pertinente y no constituya una medida dilatoria del procedimiento. El Código Procesal Penal salvadoreño prevé la declaración indagatoria (Art. 259) en diversos momentos: en la audiencia inicial (Art. 254 Inc. 2º), durante la instrucción (Art. 269) y durante el juicio (Art. 340).

²⁰ O sea, a no ser sometido a ninguna coacción, amenaza, intimidación para que declare ni para que se someta a alguna prueba acusatoria, con polígrafos, drogas, etc.

²¹ La regulación de límites a la prisión preventiva y la introducción de medidas sustitutivas, como el control periódico de las mismas, deben derivar de los principios de necesidad y proporcionalidad.

²² La no separación de la causa, habiendo impedimento para conocer, forma parte de una infracción a las reglas del debido proceso, pues las causales establecidas por la ley están fundamentadas en la garantía de imparcialidad del juez.

²³ Derecho a que las decisiones que restrinjan su libertad u otros derechos sean motivadas. Tal motivación debe ser tanto en cuanto al hecho como al derecho.

²⁴ En cuanto al control de los plazos es suficiente que se regule de una manera expedita la queja por retardación de justicia, a los efectos de que el interesado pueda solicitar al mismo tribunal pronto despacho, y en caso de mantenerse la misma situación denunciarlo ante un tribunal superior.

²⁵ Si la prisión preventiva que se dicta, con base en el peligro de fuga o de obstaculización de la investigación, en ningún caso se la considera una pena anticipada, entonces aquél que es sometido a la misma debe ser considerado como un sacrificio especial indemnizable por el Estado. Así, LLOBET RODRIGUEZ, Javier: "El Código...", Op. Cit., p 581.

²⁶ Esta obligación del órgano jurisdiccional de sanear el procedimiento es determinada en los poderes que la ley le confiere para impulsar el procedimiento de oficio y tiene como fundamento evitar al enjuiciado una dilación excesiva del proceso y un retardo injustificado en la tramitación de la causa, la cual se produciría si no se corrigen los defectos del proceso conforme se vayan suscitando. *Vid Ibid.*, p.137.

¿Qué Derechos del Reo?, ¿Cuál Protección?¹

*Yolanda Pérez Ruíz**

INTRODUCCION

Es evidente que la reforma de la justicia penal tanto a nivel regional como global ha pasado de ser una necesidad eminentemente política para convertirse en una razón de naturaleza práctica.

La administración de justicia de nuestros países no escapa a la crítica social que las describe como ineficientes, inoperantes, corruptas, colapsadas.

También se dice que gracias a este tipo de administración de justicia se ha estimulado la violencia extrema, que aleja de la vida democrática, al no lograr la paz social mediante la solución de los conflictos y que la administración de justicia no responde a sus fines últimos al no lograr: la aplicación de la justicia mediante la persecución de los delitos, el logro de las finalidades de la pena y garantizar los derechos fundamentales del ciudadano.

Esta problemática no es privativa de los países del tercer mundo sino también de los países desarrollados dado los cambios sociales experimentados que hacen que los Estados sean incapaces entre otros de satisfacer las necesidades de seguridad y justicia de los ciudadanos.

Paralelamente a ello parece ser que la tendencia generalizada es centrarse en la reforma del procedimiento penal, olvidando o postergando para una mejor oportunidad la reforma del sistema penal.

La reforma procesal penal debe ir acompañada al menos en principio de reformas sustanciales en el Derecho Penal material, lo ideal por supuesto es que un nuevo procedimiento debe corresponder a un nuevo código penal así como una ley de ejecución penal. Si no es así no es posible hablar de reforma.

Por otra parte, o no existe correspondencia entre el derecho común u ordinario y los principios democráticos y de Estado de Derecho, o aunque dichos principios orientan la Constitución política y la legislación ordinaria quienes han sido facultados para aplicar las leyes hacen caso omiso de la obligación primordial de aplicar la Constitución y los tratados sobre derechos humanos y seguir siendo inquisidores.

DERECHOS DEL REO

Al realizar el diagnóstico de un sistema penal se podrá detectar entre otros la debilidad del poder judicial, del ministerio público o fiscal así como de los cuerpos de seguridad, pero sin lugar a dudas el cuadro más alarmante se detectará en el sistema penitenciario, que es en donde se inicia y termina la acción punitiva del Estado y se manifiesta “la perversidad” de un sistema que en términos generales tiene en Guatemala como sujetos pasivos “en su mayoría a hombres menores de 30 años de edad, esperando sentencia, detenidos por primera vez, campesinos, obreros de la construcción, sin trabajo fijo o desempleados, que no saben leer y escribir...., detenidos lejos de sus familias y amigos, quienes casi no los visitan, que nunca vieron a sus abogados defensores mientras estuvieron detenidos, ni conocen a los jueces que deciden o decidieron en sus causas...”²

* Magistrada Vocal de la Sala Séptima de la Corte de Apelaciones con sede en Quetzaltenango, Guatemala. Capacitadora de la Escuela de Estudios Judiciales de Guatemala.

Por ello no se puede hablar del sistema penitenciario sin tocar el candente tema de los derechos del reo; se trata con una problemática que transgrede los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad (con o sin condena), derechos que se han reconocido y regulado con la finalidad de protegerle de la arbitrariedad de las autoridades.

La vida, la seguridad, la salud, la educación, el trabajo entre otros son los derechos vulnerados a cualquier persona sujeta al sistema penitenciario; entre ellos los “presos sin condena,” aquellos que no han sido legalmente condenados pero que de hecho cumplen una pena aunque luego alguno de ellos sea absuelto o sobreseída su causa.

No es un descubrimiento para nadie el que en muchos de nuestros países los presos sin condena constituyen la mayoría, así en Guatemala en 1995 el total de la población penal se constituía de 6,640 personas (100%) y los presos sin condena 4,927 (74%)³. Los presos sin condena teóricamente amparados con principios y derechos tales como el DE INOCENCIA, DE CULPABILIDAD,⁴ el Estado les destruye la presunción de inocencia y declara su culpabilidad, entonces y solo entonces puede penalizarse. Contrario a estos principios la prisión preventiva se utiliza como una pena o condena anticipada.

A los condenados no únicamente se les violan los principios arriba señalados, sino que al encontrarse internados no solo se limita la libertad ambulatoria sino que se restringen muchos otros, como a continuación se establece.

Derecho de defensa y petición:

Contrario a lo prescrito por la Constitución Política y la ley, la prisión preventiva es la regla, y la libertad la excepción, lo que causa la sobrepoblación carcelaria en Guatemala, aunado a la ineficacia de la defensa que coloca a los sindicados en un real estado de indefensión. Jueces y fiscales obligados a velar porque se observen los derechos de la persona cierran los ojos a la situación.

Jueces y fiscales obligados a velar porque se observen los derechos de la persona cierran los ojos a la situación.

Se tiene conocimiento que autoridades administrativas y judiciales ejercen presión para evitar la concesión de beneficios.

Las peticiones de los reclusos a las autoridades administrativas son desatendidas.

Existe procedimiento disciplinario legalmente establecido, las sanciones son impuestas inaudita parte y sin derecho a recurso.

Salud:

La mayoría de los establecimientos utilizados por el sistema penitenciario adolecen de deficiencias estructurales ya que o no fueron construidos para servir a ese fin, se encuentran en mal estado por falta de mantenimiento y/o antigüedad, y hacinamiento, problemas estos que son compartidos por aquellos edificios construidos como centros preventivos y de condena. Además y como consecuencia ninguno de estos establecimientos cumple con las reglas mínimas de higiene y salubridad.

La alimentación es deficitaria, al no llenar los requerimientos nutricionales mínimos, aunado a la falta de higiene provoca múltiples problemas de salud.

Los servicios médicos y paramédicos no cumplen con su función porque no existen o bien carecen de equipo y medicamentos, y ámbito físico adecuado.

La mayor incidencia de enfermedades son las de tipo infeccioso, enfermedades de transmisión sexual, todas relacionadas con las condiciones infrahumanas de vida de los internos.

Educación:

Los centros penitenciarios carecen de oferta educativa para una población cautiva que alcanza un 70% de analfabetismo. Aunque en algunos centros funcionan programas de alfabetización, y se ofrecen charlas o cursos esporádicos procurados por los mismos internos.

En los centros en donde se brinda alguna oferta educativa se tropieza con el obstáculo de carecer de la infraestructura adecuada, de recurso humano y materiales didácticos y sistemas educativos orientados a ofrecer instrumental que de la oportunidad de mejorar la autoestima.

Trabajo:

Aunque las personas que se encuentran guardando prisión tratan de procurarse medios económicos para sobrevivir en los centros de detención y se dedican a tareas como de brindar seguridad a otros internos, servicios de limpieza, comercio, producción artesanal e industrial (máquina) etc., las personas que pueden trabajar son una minoría lo que les produce ingresos ínfimos (el mayor ingreso es de 12 quetzales, menos de dos dólares diarios).

Disciplina:

En todos los establecimientos del país el orden y la disciplina se encuentran a cargo de los propios internos (individual o por grupos) que en todos los casos con excepción de la Granja Penal de Rehabilitación Pavón, son nombrados por la autoridad.

En algunos centros los encargados del orden se encuentran armados con bastones de madera del grueso de un bate de baseball con centro de acero.

Las sanciones se aplican de acuerdo a lo informado por los guardianes y las autoridades, las que en algunas ocasiones tienen carácter preventivo.

Como es lógico, se producen prácticas arbitrarias, abusivas y denigrantes. El castigo más usual es la utilización de las celdas de aislamiento.

Dignidad humana:

Amén de las condiciones de vida que privan en las cárceles de Guatemala, condiciones que por sí mismas constituyen una condición permanente de malos tratos crueles, inhumanos y degradantes, se dan situaciones como la violencia física practicada por los encargados del orden y los guardias del establecimiento; las revisiones a las que son sometidas las visitas de los reclusos—especialmente la mujer—; el administrar a los presos dosis de yodo en el café para eliminar el apetito sexual; la utilización del traslado del centro hacia los lugares en donde se realizará una diligencia judicial o bien hacia otro centro de reclusión como mecanismo de terror y castigo.

Libertad de culto:

La población carcelaria se ha constituido en un objetivo meta para los grupos religiosos y es interesante constatar que las autoridades del centro restringen el ejercicio del culto a grupos distintos al de su pertenencia. A pesar de considerar que dichos grupos ayudan a mantener la disciplina.

Comunicación:

El derecho de los internos de comunicarse con su familia y amigos es respetado muy relativamente, toda vez que existen restricciones en cada centro que dependen generalmente de la autoridad, dichas restricciones van desde malos tratos a los visitantes a no permitir el ingreso de alimentos porque en el interior existen ventas de ellos, y la limitación del tiempo de visita 10 o 15 minutos.

La comunicación por cualquier vía con el exterior se encuentra limitada por disposición de las autoridades.

Visitas íntimas:

Los reclusos varones tienen la posibilidad de recibir visitas íntimas varias veces al mes, pero los guardias en su mayoría abusan de las mujeres visitantes y les realizan tactos vaginales; además los lugares de encuentro de la pareja carecen de intimidad.

En los centros de reclusión para mujeres no se permiten las visitas íntimas, dicha prohibición carece de fundamentación legal, se basa únicamente en la condición de mujer.

Corrupción:

En principio debe dejarse sentado que el sistema penitenciario en Guatemala no es transparente, lo que hace que los niveles de corrupción sean muy altos en el interior de los centros.

Como ejemplos podemos mencionar que una persona al ser ingresada a dichos centros tiene que pagar cuota por acceder a una cama, salir a tomar el sol al patio, lavar su ropa, usar el teléfono público –si lo hay-, ejercicio de la prostitución, abuso en los precios de artículos de consumo diario.

CONCLUSIÓN

A vuelo de pájaro se ha echado un vistazo sobre la realidad del sistema penitenciario del país al que perfectamente le podríamos poner cualquier otro nombre, el cual permite extraer las siguientes conclusiones:

- ◆ Que la realidad del sistema penal de un país se retrata en el subsistema penitenciario, que a su vez reproduce la injusticia y desigualdad social;
- ◆ Que no obstante las constituciones políticas, su ratificación de tratados internacionales sobre derechos humanos y las leyes ordinarias que reconocen los derechos de los reos, es indispensable que las leyes que regulan el Derecho Penal material, el Procedimiento Penal y la legislación penitenciaria formen un cuerpo coherente, y que además sea parte de la política criminal de los países el proveer al sistema de justicia penal de la infraestructura material y humana indispensable para satisfacer la necesidad de la sociedad;
- ◆ Debemos reconocer que en la medida en que la finalidad real de la reforma penal sea cosmética y no llegue a la raíz de los problemas sociales, en la misma medida hemos fallado, por ello pregunto y les pregunto ¿qué derechos de los reos, cuál protección?...

¹ Este trabajo es producto de la experiencia de 15 años en la judicatura de mi país Guatemala y de la casualidad que paso en mis manos una fotocopia del Informe Final (fase diagnóstico) del Programa de Mejoramiento del Sistema Penitenciario, Unidad conjunta MINUGUA-PNUD.

² Ver Informe Final, Fase diagnóstico del “Programa de mejoramiento del Sistema Penitenciario,” p. 31.

³ Datos tomados del Informe Final, Fase: Diagnóstico del Programa de Mejoramiento del Sistema Penitenciario, auspiciado por Naciones Unidas, Unidad conjunta MINUGUA-PNUD, Sección de Fortalecimiento Institucional (en fotocopia p. 18).

⁴ Art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 17 Constitución Política de Guatemala; art. 1 del Código Procesal Penal de Guatemala.

PONENCIA DEL PROCURADOR GENERAL DE LA REPUBLICA DE MEXICO

*Jorge Madrazo **

La justicia, como el acto concreto de aplicación del derecho, ha transitado por largos caminos en su proceso de perfeccionamiento, los mexicanos en ello seguimos empeñados. Cuando nos referimos en esta acepción a la justicia, implicamos una vasta labor estatal que involucra la cotidiana acción de dos poderes públicos distintos pero con funciones complementarias y que se manifiesta en la amplia actividad desplegada por las procuradurías de justicia y los órganos del Poder Judicial. Procuración e impartición de justicia son así un binomio indisoluble.

El sistema mexicano de enjuiciamiento penal ha transitado por diversas etapas en su evolución histórico-jurídica hasta quedar conformado como actualmente se le conoce, en él participan dos órganos distintos con funciones también diversas, el Ejecutivo que a través de la institución del Ministerio Público encomendada a las procuradurías de justicia locales y federal se encarga de la investigación de los delitos, la acusación formal ante los tribunales e interviene como parte en el proceso penal, y los jueces penales, responsables de emitir ordenes de aprehensión, autos de libertad, sujeción a proceso o formal prisión, según el caso, y de valorar pruebas para determinar la responsabilidad penal de los presuntos responsables y aplicarles la sanción que les corresponde.

Las funciones de procuración e impartición de justicia no siempre estuvieron bien delimitadas y separadas, nuestro sistema procesal penal fue originalmente inquisitorial, hubo necesidad de una serie de modificaciones constitucionales y legales tendientes a remediar serios vicios en la administración de justicia para separar ambas funciones y, más aún, encomendarlas a distintos poderes.

El Ministerio Público, institución básica de nuestro sistema jurídico por la importancia de su función en los procedimientos penales y su participación en otros de diversa naturaleza, cuenta con remotos antecedentes. Se le denomina de forma distinta según cada país, así se le conoce como Ministerio Público, Prosecutor Público, Acusador Público o Fiscal, pero las funciones que le corresponden, aunque presenten diferencias, son igualmente trascendentales.

En Europa, Francia, España e Inglaterra, entre otros países, instituyeron la figura y función del Ministerio Público desde los albores de su desarrollo jurídico propio, es decir, desde que inician el proceso de creación de su derecho nacional.

En Francia en 1303, surgen en virtud de una Ordenanza Real de Felipe IV, los Procuradores del Rey que representaban a la autoridad monárquica ante los tribunales; con el triunfo de la Revolución Francesa estos procuradores se transforman en el Acusador Público, cuya función fue sostener la acusación ante los tribunales penales. Con la expedición en 1808 del Código de Instrucción Criminal y en 1810 de la Ley de Organización Judicial se regula el Ministerio Público, órgano del Poder Ejecutivo.

En la actualidad el Código Francés de Procedimiento Criminal determina un sistema de procesamiento penal de tipo inquisitorial, toda vez que las autoridades encargadas de perseguir el delito, es decir, la policía judicial, el procurador prosecutor y el magistrado examinador; la autoridad responsable de calificar la investigación y de acusar (Sala de Acusación) y la de desarrollar el proceso y dictar sentencia, (Tribunal de Policía - en caso de contravenciones-, Tribunal Correccional - en caso de delitos-, Corte de "Assize" -en caso de crímenes-), se insertan formalmente en el ámbito del Poder Judicial.

* Procurador General de México

En Inglaterra en 1277, surge el Attorney General (Procurador General) en la Ley de Organización Judicial. Debido a la importancia que fue adquiriendo, se creó un Departamento de Justicia que quedo bajo su jurisdicción. Es de especial importancia el desarrollo de la organización judicial en este país por su influencia en los Estados Unidos y la que este último país ejerce en la posterior conformación judicial de México.

En España, el Ministerio Fiscal tuvo origen en la Ley del Fuero Juzgo; los fiscales estaban integrados a los órganos judiciales. La organización judicial Española, con ciertas adaptaciones, se reprodujo en las Colonias americanas.

En la época colonial encontramos antecedentes de la institución del Ministerio Público en mi país en la creación de la Real Audiencia y la *Chancillería* en 1527. Las ordenanzas de la Audiencia sufrieron reformas en los años de 1530 y 1536, depositándose su presidencia en el Virrey de la Nueva España. En ocasión de reformas posteriores, en los años de 1568 y 1597 se crearon la Real Sala del Crimen y la Fiscalía del Crimen.

Al Virrey se le confirió la representación personal del monarca español y, por ello, de los poderes estatales. Por su investidura de Presidente del Tribunal de la Audiencia, le correspondía firmar todas las sentencias que se dictaban por la Audiencia. Entre los miembros de la Audiencia figuraban los fiscales que actuaban como acusadores. Con el racionalismo, el Fiscal se convirtió en representante de la sociedad.

Existieron dos fiscales: de lo civil que eran los defensores de los intereses del fisco; y del crimen, que eran responsables de hacer cumplir las leyes relativas a los delitos y sus sanciones. Los fiscales se auxiliaban con los agentes fiscales o solicitadores, que posiblemente sean el antecedente más remoto de los actuales agentes del Ministerio Público Mexicano.

Es necesario precisar que a raíz de la consumación de la independencia, en la segunda década del siglo XIX y hasta la finalización de la lucha armada en la revolución mexicana un siglo después, la concepción de la procuración de justicia y su administración fue parte destacada de las luchas entre corrientes de pensamiento que dominaron la escena nacional buscando imponer una concepción de Estado y de Gobierno.

En este período el país evolucionó y experimentó profundos cambios en el ámbito de la justicia, se relevó a la policía de la función legal de investigar delitos, se distinguió a la policía administrativa de la policía judicial, se crean dos instituciones encargadas de las funciones de investigación que actuaban paralelamente con atribuciones similares: el Fiscal General y el Procurador General, con la característica de que dependían ambas, del poder Judicial, lo mismo que la policía investigadora (de ahí su nombre de policía judicial).

Sin embargo, mas allá de las concepciones dogmáticamente aceptadas en esa época, cuya pugna marco el siglo XIX, lo cierto es que los problemas en el terreno de lo real, que supusieron la procuración y la aplicación de la justicia para el ciudadano, continuaron siendo preocupaciones y crítica constante de la sociedad mexicana de la época.

En este contexto, México arribo al siglo XX con sus vertiginosas transformaciones y en sus inicios, 1900, entraron en vigor las reformas de ley (no constitucionales) por las cuales desapareció la institución del Fiscal General que se consideraba incompatible con la existencia de un Procurador General y una Secretaria de Justicia. En ese año de 1900, surge la Procuraduría General de la República cuyo nombramiento de su titular correspondería, en lo sucesivo, al Presidente de la República.

No obstante esta trascendente reforma seguían existiendo serios problemas estructurales para una debida procuración e impartición de justicia ya que el Poder Judicial seguía detentando las funciones de investigación de los delitos y el mando de la policía. Es bajo la prevalencia de estas condiciones en el ámbito de la administración de justicia, que irrumpe la revolución mexicana.

El México moderno solo es entendible si se analizan los postulados y principios constitucionales en que decantó la denominada revolución mexicana. Con la Constitución de 1917 la Institución del Ministerio Público y el Poder Judicial sufren modificaciones de trascendencia. Los artículos 21 y 102 del proyecto de Constitución presentado por el líder revolucionario constitucionalista Venustiano Carranza al Congreso de Queretaro de 1916, presentan dos cambios significativos en relación al Ministerio Público regulado por la anterior Constitución de 1857.

Por una parte, se desvinculó al Ministerio Público del juez de instrucción confiriéndosele al primero la facultad exclusiva de investigación y persecución de los delitos, así como el mando de la Policía Judicial. Se redimensionó también a la policía judicial para constituir la en un cuerpo especial, con lo que se superó la antigua práctica de que la investigación de los delitos era una actividad más, efectuada por los cuerpos de seguridad, con injerencia del Ministerio Público e incluso el propio juez instructor.

Este cambio pretendió acotar la actividad de los jueces de instrucción quienes tenían en origen funciones similares a las de los jueces de instrucción franceses, es decir, únicamente vigilaban la investigación realizada por un cuerpo técnico dirigido por el Ministerio Público sin participar en la decisión de fondo; pero con el paso del tiempo los jueces de instrucción llegaron a convertirse en verdaderos inquisidores al sustituirse en la actividad investigadora del propio ministerio y asumir junto con este y la Policía Preventiva, facultades de policía judicial lo que generó serios abusos.

Por otra parte, se pretendió acotar también la facultad de la autoridad administrativa de imponer arrestos que derivaban en graves arbitrariedades, al efecto, en la Exposición de Motivos se establecía: *"El artículo 21 de la Constitución de 1857 dio a la autoridad administrativa la facultad de imponer como corrección hasta quinientos pesos de multa, o hasta un mes de reclusión en los casos y modos que expresamente determine la ley, reservando a la autoridad judicial la aplicación exclusiva de las penas propiamente tales. Este precepto abrió una anchísima puerta al abuso, pues la autoridad administrativa se considero siempre en posibilidad de imponer sucesivamente a su voluntad, por cualquiera falta imaginaria, un mes de reclusión, mes que no terminaba en mucho tiempo"*.

La propuesta pues, se orientaba a separar claramente las facultades de la autoridad administrativa y las de la judicial, es decir, la investigación y la imposición de penas, determinando con claridad la facultad exclusiva de los jueces de imponer penas, y a la autoridad administrativa las facultades para castigar las infracciones de los reglamentos de policía, generalmente sancionadas en forma pecuniaria y no con reclusión.

Con el proyecto de Carranza se modifica sustancialmente el sistema procesal, al separar la función indagatoria de la jurisdiccional, sobre el particular, afirmaba: *"los jueces mexicanos han sido durante el periodo corrido desde la consumación de la Independencia hasta hoy, iguales a los de la época colonial, ellos son los encargados de averiguar los delitos y buscar las pruebas a cuyo efecto siempre se han considerado autorizados a emprender verdaderos asaltos contra los reos, para obligarlos a confesar, lo que sin duda alguna desnaturaliza las funciones de la judicatura"*.

"La sociedad entera recuerda horrorizada los atentados cometidos por jueces que, ansiosos de renombre, veían con positiva fruición que llegase a sus manos un proceso que les permitiera desplegar un sistema completo de opresión, en muchos casos contra personas inocentes, y en otros contra la tranquilidad y el honor de las familias, no respetando en sus inquisiciones, ni las barreras mismas que terminantemente establecía la ley".

La Constitución de 1917 pretendió mejorar la administración de justicia separando las funciones de procuración de aquellas de carácter jurisdiccional y redefiniendo las funciones del Ministerio Público como se advierte cuando en la exposición de motivos se afirma: *"La misma organización del Ministerio Público, a la vez que evitara ese sistema procesal tan vicioso, restituyendo a los jueces toda la dignidad y toda la respetabilidad de la magistratura, dará al Ministerio Público toda la importancia que le corresponde, dejando exclusivamente a la persecución de los delitos, la busca de los elementos de convicción que ya no se hará por procedimientos atentatorios y reprobados, y la aprehensión de los delincuentes"*.

Con esto se trato de evitar también la practica común a la que continuamente recurrían los presidentes municipales y la policía preventiva de aprehender a quienes consideraban sospechosos, sin mas consideración que su criterio personal. Carranza estaba convencido de que la Institución del Ministerio Público en los términos de su propuesta garantizaría plenamente la libertad individual porque según el artículo 16, nadie podría ser detenido sino por orden de la autoridad judicial, misma que debería ser ejecutada por la policía judicial dependiente del Ministerio Público. Este artículo permaneció sin modificaciones hasta el año de 1993, actualmente el Constituyente Permanente aprobó modificarlo sustancialmente con el propósito de volver a su espíritu original.

Del mismo modo, el artículo 21 Constitucional aprobado en 1917, queda redactado de la siguiente manera: *"La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía, Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquel. Compete a la autoridad administrativa el castigo de las infracciones de los reglamentos gubernamentales y de policía, el cual únicamente consistirá en multa o arresto por treinta y seis horas, pero si el infractor no pagase la multa que se le hubiera impuesto, se permutara esta por el arresto correspondiente, que no excederá, en ningún caso de quince idas. Si el infractor fuese jornalero u obrero, no podrá ser castigado con multa mayor del importe de su jornal o sueldo en una semana".*

De esta manera se decantan los rasgos actuales del Ministerio Público: se le confiere la titularidad y exclusividad del ejercicio de la acción penal y se subordina al mismo a la policía judicial. La relación de la policía con la autoridad investigadora es clara: de subordinación en beneficio del ciudadano.

El artículo 102 constitucional se aprobó el 21 de enero de 1917, en la 54a. sesión ordinaria del Congreso Constituyente, en los siguientes términos: *"La Ley organizará el Ministerio Público de la Federación, cuyos funcionarios serán nombrados y removidos libremente por el Ejecutivo, debiendo estar presididos por un Procurador General, el que debería tener las mismas calidades requeridas para ser magistrado de la Suprema Corte."*

"Estará a cargo del Ministerio Público de la Federación la persecución ante los tribunales de todos los delitos del orden federal y, por lo mismo, a él le corresponderá solicitar las ordenes de aprehensión contra los reos, buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de estos, hacer que los juicios se sigan con toda regularidad para que la administración de justicia sea pronta y expedita, pedir la aplicacion de las penas e intervenir en todos los negocios que la misma ley determine".

"El Procurador General de la República intervendrá personalmente en todos los negocios en que la Federación fuere parte, y en los casos de los ministros, diplomáticos y cónsules generales y en aquellos que se suscitaren entre dos o más Estados de la Unión, entre un Estado y la Federación o entre los poderes de un mismo Estado. En los demás casos en que deba intervenir el Ministerio Público de la Federación, el Procurador General podrá intervenir por sí o por medio de alguno de sus agentes".

"El Procurador General de la República será el consejero jurídico del Gobierno, y tanto él como sus agentes se someterán estrictamente a las disposiciones de la ley, siendo responsables de toda falta u omisión o violación en que incurran con motivo de, sus funciones".

Esta disposición introdujo una nueva facultad inspirada en la figura del Attorney General de los Estados Unidos: la relativa a la asesoría jurídica al Ejecutivo Federal que en la actualidad en el país se desarrolla por una oficina especializada dependiente del Presidente de la República.

Las características fundamentales del Ministerio Público introducidas por la Constitución de 1917 y que a la fecha perfilan nuestro sistema de procuración de justicia y las relaciones entre fiscales, agentes del Ministerio Público y la policía, son las siguientes: se le confiere la exclusividad en el ejercicio de la acción penal, por tanto, la persecución de los delitos y la acusación ante los tribunales, de los responsables de su comisión; se le otorga el mando y dirección de la Policía Judicial encargada de la investigación de los delitos, la búsqueda de pruebas y el descubrimiento de los responsables; se define su carácter de representante social; se le otorga la facultad de vigilancia del cumplimiento de la Constitución y de las

leyes en el juicio de amparo; se constituye como el consejero jurídico del Gobierno Federal, el promotor de la acción penal de los asuntos federales, que debe hacer valer ante los tribunales, en los términos de la normatividad aplicable.

Con estas disposiciones, el Ministerio Público adquiere nueva dimensión y nuestro proceso penal se define constitucionalmente como acusatorio. El órgano encargado de investigar los delitos y formular acusaciones ante el Poder Judicial es el Ministerio Público, que depende del Poder Ejecutivo.

Adicionalmente, la Constitución de 1917 determinó la obligación de las entidades federativas de instituir la figura del Ministerio Público en sus disposiciones constitucionales y la imposibilidad del juez de lo penal de actuar de oficio, lo que implicó necesariamente la existencia previa de la acusación formulada por el Ministerio Público para conocer de un asunto.

Las funciones del Ministerio Público y del Poder Judicial en materia penal han permanecido a la fecha, sin modificaciones en lo esencial, si bien se han expedido diversas leyes que regulan las atribuciones de cada institución e incluso modificado algunos preceptos constitucionales que les atañen.

Sin embargo, es necesario destacar que la presente década significó cambios en el sistema de enjuiciamiento penal cuya modificación reciente marcara, sin duda, las directrices de la justicia mexicana del próximo siglo.

En efecto, en 1993 se dieron profundas transformaciones en el sistema de enjuiciamiento penal en México, al modificarse en la Constitución y las leyes reglamentarias el concepto de "cuerpo del delito" y sustituirse por la figura de los "elementos del tipo penal", con ello se desequilibró el peso específico de las etapas del procedimiento penal y se desnaturalizó la fase de instrucción.

Antes de 1993, para que un juez dictara una orden de aprehensión o un auto de formal prisión debían acreditarse la materialidad de la figura delictiva, es decir, el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad.

Las reformas de 1993 a los artículos 16 y 19 constitucionales convirtieron a la etapa de averiguación previa y a la preinstrucción prácticamente, en un "juicio sumario", porque para que un juez dicte, primero una orden de aprehensión y, posteriormente, emita un auto que permita iniciar un proceso, el Agente del Ministerio Público debe acreditar todos los elementos que integran el tipo penal del delito y la probable responsabilidad del inculpaado.

Lo anterior significó la necesidad de acreditar la materialidad de la figura delictiva, los elementos normativos de esa conducta, los elementos subjetivos de la misma así como la probable responsabilidad penal.

Por otra parte, tanto la ley secundaria como la jurisprudencia aumentaron las exigencias técnicas en la investigación, al precisar que en esta etapa para la emisión de un auto de inicio de proceso deberían estar acreditados todos los elementos del tipo penal cuya existencia se requiere, que son: la comprobación de la existencia de una acción u omisión que lesione un bien jurídico o lo ponga en peligro; la culpa o dolo en ellas; la forma de intervención del sujeto activo; la calidad de los sujetos activo y pasivo; el resultado de su atribución a la acción u omisión; el objeto material; los medios utilizados; las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión; los elementos subjetivos específicos; la responsabilidad del inculpaado; y las modificativas y calificativas del delito.

Por todo esto la instrucción, en la práctica, quedó reducida al hecho de que el Agente del Ministerio Público sostenga su acusación y la defensa la destruya, ya que se desnaturalizó el espacio procesal ante el órgano judicial, es decir, lo que en realidad está a juicio, es la acusación del Agente del Ministerio Público y no como debiera ser, conocer la verdad sobre una conducta criminal.

Con las reformas constitucionales descritas se generaron ciertos espacios de impunidad, porque si bien se incrementaron las exigencias técnicas para la emisión de ordenes de aprehensión y autos de

procesamiento, como ya se ha indicado, no se modificó una condición sustantiva para que dichos requisitos puedan ser reunidos como la ley lo marca; esta condición es el tiempo en que se puede desarrollar una investigación con detenido.

Es decir, las implicaciones de la sustitución del cuerpo del delito por los elementos del tipo penal, no tocaron el término de 48 horas de que disponía el Agente del Ministerio Público para probar los indicios y la presunta responsabilidad de un sujeto, porque a partir de 1993, se le exige la acreditación de mayores elementos en el mismo término, lo cual deviene en que cada día un mayor número de personas involucradas en la comisión de delitos queden en libertad por la imposibilidad que tienen las Procuradurías de Justicia de reunir, en ese reducido plazo, los requisitos necesarios para poner a disposición de un juez a un sujeto, en caso de flagrancia.

En países que han adoptado la escuela finalista de la acción penal como orientación de su procedimiento penal, misma que siguió México en sus reformas constitucionales de 1993, los plazos de prisión preventiva, es decir, detención para efectos de investigación son congruentes con las exigencias legales que las constituciones y leyes les imponen para llevar a un sujeto acusado de cometer un ilícito ante un juez. En Alemania, una persona puede estar detenida hasta por seis meses, en Perú hasta nueve meses tratándose de la investigación ordinaria y doce para la extraordinaria; el término se duplica en casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas. En Colombia, se puede detener a una persona sorprendida en flagrancia para investigarla, hasta por ocho días a partir de que se ordena el inicio de la investigación, y hasta por 15 en los demás casos. En México, un detenido solo puede permanecer ante el Agente del Ministerio Público por 48 horas y en casos excepcionales, es decir, tratándose de delincuencia organizada, por 96 horas.

Esto significa que la legislación actual no contempla el elemento básico para lograr una mejor procuración de justicia al adoptar mayores requisitos para que el Ministerio Público pueda llevar a proceso penal a una persona, que es la detención del inculcado por tiempos razonables para efectuar una investigación a la altura de las exigencias legales del sistema enjuiciatorio. A lo más que se llega fue al establecimiento de la figura jurídica conocida como arraigo domiciliario cuya violación, sin embargo, hasta hoy no se considera delito. Lo anterior da clara idea del enorme problema de procuración de justicia que se ha presentado en los últimos años en México.

Por ello, en diciembre de 1997, el Ejecutivo Federal envió al Constituyente Permanente, la primera de las instancias encargadas de recibir, discutir y aprobar reformas a la Constitución, un paquete de reformas a los artículos 16, 19, 20, 21, 22 y 123 apartado B de la Constitución, cuyo propósito consistió en hacer más eficiente la procuración de justicia en México; esas reformas fueron aprobadas el 10 de noviembre de 1998 por los legisladores federales y se encuentran en proceso de revisión en los órganos legislativos locales, como lo prevé la Carta Magna de mi país.

Las propuestas de modificación a los artículos 16 y 19 de la Constitución, pretenden regresar al espíritu original del procedimiento penal mexicano, que es el resultado de un largo proceso que ha llevado siglos construir y de una lógica histórica que no puede obviarse, para así, recuperar la finalidad y características propias de cada una de sus etapas.

La propuesta formulada no desconoce derechos universalmente aceptados, no atenta contra garantías individuales, no abre la puerta a la arbitrariedad. Con ella no se anulan las conquistas de legalidad, seguridad jurídica y debido proceso que tanto han costado a los mexicanos; su propósito es combatir frontalmente a la delincuencia, cerrarle los caminos a la impunidad, recuperar los espacios vitales de la sociedad mexicana y garantizar un mejor futuro.

Esta propuesta de reforma constitucional afortunadamente ya ha sido aprobada por el Constituyente Permanente en sus dos Cámaras y se espera que en breve la mayoría de las legislaturas de cada Estado que componen la Federación la aprueben, con lo que entrara en vigor ayudando a restituir un ambiente de seguridad y justicia para los habitantes del país.

Por lo que se refiere al Poder Judicial Federal y de los Estados de la Federación, en diciembre de 1994 se inicia el proceso de reformas Constitucionales que transforman la estructura del Poder Judicial Federal e introducen las bases para la organización y funcionamiento de los órganos de justicia locales, mismos que inciden en la actuación de los órganos de procuración de justicia.

La organización judicial federal quedó integrada con la Suprema Corte de Justicia, el Tribunal Electoral, los Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito, los Juzgados de Distrito, y el Consejo de la Judicatura Federal.

Se dispuso que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se integrara por once ministros que durarían en su cargo quince años (y no veintiuno como venían trabajando), y solo podrían ser removidos en los términos del Título Cuarto de la Constitución. Se determinó que los nombramientos de Ministro deben recaer en personas que hayan servido con eficacia, capacidad y probidad en la impartición de justicia o que se hayan distinguido por su honorabilidad, competencia y antecedentes profesionales en el ejercicio de la actividad jurídica.

Con relación a los Magistrados de Circuito y los Jueces de Distrito se estableció que serían nombrados y adscritos por el Consejo de la Judicatura Federal, con base en criterios objetivos y de acuerdos a los requisitos y procedimientos de ley. Estos servidores públicos judiciales duran seis años en el ejercicio de su encargo.

La administración, vigilancia y disciplina del Poder Judicial de la Federación, con excepción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quedó a cargo del Consejo de la Judicatura Federal, órgano integrado por siete miembros de los cuales, uno de ellos es el Presidente de la Suprema Corte de Justicia, quien asume también la presidencia del Consejo; los otros son: un Magistrado de los Tribunales Colegiados de Circuito, un Magistrado de los Tribunales Unitarios de Circuito y un Juez de Distrito, (electos mediante insaculación); dos Consejeros designados por el Senado y uno por el Presidente de la República.

Se confirieron al Consejo de la Judicatura Federal facultades para determinar el número, la división en circuitos, la competencia territorial y, la especialización por materia de los Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y de los Juzgados de Distrito.

El Consejo funciona en Pleno o en comisiones, correspondiéndole al Pleno resolver, entre otros asuntos, de la designación, adscripción y remoción de magistrados y jueces.

A la Suprema Corte de Justicia de la Nación se le confiere la facultad de solicitar al Consejo de la Judicatura Federal averiguar la conducta de algún juez o magistrado federal cuya actuación sea irregular.

Se creó un importante órgano especializado del Poder Judicial de la Federación, el Tribunal Electoral, que es la máxima autoridad jurisdiccional en la materia con excepción de lo dispuesto en la fracción 11 del artículo 105 de la Constitución. (acciones de inconstitucionalidad que resuelve la SCJN). La administración, vigilancia y disciplina en este Tribunal corresponden a una Comisión del Consejo de la Judicatura Federal.

Con estas reformas, y como ya he comentado, la facultad de consejero jurídico del Ejecutivo Federal antes depositada en el Procurador General de la República se confirió a una nueva dependencia del Ejecutivo, la Consejería Jurídica, y se incrementaron las facultades del Ministerio Público, si bien, se otorgaron al Poder Judicial de la Federación facultades para conocer de los casos de desistimiento y no-ejercicio de la acción penal vía amparo, con lo que se han fortalecido los mecanismos de control entre ambos poderes y las garantías de los ofendidos y víctimas del delito en esta materia.

Como se ha podido advertir a lo largo de esta exposición, son muy estrechas las relaciones entre las instancias procuradoras y las impartidoras de justicia en materia penal, siendo su origen y evolución parte medular de las aspiraciones permanentes y luchas por la justicia del pueblo mexicano.

Así, en la actualidad, la ley atribuye al Ministerio Público promover la pronta, expedita y debida procuración e impartición de justicia; en el orden federal, el Ministerio Público interviene ante las autoridades judiciales en todos los negocios en que la Federación es parte, cuando se afecten sus intereses patrimoniales o tenga interés jurídico, como también en los casos de los diplomáticos y los cónsules generales.

Para vigilar la observancia de la constitucionalidad y legalidad y promover la pronta, expedita y debida procuración e impartición de justicia, el Ministerio Público ejerce una serie de importantes facultades que lo vinculan con el Poder Judicial y son ejercidas personalmente por el titular de la Procuraduría General de la República:

- ◆ La intervención como parte en todos los juicios de amparo, que comprende las actuaciones necesarias para el ejercicio de las facultades que confieren al Procurador General de la República las fracciones V y VIII del artículo 107 constitucional;
- ◆ La formulación de denuncias sobre la existencia de tesis contradictorias sostenidas por tribunales federales;
- ◆ La intervención en las controversias constitucionales y en las acciones de inconstitucionalidad;
- ◆ La formulación de peticiones a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para que atraiga los amparos directos o en revisión que por su interés y trascendencia, así lo ameriten.

El Ministerio Público de la Federación, por ley, interviene ante las autoridades judiciales en todos los negocios en que la Federación sea parte, cuando se afecten sus intereses patrimoniales o tenga interés jurídico, de esta manera, es parte en el juicio de amparo, es coadyuvante en los negocios en que sean parte o tengan interés jurídico las entidades paraestatales de la Administración Pública Federal, a solicitud del coordinador de sector correspondiente.

Sin lugar a dudas, gran parte de la actividad del Ministerio Público radica en la persecución de los delitos que, en el orden federal, se manifiesta en la averiguación previa, la recepción de denuncias o querellas sobre acciones u omisiones que puedan constituir delito; la investigación de los delitos; la práctica de las diligencias necesarias para la acreditación de los elementos del tipo penal del delito y la probable responsabilidad del indiciado, así como para la reparación de los daños y perjuicios causados; la detención o retención de los probables responsables de la comisión de delitos, en los términos previstos por el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; el aseguramiento y tramitación del destino de los instrumentos, objetos y productos del delito; la restitución provisional al ofendido en el goce de sus derechos; la concesión de la libertad provisional a los indiciados; la solicitud al órgano jurisdiccional de las ordenes de cateo, las medidas precautorias de arraigo, el aseguramiento o el embargo precautorio de bienes.

Ante los órganos jurisdiccionales, el Ministerio Público despliega una importante función tanto en fase de averiguación previa como de preinstrucción e instrucción: ejercer la acción penal cuando exista denuncia, acusación o querrela, están acreditados los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad de quien o quienes en el hubieren intervenido; solicitar las ordenes de aprehensión, reaprehensión o comparecencia.

Al Ministerio Público compete poner a disposición de la autoridad judicial a las personas detenidas y aprehendidas, dentro de los plazos establecidos por la ley; aportar las pruebas y promover las diligencias conducentes para la debida comprobación de la existencia del delito; formular conclusiones; solicitar la imposición de las penas y medidas de seguridad que correspondan y el pago de la reparación de los daños y perjuicios o, en su caso, plantear las causas de exclusión del delito o las que extinguen la acción penal; impugnar, en su caso, las resoluciones judiciales.

Para ejercer las atribuciones conferidas por la Constitución y la Ley, el Ministerio Público de la Federación cuenta con Unidades Especializadas, que pueden actuar en todo el territorio nacional, para la persecución de delitos en particular, con Fiscalías Especiales para el conocimiento, atención y persecución

de delitos específicos que por su trascendencia, interés y características requieran ser atendidos por ellas. En ambos casos, las funciones ministeriales son las mismas, pero existe una especialización en la atención de ciertos delitos.

En el proceso penal, el Ministerio Público actúa como parte; es sin lugar a dudas esta etapa procedimental la que implica mayor relación entre el órgano ministerial y el jurisdiccional. La relación es de tal forma cercana que la Procuraduría General de la República asigna a cada Juzgado de Distrito, Tribunal Colegiado y Tribunal Unitario, Agentes del Ministerio Público para que sigan con toda acuciosidad los procesos y los juicios de amparo en que deben intervenir.

Estos servidores públicos en lo concreto son los responsables inmediatos de cuidar que los tribunales federales apliquen estrictamente las leyes y de que las resoluciones de aquellos se cumplan debidamente.

Espero que con esta breve exposición se hayan podido mostrar las relaciones que en México guarda la actuación de los fiscales representados por la Institución del Ministerio Público, los Jueces y la Policía; para entenderlas a cabalidad habría que señalar su origen, evolución y su importancia en la aspiración de la sociedad mexicana por alcanzar la justicia. Se puede afirmar con toda convicción que el propósito de la Procuraduría General de la República y de las procuradurías de justicia de cada una de las entidades federativas que componen el Estado Mexicano, es el mismo que anima al Poder Judicial: la prevalencia del Estado de Derecho, el respeto a la vida, la integridad, la propiedad de las personas, el apego a la norma jurídica, la cultura del respeto a la legalidad.

En vísperas del nuevo milenio, ambas instituciones tienen frente a ellas el reto de hacer de la Justicia en México una realidad concreta y tangible, de atacar frontalmente la impunidad que se abate sobre la sociedad, combatir la delincuencia en sus diversas manifestaciones, restablecer el orden público, y generar las condiciones que permitan a los mexicanos su desarrollo armónico.

Muchas Gracias.

ANEXO I

"REFORMAS A LA JUSTICIA PENAL EN LAS AMERICAS" Washington, D.C., 17-20 de noviembre de 1998

PROGRAMA DE LA CONFERENCIA

17 de noviembre 1998

- 6:30 p.m. Recepción
Hotel Hilton Embassy Row, Consulate Ballroom
2015 Massachusetts Ave. N.W.
- 7:30 p.m. Cena
Hotel Hilton Embassy Row, Consulate Ballroom
- Palabras Inaugurales
Dra. Janet Reno
Procuradora General de los Estados Unidos de América;
- Profesor Thomas Buergenthal
Presidente
Fundación para el Debido Proceso Legal
- Dr. Diego Betancur
Mensaje del ex-Presidente de Colombia Belisario Betancur
- Dr. Charles Norberg
Presidente
Fundación Interamericana de Abogados
- Dr. Reinaldo Figueredo
Presidente del Consejo Directivo
Fundación para el Debido Proceso legal

18 de noviembre de 1998

Banco Interamericano de Desarrollo
Salon E9B, 9no piso
1300 New York Avenue, N.W.
Washington, D.C.

- 9:00 a.m. Ponencias Inaugurales de la Conferencia
- Profesor Thomas Buergenthal

Presidente
Fundación para el Debido Proceso Legal

Dr. Fernando Carrillo Flores
Especialista Principal en Reforma del Estado
División de Estado y Sociedad Civil
Departamento de Desarrollo Sostenible
Banco Interamericano de Desarrollo (BID)

9:30 a.m. Revisión de los Movimientos de Reforma del Proceso Penal

Moderador: Profesor Thomas Buergenthal

Tendencias Globales
Profesor Mirjan Damaska
Escuela de Derecho
Yale University

Tendencias Regionales
Dr. José Cafferata Nores
Diputado Nacional
República Argentina

10:30 a.m. Receso

11:00 a.m. Debate

12:30 p.m.

Almuerzo

Moderador: Dr. Reinaldo Figueredo

Discurso del Lic. Jorge Madrazo
Procurador General de México

2:30 p.m.

Un Modelo Reciente: El Nuevo Código de Proceso Penal Venezolano

Moderador: Dr. Douglass Cassel
Secretario y Miembro del Consejo Directivo
Fundación para el Debido Proceso Legal

Ponencia:
"Objetivos y Contenidos de la Reforma al Código de Proceso Penal en Venezuela"
Dra. Gisela Parra Mejías,
Presidente del Consejo de la Judicatura, Venezuela

La Reforma en Venezuela: Logros y Problemas

Panelistas:

Dr. Fernando Fernández

Baker & McKenzie, Venezuela
Director de Amnistía Internacional, Sección Venezuela

Dr. Alberto Arteaga Sánchez
Estudio Jurídico Arteaga Sánchez y Asociados
Profesor de Derecho Penal, Universidad Central de Venezuela

3:30 p.m. Debate

4:15 p.m. Receso

4:30 p.m. La Reforma Procesal en Chile

Moderador: Dr. Fernando Carrillo, BID

Ponencia:

"La Reforma al Sistema de Enjuiciamiento Criminal en Chile"
Dra. Julia M. Loreto Ruz Donoso
Sub-Coordinadora General
Unidad Coordinadora de la Reforma Procesal Penal
Ministerio de Justicia, Chile

4:50 p.m. Debate

5:45 p.m. Fin de la Sesión

19 de noviembre de 1998

Salón E9B
Banco Interamericano de Desarrollo

Nuevas Instituciones y Sistemas: Cómo Encarar los Problemas a Nivel Nacional

9:15 a.m. El Juez, el Fiscal y el Abogado Defensor: Nuevas Funciones y Viejas Costumbres?

Moderadora: Dra. Beatriz Mejía Mori
*Profesora, Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú*

Panelistas:

Dr. Alvaro Ferrandino
Instituto de la Defensa Pública Penal, Costa Rica

Dr. Jaime Giraldo
Ex-Ministro de Justicia, Colombia

Dr. Juan Enrique Vargas,
Profesor e Investigador
Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Chile

10:15 a.m. Debate

11:15 a.m. Receso

11:30 a.m. Los Derechos del Acusado: Una Mejor Protección?

Moderadora: Dra. Christina Biebesheimer, *División Estado y Sociedad Civil,*
Banco Interamericano de Desarrollo

Panelistas:

Profesor Mauricio Duce
Profesor e Investigador
Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Chile

Dr. Miguel Trejo Escobar
Magistrado de la Cámara de Menores de la Primera Sección del Centro, El
Salvador

Licenciada Yolanda Pérez Ruíz
Magistrada, Corte de Apelaciones Quetzaltenango, Guatemala

12:15 p.m. Debate

1:00 p.m. Almuerzo

2:30 p.m. La Investigación Penal: Problemas Prácticos de la Coordinación de Funciones
entre Jueces, Fiscales y la Policía

Moderador: Dr. Peter Messitte, *Juez Federal de Distrito, Maryland, EEUU*

Ponencia:
Dr. Jorge Madrazo
Procurador General de México

3:30 p.m. Receso

3:45 p.m. Debate

5:00 p.m. Fin de la Sesión

20 de noviembre de 1998

Salón E9B
Banco Interamericano de Desarrollo

9:00 a.m.

La Selección y Capacitación de Jueces, Fiscales y Defensores Públicos

Moderadora: Dra. Linn Hamnergren, *Especialista en Reformas Penales, Banco Mundial*

Temas:

Cambios Necesarios en las Prácticas de Selección y Capacitación para Implementar Reformas del Procedimiento Penal

El Papel de las Facultades de Derecho y los Centros de Capacitación Judicial

La Cooperación regional: Modalidades y Marco Institucional

Panelistas:

Dr. José Albino Tinetti
*Director,
Escuela de Capacitación Judicial, El Salvador*

Dr. Alvaro Ferrandino
*Director de la Oficina de Defensa Pública
Corte Suprema de Justicia, Costa Rica*

Licenciada Yolanda Pérez Ruíz
Magistrada, Corte de Apelaciones Quetzaltenango, Guatemala

12:00 p.m.

Conclusiones y Observaciones Finales

Dra. Fay Armstrong
*Administración de Justicia
Departamento de Planificación Política
Departamento de Estado, EEUU*

Norma Parker
*Deputy Assistant Administrator
Area América Latina y el Caribe
Agencia Internacional para el Desarrollo*

Dr. Reinaldo Figueredo
*Presidente del Consejo Directivo
Fundación para el Debido Proceso Legal*

Profesor Thomas Buergenthal
*Presidente
Fundación para el Debido Proceso Legal*

1:30 p.m.

Fin de la Conferencia

ANEXO II

"REFORMAS A LA JUSTICIA PENAL EN LAS AMERICAS"

Washington, D.C. , 17-20 de Noviembre de 1998

LISTA DE PARTICIPANTES

Dra. Fay Armstrong

Administración de Justicia
Office of Policy Planning, Coordination and Press,
U.S. Department of State

Dr. Alberto Arteaga Sánchez

Arteaga Sánchez & Asociados,
Profesor de Derecho Universidad Central de Venezuela

Dr. Andrés Barreto

Director, Programa de Administración de Justicia
Fundación Interamericana de Abogados, EEUU

Dra. Christina Biebesheimer

División de Estado y Sociedad Civil
Banco Interamericano de Desarrollo

Dr. Rafael Bielsa

Director Unidad Ejecutora
Programa de Reforma del Sistema Judicial
Ministerio de Justicia
República Argentina

Profesor Thomas Buergenthal

Presidente, Fundación para el Debido Proceso Legal,
Profesor de Derecho Internacional y Comparado
The George Washington University, USA

Dr. José Cafferata Nores

Diputado ante el Congreso Nacional
República Argentina

Dr. Fernando Carrillo

Especialista Principal en Reforma del Estado
División de Estado y Sociedad Civil
Departamento de Desarrollo Sostenible
Banco Interamericano de Desarrollo (BID)

Profesor Douglass Cassel

Miembro y Secretario del Consejo Directivo
Fundación para el Debido Proceso Legal
Director, Centro Internacional de Derechos Humanos
Facultad de Derecho, Northwestern University

Dra. Maria Dakolias
Abogada, Banco Mundial

Professor Mirjan Damaska
Sterling Professor of Law
Yale University

Lic. Alejandro Díaz de León
Representante Adjunto del Procurador General
Embajada de México
Washington, D.C.

Profesor Mauricio Duce
Profesor e Investigador
Facultad de Derecho,
Universidad Diego Portales, Chile

Dr. Francisco Eguiguren Praeli
Profesor de Derecho Constitucional,
Pontificia Universidad Católica del Perú

Dr. Fernando M. Fernández
Estudio Jurídico Baker & McKenzie,
Director de Amnistía Internacional, Sección Venezuela

Dr. Alvaro Ferrandino
Director, Oficina de Defensa Pública
Corte Suprema de Justicia, Costa Rica

Dr. Wilfredo Ferrer
Counsel to the Attorney General
United States Department of Justice, USA

Dr. Carlos Armando Figueredo Planchart
Estudio Jurídico Figueredo y Asociados,
Presidente de la Federación Venezolana
de Fundaciones Privadas

Dr. Reinaldo Figueredo Planchart
Ex-Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela,
Presidente del Consejo Directivo,
Fundación para el Debido Proceso Legal

Alfredo Forti
Presidente, Forti and Associates, USA

Dr. Jaime Giraldo
Ex-Ministro de Justicia, Colombia

Lic. Gustavo González Baez
Representante del Procurador General de México
Embajada de México, Washington, D.C.

Dra. Linn Hammergren
Especialista en Reformas de Justicia
Banco Mundial

Lic. Eduardo Ibarola

Subsecretario de Justicia y Relaciones Internacionales
Oficina del Procurador General, México

Dra. Ana Klenicki

Asesora, Estado de Derecho
U.S. Agency for International Development, USA

Lic. Jorge Madrazo

Procurador General de México

Dr. Waleed Malik

Especialista en Administración del Sector Público
Banco Mundial

Dra. Celia Beatriz Mejía Mori

Profesora de Metodología, Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú

Juez Peter Messitte

United States District Court for
the District of Maryland, USA

Norma J. Parker

Deputy Assistant Administrator
Bureau for Latin America and Caribbean
U.S. Agency for International Development, USA

Dra. Gisela Parra Mejías

Presidente, Consejo de la Judicatura
Venezuela

Lic. Yolanda Pérez Ruíz

Magistrada Corte de Apelaciones
Quetzaltenango, Guatemala

Dra. Loreto Ruz Donoso

Sub-Coordinadora General
Unidad Coordinadora de la Reforma Procesal Penal
Ministerio de Justicia, Chile

Dr. Michael Singer

Profesor de Derecho,
Tesorero, Fundación para el Debido Proceso Legal

Dra. Janice Stromsen

Director, International Criminal Investigative
Training Assistance Program,
Criminal Division, U.S. Department of Justice, USA

Dr. José Albino Tinetti

Director, Escuela de Capacitación Judicial
El Salvador

Dr. Miguel Alberto Trejo Escobar
Magistrado de la Cámara de Menores
El Salvador

Dr. Paul Vaky
Criminal Division,
U.S. Department of Justice, USA

Dr. Juan Enrique Vargas
Profesor e Investigador
Facultad de Derecho
Universidad Diego Portales, Chile

Dr. Antonio Pérez Velasco
Delegado Adjunto
Defensoría del Pueblo
Bolivia