

XII, 1996

Julio B. J. Maier - Kai Ambos
- Jan Woischnik
— *Coordinadores* —

LAS REFORMAS
PROCESALES PENALES
EN AMÉRICA LATINA

Prólogos de:
ALBIN ESER y STEFAN JOST



Konrad
-Adenauer-
Stiftung

AD·HOC

INSTITUTO MAX PLANCK
PARA DERECHO PENAL
EXTRANJERO E INTERNACIONAL

Primera edición: octubre 2000

Esta edición se terminó de imprimir en
Octubre de 2000 en Gráfica Laf s.r.l.,
Loyola 1654 - (1414) Capital Federal

2000/02/11

DIRECCIÓN EDITORIAL
Dr. Rubén O. Villela

Copyright by AD-HOC S.R.L.
Dirección, Administración y Correspondencia:
Viamonte 1450 - Tel./Fax: 4371-0778 / 4371-6635
C1055ABB Buenos Aires, República Argentina
E-mail: info@adhoc-villela.com
Internet: www.adhoc-villela.com

Printed in Argentina
Derechos reservados por la ley 11.723
ISBN: 950-094-270-3

ÍNDICE

<i>Presentación</i>	9
<i>Prólogo de Albin Eser</i>	13
<i>Prólogo de Stefan Jost</i>	15
<i>Introducción, por Eberhard Struensee y Julio B. J. Maier</i>	17
1. Panorama	17
2. Historia	19
3. La reforma	23
4. Las perspectivas futuras	29

INFORMES NACIONALES

<i>Argentina, por Fabricio Guariglia y Eduardo Bertoni</i> . .	35
<i>Bolivia, por Reinaldo Imaña Arteaga</i>	75
<i>Brasil, por Fauzi Hassan Choukr</i>	123
<i>Chile, por Cristián Riego</i>	167
<i>Colombia, por Oscar Julián Guerrero Peralta</i>	197
<i>Costa Rica, por Daniel González Álvarez</i>	169
<i>Cuba, por Ramón de la Cruz Ochoa</i>	325

<i>El Salvador, por José Ricardo Membreño</i>	373
<i>Guatemala, por Luis Rodolfo Ramírez García y Miguel Ángel Urbina</i>	443
<i>Honduras, por José María Palacios M.</i>	509
<i>México, por Moisés Moreno Hernández</i>	543
<i>Paraguay, por Alfredo Enrique Kronawetter</i>	605
<i>Perú, por César E. San Martín Castro</i>	657
<i>Uruguay, por Gonzalo D. Fernández</i>	719
<i>Venezuela, por Sergio Brown Cellino</i>	769
RESUMEN COMPARATIVO DE LOS INFORMES NACIONALES	
<i>Las reformas procesales penales en América latina, por Kai Ambos y Jan Woischnik</i>	835

PRESENTACIÓN

El Instituto Max Planck para el Derecho penal extranjero e internacional (*Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*, en adelante MPI) y la Fundación Konrad Adenauer (*Konrad Adenauer Stiftung*, en adelante KAS), ambas instituciones de la República Federal de Alemania, decidieron colaborar mutuamente para la preparación de un libro descriptivo del estado de la legislación procesal penal de los países del ámbito regional conocido como Latinoamérica (países de Centro y Sudamérica hispano-luso parlantes). La razón de esta decisión conjunta se vincula estrechamente a la tendencia reformista del Derecho procesal penal que, en más o en menos, recorre todo ese ámbito no sólo desde el punto de vista meramente académico, sino, incluso, en varios países, también desde el punto de vista legislativo y operativo. La meta del estudio y la investigación se puede deducir, con facilidad, de las incumbencias de ambas instituciones participantes: el conocimiento comparado de un área jurídica que coincide con el objeto del instituto académico, por una parte, y la misma necesidad de la fundación política para desarrollar sus planes de asistencia a países extranjeros, fundamentalmente en vías de desarrollo o emergentes, por la otra.

Una vez decidido el contenido de la investigación y precisada su meta, el señor Director del MPI, Prof. Dr. Albin Eser, con anuencia de la KAS, procedió a interesar al profesor de la Universidad de Buenos Aires, Dr. Julio B. J. Maier, para coordinar con él el proyecto. La gestión académica del mismo correspondió al referente científico para Hispanoamérica, Dr. Kai Ambos, y al colaborador científico, Dr. Jan Woischnik, mientras el Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano (en adelante CIEDLA) con su programa de Estado de Derecho, Instituto Científico para Amé-

rica latina de la KAS, con sede en Buenos Aires (fundamentalmente el señor Norbert Lösing y su sucesor, el Dr. Stefan Jost), apoyaba y gerenciaba económicamente al proyecto. Luego se preparó, en colaboración, el temario de la encuesta, de modo tal de lograr la mayor uniformidad posible en los informes a rendir por relatores nacionales, de alcanzar las metas prefijadas y de atender a la particularidad reformista que recorría —en mayor o menor medida, según hemos dicho— los países de la región. En este último sentido, fue tenida especialmente en cuenta la diversidad de alcances y de grado de progreso de las reformas en curso, en cada país participante. Presidió siempre el temario la idea de conocer el grado de adecuación del Derecho procesal penal de cada país a las diversas convenciones, universales y regionales, sobre derechos humanos, que muchos de los países latinoamericanos han ratificado e, incluso, incorporado a sus constituciones. También se decidió que los profesores doctores Maier y Struensee tuvieran a su cargo la *Introducción* y los señores Ambos y Woischnik, el *Resumen Comparativo* de los informes nacionales.

El próximo paso se correspondió con la elección de esos países y de los relatores que tendrían a su cargo el informe. En esta etapa de elaboración se contó con el aporte valioso del *Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales* (en adelante INECIP), de Buenos Aires, con amplios conocimientos y vínculos en la mayor parte de los países latinoamericanos a través de su red. El núcleo de países participantes configura una muestra más que válida para comprender el alcance y estado actual del Derecho procesal penal latinoamericano y de la reforma del sistema inquisitivo heredado de sus colonizadores. Los relatores, cuyos nombres nos eximimos de designar, porque constan en cada uno de los trabajos, son actores académicos, políticos o prácticos de este movimiento, en sus respectivos países de origen.

Una primera reunión-seminario, para explicar el proyecto y sus bases, se realizó en Santiago de Chile, en noviembre de 1997, con la presencia de los coordinadores, los colaboradores inmediatos y los relatores de los países participantes. De esa reunión y de la visita del Prof. Eser a Buenos Aires emergió también la decisión de crear un comité de juristas cuyo idioma natural fuera el alemán o el castellano, pero que domina-

ran también el otro idioma, para corregir los informes nacionales: el Prof. Struensee y los señores Ambos y Woischnik recibieron una parte de esos informes, y la otra quedó a cargo del Prof. Maier con sus colaboradores, señores Guariglia y Pastor. Resta sólo por explicar, del itinerario del proyecto, su último paso, realizado en Friburgo, en enero de 1999, para aprovechar la visita del Prof. Maier a la República Federal de Alemania: en la sede del MPI y por su invitación, se reunieron el Prof. Eser, el Prof. Maier, el Prof. Struensee, los doctores Ambos y Woischnik y el Sr. Pastor, procedieron a criticar los informes nacionales y a disponer los cambios y agregados que cada uno de ellos debía tener, decisiones que fueron comunicadas a cada uno de los relatores nacionales para la corrección del informe, con la fijación de un plazo final para su entrega.

La dirección de la investigación quiere agradecer por igual, mediante esta presentación explicativa del itinerario del proyecto, a todos quienes colaboraron en él, en definitiva, a todos quienes tornaron posible la investigación contenida en este libro y su publicación, que resume el esfuerzo final de la labor de todos. Previo a la entrega pública del libro se llevó a cabo, en octubre de 2000, nuevamente en Santiago de Chile, un seminario final para presentar esta obra y desarrollar perspectivas futuras en la cooperación entre Alemania y América latina en esta importante materia.

*Buenos Aires (Argentina),
Friburgo de Brisgovia (Alemania), agosto de 2000.*

JULIO B. J. MAIER, KAI AMBOS Y JAN WOISCHNIK

PRÓLOGO

El presente volumen es el resultado de un proyecto de investigación de varios años de duración desarrollado por nuestro Instituto Max Planck en Alemania, en cooperación con el Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer en Buenos Aires. El proyecto se remite a una idea de Norbert Lösing, entonces director del Programa Estado de Derecho, y de nuestro experto en Derecho penal internacional en Hispanoamérica, el Dr. Kai Ambos. En virtud de los proyectos de reforma iniciados en muchos países de América latina en el campo del Derecho procesal penal, resultaba interesante iniciar un proyecto de investigación que permitiera resumir el estado actual de las reformas y sus perspectivas, y difundir las conclusiones del estudio a nivel latinoamericano. Apoyé la iniciativa, complacido también en virtud de nuestros tradicionales vínculos con América latina y la importancia que el Derecho penal y procesal penal alemán ha tenido para la región.

El proyecto se inició finalmente en 1997 y su concreción no es sólo fruto de los esfuerzos realizados por las instituciones y personas nombradas. Contó además con el apoyo insustituible de expertos latinoamericanos. Deseo mencionar en particular al profesor Julio Maier de la Universidad de Buenos Aires que espontáneamente se ofreció para acompañar el proyecto en calidad de asesor científico. Además nos puso gentilmente a disposición la ayuda de varios de sus colaboradores, entre los que deseo mencionar especialmente al señor Daniel Pastor. Contamos, asimismo, con el apoyo logístico del Instituto Nacional de Ciencias Penales. Desde Alemania colaboraron el Prof. Eberhard Struensee (Münster) y Jan Woischnik, quien se desempeña en el Departamento para Hispanoamérica del Instituto Max Planck. Para los detalles

sobre el desarrollo del proyecto, nos remitimos a la presentación a cargo de los coordinadores.

Con particular satisfacción presento ahora este volumen completado luego de tan sólo tres años de trabajo gracias a la puntualidad con la que fueron entregados los informes nacionales de nuestros colegas latinoamericanos. Además de estos informes, el volumen contiene una *Introducción* al proceso penal latinoamericano y un *Resumen Comparativo* de las reformas procesales penales en América latina. Sólo el resumen será publicado en una versión abreviada en idioma alemán, ya que los resultados de la investigación interesan fundamentalmente a América latina. Con este volumen, nuestro Instituto ha completado un nuevo proyecto de investigación que incluye a varios países y diferentes instituciones (en 1997 publicamos *Impunidad y Derecho Penal Internacional* (coordinado por el Dr. Kai Ambos, y cuya segunda edición se publicó en 1999, Ad-Hoc, Buenos Aires). Agradecemos que el presente trabajo sirva para profundizar los lazos ya existentes con este importante continente y signifique un pequeño aporte al desarrollo del proceso penal en un Estado de Derecho.

Friburgo, agosto de 2000.

ALBIN ESER

Director del Instituto Max Planck
para Derecho Penal Extranjero
e Internacional

PRÓLOGO

El Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer inició su labor en América latina a comienzos de la década del '90. Está destinado a crear y ampliar estructuras del Estado de Derecho y debe interpretarse como una contribución más a la concepción general de la Fundación Konrad Adenauer en relación al fortalecimiento de la democracia.

Además del Derecho constitucional, el Programa ha puesto su esfuerzo en cuestiones relativas a la modernización del Derecho procesal en la convicción de que las numerosas reformas institucionales en el sistema judicial no podrán por sí solas, sin una reforma complementaria de las normas procesales, generar la deseada modernización del mismo. Ante esta realidad, la Fundación Konrad Adenauer ha brindado en una serie de países una importante colaboración a los esfuerzos destinados a introducir reformas en los sistemas procesales.

En este contexto surgió la idea de realizar un estudio comparado sobre las reformas introducidas a los diversos códigos procesales penales en América latina. El estudio concluye con la presentación de esta publicación.

Los prefacios que introducen a la publicación describen la génesis y la metodología de la cooperación entre la Fundación Konrad Adenauer y el Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional, por lo que prescindimos de reiterarlos.

Si bien en una serie de países existen interesantes estudios individuales referidos a aspectos de las reformas del Derecho penal y del Derecho procesal penal, la presente publicación ha elegido un enfoque novedoso. Acerca a la opinión pública las reformas introducidas en un total de 15 países latinoamericanos y las experiencias recogidas de su aplicación sobre la base de un patrón común.

La obra, que sin duda alcanzará una importante difusión en América latina, ofrece una excelente base para la descripción y evaluación del actual estado de las reformas del Derecho procesal penal en los países analizados. Asimismo podrá ser de ayuda durante la compleja etapa de implementación de estas reformas legales.

A este objetivo, más amplio, sirve también el seminario internacional programado para fines de octubre de 2000 en Santiago de Chile.

Deseo, finalmente, expresar mi agradecimiento a todos aquellos que durante estos años colaboraron con la necesaria perseverancia para que este ambicioso proyecto pudiera ser realizado con éxito.

Buenos Aires, agosto de 2000.

DR. STEFAN JOST

Director del "Programa Estado
de Derecho en América Latina"
de la Fundación Konrad Adenauer

INTRODUCCIÓN

Por EBERHARD STRUENSEE* y JULIO B. J. MAIER**

1. *Panorama*

El Derecho procesal penal de los países latinoamericanos, observado como conjunto, ingresó, a partir de la década del '80, en un período de reformas totales, que, para el lector europeo, puede compararse con la transformación que sufrió el Derecho procesal penal de Europa continental durante el siglo xix. No se trata, así, de modificaciones parciales a un sistema ya adquirido y vigente, sino, por lo contrario, de una modificación del sistema según otra concepción del proceso penal. Descrito sintéticamente, se puede decir que este proceso de reformas consiste en derogar los códigos antiguos, todavía tributarios de los últimos ejemplos de la Inquisición—recibida con la conquista y la colonización del continente—, para sancionar, en más o en menos, leyes procesales penales conformes al Estado de Derecho, con la aspiración de recibir en ellas la elaboración cumplida en la materia durante el siglo xx.

El Instituto Max Planck para el Derecho penal internacional y extranjero pretende, con este libro, ofrecer un panorama de ese verdadero movimiento reformista que—se puede decir también— coincide de manera general con una época de afirmación, en esos países, de una cultura institucional democrática, razón de ser de la emancipación de ellos del Reino de España, a comienzos del siglo xix. Para comprender

* Profesor de la Universidad de Münster, República Federal de Alemania.

** Profesor de la Universidad de Buenos Aires, República Argentina.

esta última afirmación y la importancia del movimiento reformista, basta observar los textos de las constituciones políticas posteriores a esa emancipación, todos republicanos y fundantes de un Estado de Derecho, inclinados hacia el liberalismo de cuño estadounidense, y, por el otro lado, los textos de los códigos antiguos con procedimientos por actas (escritos), jueces inquisidores con una organización judicial rígidamente verticalizada y escasa recepción de las garantías judiciales del Estado de Derecho; la falta de correspondencia entre la legislación constitucional y la legislación común, que debía instrumentar a la primera —más notable, por cierto, en el proceso penal o en el Derecho procesal penal, a los que se calificó, precisamente, como termómetro¹ de los elementos democráticos o autoritarios de la Constitución o sismógrafo² de la Constitución del Estado— era apreciable a simple vista y, como lo indicó la doctrina más caracterizada, debía ser remediada.

Por supuesto, no se trata de una reforma finalizada, sino, desde un punto de vista general, de una reforma aún en curso. Según se podrá observar, algunos de los países han logrado completar la tarea legislativa de base, pero en todos, en más o en menos, subsisten rutinas provenientes de la aplicación por siglos del procedimiento inquisitivo heredado de los colonizadores europeos (España, sobre todo) no sólo en los órganos estatales que participan en el sistema (Jueces, Ministerio Público, policía), sino también, en las personas privadas que operan con él (la corporación de los abogados, sobre todo). Por lo demás, algunos países (México, por ejemplo) ni siquiera se han planteado una reforma de sus leyes procesales y de organización judicial en los términos que aquí sirven de referencia.

Para emprender la exposición fueron designados relatores nacionales, cada uno de los cuales se encargó de señalar el estado de la cuestión en cada uno de los países comprendi-

¹ El calificativo pertenece a GOLDSCHMIDT, James: *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, EJE, Buenos Aires, 1961, § 4, n° 30, pp. 109 y ss.: "...el proceso penal de una Nación es el termómetro de los elementos democráticos o autoritarios de su Constitución".

² El calificativo corresponde a ROXIN, Claus: *Strafverfahrensrecht*, 25ª ed., Beck, Munich, 1998, § 2, A, I, p. 9: "El Derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución del Estado".

dos en el trabajo, aunque no fue posible, por razones prácticas, incluir informes sobre todos los países de la región. Tampoco fue posible fijar un esquema único para todos los informes, en razón de la diversidad legislativa y del estado diferente de la reforma en cada uno de ellos, algunos con su proceso legislativo concluido y vigentes los nuevos instrumentos jurídicos, otros en los cuales la nueva legislación todavía no entró en vigor y, por lo tanto, en los que rige aún la legislación histórica, y, por último, aquellos en los cuales la reforma todavía no ha superado la labor legislativa de sus parlamentos respectivos. Sin embargo, se preparó desde el comienzo un cuestionario e índice básico, común para todos los informes particulares, sólo que, centrado el interés en la reforma, cada relator decidió el alcance y extensión de la exposición sobre el Derecho procesal penal vigente según el grado de avance de la reforma en su país. Se ha procurado también proporcionar algunos datos empíricos sobre el funcionamiento del procedimiento penal y de la organización judicial, datos que fueron encarados por los relatores según las posibilidades existentes en cada país. Por lo demás, cada informe va acompañado de resúmenes finales para que el lector pueda ubicar los textos legales correspondientes y la bibliografía recomendada para ampliar conocimientos jurídicos. Los informes están redactados en la lengua nacional de cada país, la gran mayoría, entonces, en castellano.

2. Historia

España y Portugal introdujeron en América el sistema penal dominante durante su conquista y colonización: la Inquisición. Con ello no se pretende decir que América sufrió las mismas crueldades que tornaron famoso ese sistema y perduran hasta la actualidad para caracterizarlo, pues, salvo la aniquilación de la cultura y organización social indígenas, que no necesariamente fue hecha en nombre de un sistema penal, sino, antes bien, de la conquista de un sistema cultural que se impuso violentamente sobre otro, autóctono, la justicia americana fue considerablemente menos cruel y cruenta que aquellas formas de juzgamiento que imperaron en Europa durante la Inquisición, sobre todo si nos referimos a la Inquisición española. Empero, si se desea expresar

que todas las características básicas de la Inquisición estuvieron presentes en Iberoamérica, por el mero hecho de la conquista y colonización europeas, y perduraron en ella como legado cultural aun hasta el presente, y con tal fuerza, que desalojaron todo vestigio de un sistema judicial distinto, como el practicado por las comunidades indígenas organizadas, acerca de cuyas características no tiene sentido hoy hablar en una investigación como ésta.³ Así, las características del sistema judicial incorporado son claras: una organización judicial extremadamente burocrática y, por tanto, absolutamente vertical (*justicia de gabinete*), sin independencia de sus operadores, que funcionaba por *delegación* y *devolución* del poder de proceder, tributaria de un poder político centralizado al extremo; y un procedimiento consecuente para la realización práctica de ese modelo judicial, escrito, secreto, dirigido a componer una encuesta o pesquisa objetiva sobre los rastros de la desviación de comportamiento imputada, a través de la investigación solitaria de un inquisidor, presuntamente no contaminado por intereses extraños (aquellos de los protagonistas del conflicto social, prácticamente impedidos de

³ Acerca de este problema puede consultarse: ORDÓÑEZ CIFUENTES, José E. R.: *Justicia y pueblos indígenas*, CIDECA, Guatemala, 1997; DARY F., Claudia: *El Derecho internacional humanitario y el orden jurídico maya: una perspectiva histórico-cultural*, FLACSO, Guatemala, 1997, en especial, cap. V, pp. 243 y ss.; SIEDER, Rachel: *Derecho consuetudinario y transición democrática en Guatemala*, FLACSO, Guatemala, 1996; MURGA ARMAS, Jorge: *Santiago Atitlán: Organización comunitaria y seguridad de los habitantes. Un reto para la paz*, Ilanud-Comisión Europea, Guatemala, Cholsamaj, 1997, en especial cap. 4, pp. 29 y ss.; todos con extensa bibliografía acerca del punto. El Proyecto de Código Procesal Penal propuesto para la República de Ecuador (1991), presentado por el presidente de su Corte Suprema al Poder Legislativo, contenía reglas al respecto: un procedimiento especial, que afectaba la composición del tribunal y los actos del debate para delitos cometidos en una comunidad indígena; éste fue un motivo principal del fracaso legislativo del proyecto, que, según se conoce, fue reformulado por una comisión, con exclusión de esas reglas. El actual (1999) Anteproyecto de Código Procesal Penal de la Provincia del Neuquén, República Argentina, todavía sin tratamiento legislativo, contiene una regla, art. 40, que prevé la extinción de la acción penal cuando el imputado y la víctima, o sus sustitutos, acepten el modo según el cual la comunidad respectiva ha resuelto el conflicto conforme a sus reglas: la regla sólo rige para delitos que afecten bienes propios de la comunidad indígena o de alguno de sus miembros y no se aplica en casos de homicidio doloso o de delitos agravados por el resultado de una muerte.

obrar como sujetos del procedimiento y tratados como objeto de él), procedimiento dominado por la razón de Estado, verdadero protagonista del conflicto entre la ley heterónoma dictada por él y el súbdito sospechado por transgredirla, con enorme cantidad de recursos contra las decisiones, que incluso procedían o se activaban, como el procedimiento, *de oficio*, para posibilitar el control jerárquico y tornar efectiva la devolución del poder delegado en origen.⁴

En la América hispana rigió, por ejemplo, el *Libro de las Leyes*, más conocido como *Las Partidas* o *Las siete Partidas*, código de leyes del siglo XIII, debido al rey Alfonso X, apodado "el Sabio", legislación mediante la cual se recibe en España el Derecho romano-canónico (*Recepción*) y se introduce en su territorio y en sus dominios la Inquisición.⁵ Pero esas mismas *Partidas* continuaron rigiendo como Derecho común no sólo durante toda la colonización española, sino también, con excepciones, una vez producida la independencia de las repúblicas americanas e, incluso, largo tiempo después, pues inspiraron la mayoría de los procedimientos que fijaron las leyes procesales penales de esas repúblicas, aun en el siglo XX.

Precisamente, lo original del desarrollo procesal penal iberoamericano consiste en un dato valorativamente negativo, según ya lo expresamos: la discordancia entre la legislación procesal penal de los diversos países y sus constituciones, hijas del movimiento liberal de fines del siglo XVIII, que aún hoy se detecta, incluso abstractamente, esto es, sin alusión a las prácticas judiciales, en varios países de esta constelación, como se podrá apreciar, seguramente, en los informes nacionales. En efecto, el movimiento de independencia de los países iberoamericanos, de comienzos del siglo XIX, obedece intelectual-

⁴ Para observar estas características en España basta referirse a un clásico de la dramaturgia de lengua castellana, LOPE DE VEGA: *Fuenteovejuna*, Huemul, Buenos Aires, 1975.

⁵ Para un estudio más detallado, cfr. MAIER, Julio B. J.: *Derecho procesal penal - Fundamentos*, § 5, D, pp. 300 y ss. Las siete Partidas, a pesar de su fama como cuerpo jurídico homogéneo que contenía todo un orden jurídico, siempre operaron como fuente de Derecho común supletoriamente, pues así fueron impuestas por distintos ordenamientos positivos (Ordenamiento de Alcalá, Leyes de Toro, Nueva y Novísima Recopilación, estas últimas las que más interesan por su vigencia durante la colonización de América por España). Un equivalente de *Las Partidas* en Alemania: la *Constitutio Criminalis Carolina*.

mente al ingreso en las colonias de los dos movimientos liberales conocidos: por un lado, la Ilustración con su desemboadura en la Revolución Francesa y, por el otro, la independencia de las colonias inglesas del norte de América, cuyas constituciones ejercieron inmediata y directamente una gran influencia en la organización nacional y jurídica de los países iberoamericanos.⁶ Ése fue el apoyo ideológico y jurídico-político de los nuevos Estados, cualquiera que hayan sido los motivos empíricos del movimiento independentista (por ejemplo: la pérdida de poder de la corona española a merced de la dominación napoleónica, que no se ocupó de sus colonias de ultramar), tanto es así que, prácticamente, todos ellos ostentaron y ostentan orgullosos, al lado de su nombre, el de *República*.

A pesar de ello, el Derecho procesal penal (procedimiento y organización judicial) permaneció, en sus características básicas ya descritas, intocable. Con las excepciones de Cuba, bajo la dominación española hasta comienzos del siglo xx y, por ello, receptor de la *Ley de Enjuiciamiento Penal* (1882), cuerpo legislativo con el cual España se incorporó definitivamente al movimiento reformista europeo-continental del siglo xix, de la República Dominicana, que adoptó el *Código d' instruction criminelle* francés de 1808, iniciador orgánico de aquel movimiento, muy parcialmente del Brasil, por su dependencia del Derecho lusitano, y de Puerto Rico, que fue anexado como un nuevo Estado de la unión americana del norte (EE.UU.) y siguió sus reglas orgánicas y procesales, los demás Estados hispanoamericanos practicaron hasta el siglo xx, y aún hoy parcialmente, un procedimiento penal escrito, en parte secreto, sin juicio público y oral, llevado a cabo por una organización judicial estatal vertical y, más aún, por un juez penal que reunía todas las funciones —investigar la verdad y juzgar— y cuyas decisiones eran recurribles sobre la base del legajo escrito ante tribunales superiores, integrados, generalmente, por tres jueces. Chile, incluso, prescindió en el año 1929, en la práctica, del Ministerio Público fiscal, y concedió incluso la función de acusar a los jueces penales. Todo

⁶ Desde la de Virginia, 1776, traducida al castellano en las colonias americanas de España.

ello, pese a que las constituciones jurídico-políticas contenían, en más o en menos, un catálogo de garantías penales entre las cuales se hallaba fácilmente la igualdad entre los ciudadanos, la prohibición de la tortura y el *nemo tenetur*, la presunción de inocencia, el derecho a un juicio justo (*fair trial*), que permitiera la defensa del acusado, realizado incluso en forma pública y oral, y hasta *por jurados*,⁷ la independencia e imparcialidad de los jueces, etc. Mayor perplejidad se experimenta aún después de la suscripción y ratificación, por parte de los Estados iberoamericanos, y la vigencia en sus territorios, de la *Declaración Universal sobre Derechos Humanos* (1948), del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (1966), de la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (1948) y de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (1969), que, junto a otros instrumentos y convenciones internacionales y regionales sobre la materia, han sido incorporados, incluso, a las constituciones de varios países iberoamericanos, para concederles también rango jurídico de normas constitucionales.⁸

3. La reforma

Este estado de cosas resultó, al fin, insostenible. Luego de intentos iluministas o liberales en el siglo xix, más o me-

⁷ La Constitución federal argentina, por ejemplo, contiene originariamente (1853), en tres reglas precisas (hoy arts. 24, 75, inc. 12, y 118), tanto el derecho de los acusados a ser juzgados por jurados, como el de los ciudadanos a integrar estos tribunales, en materia penal, más la obligación para el Parlamento federal (Congreso de la Nación) de dictar las leyes procesales penales respectivas y, para la organización judicial, el deber de integrar sus tribunales, en esta materia, por jurados; y, sin embargo, nunca existieron tribunales integrados por jurados en esta República. Rige todavía en la Argentina su Constitución histórica, que data del año 1853, con algunas reformas, pero sus artículos relativos al *juicio por jurados* permanecen vigentes. Por lo demás, la introducción de esa forma de juzgamiento no fue producto de la improvisación, como algún jurista ha expresado, sino que se repitió en forma de imposición del juicio público y por jurados en todas las constituciones que, desde inmediatamente después del primer grito independentista (1810), conforman los antecedentes directos de aquella que, por constituir la unión nacional actual y por haber sido votada originariamente, se denomina Constitución Nacional, aún hoy vigente con escasas reformas.

⁸ Así, por ejemplo, Guatemala, en su última Constitución (1985), art. 46, y Argentina, en la reforma de 1994, art. 75, inc. 22.

nos perfectos, pero todos fracasados institucionalmente —entre los cuales se destaca, naturalmente, el intento reformista del gobierno ilustrado y progresista del Dr. Mariano Gálvez en Guatemala—,⁹ comenzaría recién en el siglo xx el movimiento político-jurídico que condujo, sobre su finalización, al tema objeto de este libro.

Piedra fundamental de la transformación en materia procesal penal fue la provincia de Córdoba, en la República Argentina, y dos de sus profesores en Derecho penal y procesal penal, los Dres. Sebastián Soler y Alfredo Vélez Mariconde. El movimiento, por ello más académico que político, venía ya anunciado por los trabajos realizados en el Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de Córdoba, dirigido por el Prof. Dr. Enrique Martínez Paz, donde se formaron muchos de los docentes que luego dieron brillo a la Facultad de Derecho de la Universidad cordobesa, entre los cuales cabe también destacar, en materia penal, al Dr. Ricardo C. Núñez, a quien se debe algún capítulo de la legislación cordobesa posterior (acción civil *ex delicto*). Bastó un gobierno progre-

⁹ Se conoce en Guatemala con el nombre de *Códigos de Livingston*, a los cuerpos legislativos que, en materia penal, adoptó efusivamente el gobierno del Dr. Gálvez, sancionados legislativamente, a propuesta del gobierno, en 1834/5. El nombre procede del juriconsulto y político americano del Norte, Edward Livingston, quien, precisamente, luego de la anexión por compra del Estado de Luisiana a los EE.UU. (1803), asumió la tarea de reformar toda la legislación de ese Estado: su *System of Penal Law for the State of Louisiana*, sin embargo, no fue aprobado nunca legislativamente, a pesar del reconocimiento público que mereció el autor y no sólo por esta obra legislativa. Guatemala lo honró —al punto de bautizar uno de sus territorios con su apellido (1831)— y concedió carácter institucional a su *System of Penal Law*, traducido primero y luego adaptado para Guatemala, cuya sanción legislativa comprendió un Código Penal y un Código Procesal Penal de neto corte iluminista, más una ley de organización judicial que instituía los tribunales de jurados, una ley sobre pruebas judiciales, una ley penitenciaria que regulaba la disciplina de las prisiones y un manual de definiciones. Lamentablemente, el intento fracasó pocos años después, al caer el gobierno progresista del Dr. Gálvez y restaurarse la antigua legislación inquisitiva española; los códigos fueron primeramente suspendidos en su aplicación por el mismo Parlamento guatemalteco —poco antes de finalizar el gobierno del Dr. Gálvez— (1838) y restaurada la legislación española colonial. Es interesante verificar cómo la oposición prefería, confesadamente, las Partidas hispánicas al establecimiento del juicio por jurados: cfr. VELA, David: "Vida, pasión y muerte de los Códigos Livingston", en *Justicia penal y sociedad*, Guatemala, 1991, año I, n° 0, pp. 41 y ss.

sista e ilustrado para que viera la luz el *Código de Procedimiento Penal para la Provincia de Córdoba*, sancionado en 1939 y vigente desde 1940. El Código representa la *recepción* del Derecho procesal penal europeo-continental según su estado al comenzar el siglo xx y el desplazamiento de la legislación hispánica antigua, anterior a la Ley de Enjuiciamiento Penal española de 1882, que representó para España el ingreso al movimiento reformista del siglo xix. Sus fuentes extranjeras principales fueron, en primer término, los códigos procesales penales italianos de 1913 y 1930, y luego la Ley de Enjuiciamiento Penal española de 1882 y la Ordenanza Procesal Penal alemana.¹⁰ Ese Código se enfrentó con el Código de procedimientos en materia penal federal, que conservaba la legislación inquisitiva española, y determinó en la República Argentina una verdadera lucha de escuelas académicas, con pretensiones legislativas y de vigencia práctica, que terminó sólo alrededor de 1990, cuando la legislación federal lo adoptó como ley para sus tribunales; en ese entonces ya una abrumadora cantidad de provincias argentinas lo habían adoptado como ley procesal dentro de su territorio.¹¹ Describir el procedimiento común que ese Código estableció resulta sencillo para lectores que conocen el desarrollo del Derecho procesal penal europeo de fines del siglo xix: constaba de una *instrucción preparatoria o preliminar*, a cargo de un juez de instrucción o del propio Ministerio Público fiscal, para los delitos leves o de averiguación sencilla (*citación directa*), de un *procedimiento intermedio* con la particularidad de ser optativo para la defensa (en caso de oposición a la acusación, al juicio público, y solicitud de sobreseimiento del acusado), y de un *procedimiento principal* (llamado *juicio*) con *debate oral y público*.

El prestigio del Código cordobés y de la escuela académica del mismo origen sobrepasó la frontera de la República

¹⁰ La referencia es sencilla porque los proyectistas cuidaron de anotar detalladamente las fuentes consultadas en cada artículo y el Código fue aprobado con sus notas, a pesar de que ellas no forman parte de la ley: ello también revela el origen académico de la ley.

¹¹ Argentina es un Estado federal en el que, según interpretación dominante de su Constitución, las reglas de procedimiento, penal o civil, corresponden a la competencia legislativa de los Parlamentos provinciales y al Estado federal, para sus propios jueces, dependientes de la organización judicial de cada provincia.

Argentina. Por ello, numerosos congresos latinoamericanos proclamaron a ese Código como modelo para los demás países del área y los juristas provenientes de esa universidad tuvieron una participación decisiva a la hora de redactar las bases de una reforma de la legislación procesal penal en Iberoamérica. La creación del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal les proporcionó el espaldarazo final, aprobando primero las bases uniformes para Iberoamérica y luego, en las Jornadas de Río de Janeiro de 1988, el *Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica*¹² que terminó presidiendo, si no toda, al menos gran parte de la reforma latinoamericana del proceso penal. Ese Código tipo pretendió aproximarse, con ciertas soluciones propias, al desarrollo habido hasta su sanción en el procedimiento penal del siglo xx, aun antes de conocer las profundas modificaciones que por esos años fueron llevadas a cabo en Portugal e Italia, y reconoce como antecedente inmediato la propuesta de un nuevo Código Procesal Penal para el Estado Federal en la República Argentina (Proyecto 1986),¹³ que no tuvo sanción legislativa.

Promediando la década de los '80, el proceso de transformación de las estructuras judiciales latinoamericanas comienza a acelerarse. Su bandera de combate presenta como principal estandarte al juicio público, desarrollado oralmente en una audiencia continua, para decidir el caso por condena o absolución. La República de Costa Rica fue precursora con su Código Procesal Penal sancionado en 1973,¹⁴ sobre la base del Código para la Provincia de Córdoba: todavía en vida de uno de los redactores de aquel Código base, tuvo el tino de invitarlo a presidir intelectualmente esa reforma y produjo una extraordinaria transformación en materia penal, en aquello que respecta a la organización judicial superior, incluso, a la cordobesa, que colocó al país a la cabeza de la transformación del sistema penal en los países del área. Creó, además, por convenio con la ONU, el Instituto Latino-

¹² Publicado, entre otros, por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, y por el Consiglio Nazionale delle Ricerche Materiali V/1, Roma, 1990.

¹³ Publicado en la revista *Doctrina Penal*, Buenos Aires, 1986, pp. 645 y ss.

¹⁴ Sancionado el 19/10/1973 (ley 5377) y vigente desde el 1/7/1975.

americano para la prevención del delito y del delincuente (ILANUD),¹⁵ que comenzó a ocuparse seriamente de la transformación judicial en materia penal. Otro de los motivos principales del movimiento de reforma residió en la incipiente democratización institucional de muchos de los países latinoamericanos, a partir de los últimos años de esa década, inestables políticamente, que antes pendulaban entre gobiernos democráticos débiles y dictaduras militares, fruto de golpes de Estado, y que, en ocasiones, soportaban verdaderas guerras civiles, declaradas o no declaradas. El regreso a la vida cultural democrática, tolerante ideológicamente y plural políticamente, no tardó en verificar el atraso histórico de esos países en el desarrollo de su Derecho procesal penal y la discordancia de las reglas judiciales vigentes con las cláusulas referidas al sistema penal en una Constitución democrática, que, aún en vías de solución, todavía gobiernan, en general, la práctica penal de los países latinoamericanos. Empero, a la vez, el contraste entre los métodos horrorosos que gobernaban la práctica de la represión penal en la mayoría de los países de la región, y la vigencia y difusión masiva de los llamados derechos humanos en el último cuarto de siglo, merced a las organizaciones no gubernamentales que se ocupan de ellos y a los organismos internacionales de protección de esos derechos,¹⁶ tornó ostensible la necesidad de modificar aquellas prácticas y, por último, de producir la reforma procesal penal hoy en curso. Unida a estas causas, no le va en zaga la creciente ayuda internacional para la transformación de los sistemas judiciales. La cuestión judicial, antes ausente como rubro de la asistencia internacional para el desarrollo social, alcanzó una importancia inusitada, al lado

¹⁵ Funciona aún en la ciudad capital, San José, Plaza de la Justicia (Edificio de la O.I.J.) y al que se puede acudir en busca de mayores datos y bibliografía (Apartado postal 10071, 1000 San José, Costa Rica; e-mail: sistema-penal@micron.ilanud.co.cr).

¹⁶ Para el ámbito americano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con sede en Washington, EE.UU. y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José, Costa Rica. La Corte Interamericana creó el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, con sede en San José, Costa Rica (I.I.D.H., Apartado postal 10081, 1000 San José, Costa Rica, fax: (506) 225 4157, e-mail: instpublicas@iidh.ed.cr), que se ocupa de la difusión de estos derechos y a quien también se puede acudir para mayores detalles y bibliografía.

de salud, vivienda y educación, sobre todo, y en primer término, en materia penal. Así, los países centrales comenzaron a destinar parte de su asistencia al subdesarrollo a este ámbito de problemas y hasta los organismos internacionales de crédito tomaron parte en este movimiento.

El *Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica* tuvo ya repercusiones indudables. Siguieron su propuesta, en general, los códigos de Guatemala (1992, vigente desde 1994), un nuevo Código para Costa Rica, que reemplazó al anterior (1996, en vigor desde 1998), de la República del Salvador (1996, vigencia prevista: 1998), la reforma chilena, que avanza paso a paso (con sanción de la Cámara de Diputados y en estudio por el Senado), cuya vigencia se prevé para comenzar parcialmente en el año 2000, la República Argentina que, a través de los códigos de sus provincias y del nacional, se acerca cada vez más a ese modelo, el Código para Venezuela (sancionado en 1998 y, según esa sanción, próximo a entrar en vigencia), el de Paraguay (promulgado en 1998 y con vigencia prevista para 1999) y el de Bolivia (promulgado el 25/3/1999, con un período de *vacatio legis* de 24 meses). Trabajos en el mismo sentido se registran en Nicaragua, Honduras (proyecto concluido e ingresado al trámite legislativo), República Dominicana y Panamá; en Ecuador, el Proyecto concluido en 1991 sigue también las bases del Código Procesal Penal Modelo, pero no tuvo tratamiento legislativo; Perú ha provocado reformas en el mismo sentido (1991), pero su situación política torna impensable un cambio real; Colombia y Brasil siguen caminos propios, de la misma manera que Uruguay, que, aun parcialmente, trabajó sobre la base de su *Código General del Proceso*, concebido para los procedimientos civiles y que, precisamente, sigue la línea del *Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*. Todo ello se produce en un contexto político que, hoy en día, no es más favorable a la reforma, quizás en todo el universo, pero particularmente en el ámbito latinoamericano: la llamada "globalización", con sus secuelas de aumento exponencial de la pobreza y de la desocupación laboral, halló a los Estados de la región en la posición de países deudores, y produjo un crecimiento de la tasa de delincuencia y, aún más, de la violencia en el ámbito de la vida civil, y, con ello, una sensación de inseguridad ciudadana, que se vive cotidianamente, y que, a falta de toda imaginación, se

cree poder conjurar sólo con mayor poder punitivo y endurecimiento de las prácticas de represión. Se le atribuye a las normas penales, por lo demás, un poder disuasivo (prevención general negativa) del que ellas no disponen, según se conoce hace tiempo, en una suerte de confianza absoluta de que su sanción evitará el problema, y sus prohibiciones y mandatos gobernarán la realidad (falacia normativa), situación que, a su vez, ha provocado una verdadera hiperactividad legislativa en materia penal, conocida hoy como "inflación penal". Tal realidad repercute sobre la institución judicial, tornándola ineficaz y provocando remedios reñidos con el Estado de Derecho, o cuando menos en la frontera que lo separa del autoritarismo. Ello es aún más visible en países cuyo Estado es débil, que antes no destinaban un presupuesto digno para sus órganos judiciales, que por ello acudían a una delegación intolerable de esas funciones, y que hoy no pueden destinar un presupuesto suficiente a la instrumentación de las reformas debidas, alcanzadas normativamente. Es precisamente por ello que todos los esfuerzos reformistas se enfrentan, más tarde o más temprano, con el problema de la organización judicial, un capítulo sumamente deficiente de la reforma que en este libro se expone.

4. Las perspectivas futuras

No parece que las reformas logradas, en particular el juicio público y oral como base ineludible de la sentencia penal, puedan retroceder al estado legislativo anterior a ellas. El prestigio político-jurídico que precede a esa legislación, fruto de la cultura universal, y algunos resultados, sobre todo la transparencia en la administración de justicia penal, a la vista de todos, las sostiene por sí mismas, a pesar de su falta de eficiencia parcial, fundada en una deficiente organización judicial y de los órganos de persecución penal, de la misma manera en que resulta impredecible —aunque no imposible— un regreso a prácticas autoritarias en la arena política, pese a las dificultades, sobre todo económico-sociales, que soportan los países del área. Por lo demás, el recuerdo de aquello que sucedía anteriormente, tanto en uno como en otro ámbito, parece suficiente para imputar las deficiencias a otros factores dis-

tintos del modelo de procedimiento que el movimiento de reforma adoptó. A lo sumo se puede prever un estancamiento de las labores necesarias para proveer a la reforma del enjuiciamiento penal en aquellos países que no la han alcanzado todavía o cuya implementación está en curso, y ciertos retrasos en la organización judicial idónea de aquellos países que alcanzaron la reforma legislativa del procedimiento penal.

Pero, por un lado, el aumento irracional de la violencia delictiva —al parecer directamente proporcional al desempleo y a la pérdida de capacidad adquisitiva de ciertas masas de población con menores recursos, caídas en la pobreza, a veces extrema, albergadas en Estados debilitados, que han perdido su capacidad para proveer a esos habitantes de los servicios mínimos indispensables para la dignidad de todos (salud, educación, vivienda, seguridad social y justicia)— y, por el otro, las nuevas formas delictivas que son hoy patrimonio de la humanidad, con o sin razón de ser (drogas, terrorismo, medio ambiente, economía nacional y tributos fiscales, Derecho penal relativo a la informática, entre otros), amenazan con destruir el edificio de la administración de justicia penal elaborado durante casi dos siglos y criticado hoy universalmente, a diestra y a siniestra, por impracticable. Por una parte, las nuevas formas de investigación no retroceden frente a principios que parecían intangibles de la dignidad humana (*nemo tenetur*, protección del domicilio, entre otros) y permiten hoy —si bien con ciertos límites, cuya aplicación dista de representar un freno absoluto— el uso del engaño, la provocación y el acceso a la vida privada de los individuos con el fin de procurar el conocimiento de ciertos datos o conductas y, en definitiva, de punir esos comportamientos (agente encubierto, agente provocador, alcahuetes, entrecruzamiento de datos obtenidos para otro fin) y, por la otra, la justicia del caso basada en la *verdad-correspondencia*, con sus principios accesorios (*favor rei-in dubio pro reo*), retrocede frente a la *verdad-consensual* y permite condenas fundadas más en la aceptación del reo, frente a amenazas mayores, que en la realización de un juicio público, gobernado por los principios históricamente aceptados. Estos métodos de investigación y de procedimiento, ya introducidos en el ámbito latinoamericano —a la par de otros vernáculos como el de los jueces, fiscales, hasta defensores y testigos *sin rostro*

(esto es, de identidad desconocida), en Perú y Colombia, por ejemplo—, con auxilio de los elementos técnicos de los que hoy se dispone, alcanzan para destruir la capacidad en seguridad individual para el imputado que representa o representó el procedimiento penal y el Derecho procesal penal como regulador de las garantías individuales previstas en la ley fundamental del Estado. Al mismo tiempo, estos métodos dotan a los organismos del Estado de un poder avasallador, de imposible —o cuando menos difícil— resistencia, en nombre, naturalmente, de la persecución de aquellos que poseen una capacidad suficiente de oposición a él, pero, en la realidad, aplicado preferentemente a la persecución y punición de aquellos que, por su posición socio-económica, son más vulnerables por él. Por último, se debe al menos nombrar a la verdadera revolución técnica que se ha producido en los medios de información, cuya enorme importancia actual como formadores de opinión bajo un sistema capitalista, influye considerablemente sobre la administración de justicia penal.

Este panorama no permite hoy ser demasiado optimista respecto de la reforma del sistema de administración de justicia penal, y ha desaparecido la euforia en ese sentido de la década de los '90, pero tampoco parece necesario transmitir una versión absolutamente pesimista, sobre todo cuando se tiene a la vista el panorama, incluso ahistórico, que regía en la década anterior. Por lo menos en el ámbito académico se ha progresado una enormidad: hoy existen en casi toda Latinoamérica institutos que se ocupan de la cuestión judicial en materia penal, el lenguaje científico ha variado por completo y se ha puesto a tono con los problemas existentes en el orden universal, antes desconocidos, y no, precisamente, por su inexistencia, sino por efecto de la propia legislación que los ignoraba, y, por último, se ha formado cierta conciencia política acerca de la necesidad de concordar la legislación constitucional vigente con la legislación común. Las dificultades en esta materia, por lo demás, no son exclusivas de la región: existen también, aunque quizás en una proporción menor, en aquellos países cuya legislación ha sido recibida por el Derecho latinoamericano, en general, y derivan, en gran medida, de factores extraños a la propia administración de justicia penal. En este último sentido, no hay que ocultar que los países de esta región del mundo presentan, frente al mun-

do globalizado, organizaciones estatales sumamente débiles que, en lo cotidiano, se traducen en la exclusión de una enorme cantidad de habitantes (pobreza e indigencia) del sentido que representa en la práctica cualquiera de sus instituciones, incluidos allí el Derecho penal, el procesal penal y la administración de justicia. Finalmente, para apreciar correctamente estas carencias externas al sistema penal, se debe incluir la "cuestión indígena", que afecta particularmente a algunos Estados de la región (Guatemala, Bolivia, Honduras, El Salvador, Perú, Ecuador, México, por ejemplo) y a la que esta introducción hizo referencia más arriba.

INFORMES NACIONALES

TEMARIO:

1. **Bases político-jurídicas del procedimiento penal:** principios procesales penales y debido proceso constitucional (incluye convenciones regionales y universales).
 - 1.1. Persecución penal pública y privada. Monopolio acusatorio del Ministerio Público. Legalidad y oportunidad. Organización del Ministerio Público. La función de la policía y breve noticia sobre su organización y dependencia política. La persecución penal privada en el sistema penal.
 - 1.2. Garantías individuales del imputado: defensa, inocencia, *nemo tenetur*, prohibiciones probatorias, *ne bis in idem*, facultades de injerencia estatal y sistema de control judicial. La defensa pública, breve referencia empírica.
 - 1.3. Características del "juicio previo" a la condena e imparcialidad de los jueces del tribunal de sentencia (juez natural y exclusión de jueces que han operado en otro período del procedimiento).
 - 1.4. Independencia política de los tribunales: reglas fundamentales al respecto y organización.
2. **Síntesis acerca del procedimiento tradicional y todavía vigente y su adecuación a los principios anteriores.**
 - 2.1. Fuentes *strictu sensu* del Derecho procesal penal nacional.
 - 2.2. Estructura del procedimiento común, con determinación del órgano estatal que asume cada faz del procedimiento. Recursos contra la sentencia.

- 2.3. Noticia sobre procedimientos especiales. Soluciones alternativas al sistema penal. Breve referencia a procedimientos penales en manos de autoridades no judiciales (faltas o contravenciones y juzgamiento por tribunales militares).
- 2.4. Breve noticia sobre la ejecución penal.
3. **La reforma ya vigente o diseñada.**
 - 3.1. Proyectos actuales y su estado (reforma total o parcial). Perspectivas.
 - 3.2. Correlación de los proyectos con los principios del proceso penal de un Estado de Derecho (ver 1.)
 - 3.3. Estructura del procedimiento común y órganos estatales encargados de llevar a cabo.
 - 3.4. Procedimientos especiales. Soluciones alternativas al sistema penal.
 - 3.5. Participación del ofendido en el procedimiento.
 - 3.6. Ejecución penal, con especial referencia a la pena privativa de libertad: órganos estatales que llevan a cabo y control judicial.
 - 3.7. Organización judicial y del Ministerio Público previstos.
4. **Observaciones jurídico-empíricas.**
 - 4.1. Breve desarrollo empírico-jurídico.

El encarcelamiento preventivo: encarcelamiento preventivo obligatorio, en su caso, para cuáles delitos; duración promedio; análisis del porcentaje frente a los condenados a pena privativa de libertad (presos con condena). Control judicial y medidas alternativas.

Duración del procedimiento común. Procedimiento abreviado: existencia, cuándo es posible y duración.

Organización judicial: número de jueces penales y fiscales operativos en materia penal cada 100.000 habitantes. Valoración acerca de la eficiencia del sistema y su nivel de burocratización (delegación de funciones, comunicaciones y auxilio judicial, etc.).
 - 4.2. Problemas y deficiencias del procedimiento vigente.

ARGENTINA

Por FABRICIO GUARIGLIA y EDUARDO BERTONI*

1. **Bases político-jurídicas del procedimiento penal**

1.1. **Persecución pública y privada. Monopolio acusatorio del Ministerio Público**

El sistema penal argentino se encuentra estructurado sobre la base de delitos que dan origen a la persecución penal pública (*delitos de acción pública*), que constituye, en consecuencia, el eje central del procedimiento penal. Junto con ellos, sin embargo, la ley penal (C.P., 71, 72) reconoce delitos que requieren de una autorización inicial del afectado para que la persecución penal comience (*delitos dependientes de instancia privada*) y, finalmente, consagra un ámbito de ilícitos que quedan sustraídos a la persecución penal pública: se trata de los *delitos de acción privada* (C.P., 71, 73), en los que sólo el particular afectado por el delito se encuentra autorizado a perseguir penalmente al infractor, en el marco de un procedimiento simplificado y regido por la voluntad de los intervinientes, a la manera del procedimiento civil.

La persecución penal pública corresponde en forma exclusiva y excluyente al Ministerio Público (*monopolio acusatorio*). La reforma constitucional de 1994 ha establecido este principio en forma expresa (C.N., 120) y ha organizado al Ministerio Público como un órgano "extra-poder", esto es, como un "órgano independiente, con autonomía funcional y autarquía financiera" que "ejerce sus funciones con unidad de ac-

* INECIP (Buenos Aires)

tuación e independencia, en coordinación con las demás autoridades de la República, pero sin sujeción a instrucciones o directivas emanadas de órganos ajenos a su estructura" (Ley Orgánica del Ministerio Público, art. 1°).

El particular damnificado por el delito se encuentra autorizado a presentarse como *querellante* en el procedimiento y ejercer determinadas facultades de intervención y control que la ley procesal penal le asigna; al igual que el, así llamado, "querellante adhesivo", el afectado no se encuentra autorizado a acusar autónomamente al imputado y, por lo tanto, resulta imposible que su actividad pueda, por sí sola, conducir el caso a juicio, supuesto que requiere inevitablemente una acusación fiscal, aunque sí se autoriza al querellante —una diferencia significativa con relación al querellante puramente adhesivo— a interponer autónomamente recursos contra la sentencia final (absolutoria o condenatoria). Por lo demás, el Derecho argentino no otorga a la víctima de un delito de acción pública ningún derecho sustantivo sobre la solución del caso penal; es el Estado el que continúa detentando la titularidad de la acción penal en todo momento. En los delitos de acción privada, por el contrario, la víctima es titular exclusiva de la acción penal, lo cual se traduce en que el inicio de la acción penal dependa exclusivamente de su decisión (C.P., 74 a 76), y en que ella mantenga la facultad de renunciar a la persecución ya iniciada, extinguiendo la acción penal (C.P., 59 [4]) y de extinguir la pena decidida en la sentencia condenatoria mediante su perdón (C.P., 69). Finalmente, en los delitos de acción pública dependientes de instancia privada, el ofendido por el delito tiene el poder de inhibir el inicio de la persecución penal, que sólo puede comenzar por acusación o denuncia de la víctima o su representante (C.P., 72) (Bovino, 1998, p. 93).

1.2. Legalidad y oportunidad

El sistema penal argentino sigue estando regido por el *principio de legalidad procesal*, entendido como la obligación de los órganos de la persecución penal de promover la investigación frente a la noticia de la presunta comisión de un delito (C.P., 71). No existen, en principio, facultades discrecionales del Ministerio Público que le permitan formular al-

gún tipo de selección entre los casos en los que interviene, ni cualquiera de acuerdo con su gravedad o importancia. Tradicionalmente se ha comprendido que la introducción de criterios de oportunidad en el Derecho argentino depende de una modificación en el régimen de ejercicio de la acción previsto en el Código Penal (art. 71), lo que de hecho conduce a que aun cuando las provincias pretendieran introducir en sus reglas de procedimiento algún tipo de regulación del principio de oportunidad, ello quedaría relegado a una decisión expresa del legislador nacional, que hasta ahora no ha tenido lugar (Maier, 1996, pp. 828 y ss.).

La rigidez de este sistema, sin embargo, ha comenzado a atenuarse. En primer lugar, el legislador nacional ha admitido la *suspensión del procedimiento a prueba (diversion)*, contenida ya en el Proyecto de Código Procesal Penal de 1986 (posteriormente adoptado como Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica). Junto con ello, las modificaciones más recientes al C.P.P., que introdujeran la llamada *instrucción sumaria* y el *juicio abreviado*, sin constituir casos de oportunidad, han mitigado un poco los efectos del principio de legalidad procesal, al colocar en manos del Ministerio Público, al menos de hecho, ciertas facultades discrecionales para la realización de acuerdos con el imputado. La *instrucción sumaria* (nuevos arts. 353 bis y 353 ter) coloca en manos del Ministerio Público la investigación preliminar en los casos de imputados detenidos en flagrancia si el juez de instrucción determina que no corresponderá la aplicación del encarcelamiento preventivo, y establece un plazo máximo de 15 días para la investigación preliminar. El *juicio abreviado* (nuevo art. 431 bis) permite que, a solicitud del fiscal y con la conformidad de imputado y defensor, el juicio tramite según un régimen sumamente simplificado, en el cual el tribunal dicta sentencia sobre la base de la investigación preliminar, de la descripción de los hechos y de la participación del imputado contenida en la acusación fiscal y de la conformidad del imputado con esta última. La procedencia de este procedimiento encuentra su límite en el pronóstico que debe realizar el fiscal sobre la pena aplicable en caso de sentencia condenatoria: no puede tratarse de un caso en el que la pena aplicable, en el caso concreto, supere los 6 años de privación de libertad. El legislador ha advertido claramente las posibilidades

de solución "transaccional" del caso que esta regulación presenta e, incluso, parece haberlas prohibido: el C.P.P., 431 bis (2) *in fine* establece expresamente que "a los fines de este artículo y en cualquier etapa del proceso, pero desde la aceptación del cargo del defensor designado, el fiscal podrá recibir en audiencia al imputado y a su defensor, de lo que se dejará simple constancia". Finalmente, la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (casos "García, José A.", 22/12/94, *LL*, 1995-B, pp. 31 y ss.; "Tarifeño, Francisco", 29/12/94, *Ibid.*, pp. 32 y ss.; y "Cattonar, Julio P.", 13/6/95, *LL*, Suplemento de Jurisprudencia Penal del 18/12/95, pp. 12 y ss.) que establece que el pedido de absolución del M.P. al concluir el debate es vinculante para el tribunal de juicio constituye también una —sin duda, forzada— introducción de elementos dispositivos y discrecionales en el ejercicio de la acción penal (Maier y Langer, 1996, pp. 617 y ss.).

1.3. Funciones y organización de la policía

La organización federal del Estado argentino tiene como una de sus consecuencias que cada provincia o Estado federado organiza su propia policía para atender sus necesidades de seguridad e investigación criminal (C.N., 122, y C.N., 121). El Estado federal, por su parte, organiza su propia policía (*Policía Federal*) para aquellos lugares en los que posee facultades de legislación exclusiva (C.N., 75, inc. 30) o en materias o respecto de personas para las cuales las provincias delegaron la potestad de reglarlas o de jurisdicción en el gobierno federal (C.N., 116 y 117). Su ubicación institucional está en la esfera del Ministerio del Interior del Estado nacional. Se divide, clásicamente, en policía de prevención y policía de investigación. La primera de las funciones referidas cobra real importancia práctica en el ámbito geográfico de la ciudad de Buenos Aires, la cual, a partir de la reforma constitucional de 1994 (C.N., 129) ha adquirido un *status* similar al de una provincia, adquiriendo, en consecuencia, la facultad de organizar su propia policía. El traspaso de parte de la Policía Federal a la ciudad de Buenos Aires, sin embargo, está todavía siendo discutido. En cuanto a sus funciones de investigación, el C.P.P. concibe a la policía como órganos

auxiliares del juez y el fiscal en la investigación criminal, y regula sus actividades en el Capítulo II del Libro II (*inspección*), entre las que figuran la facultad de recibir denuncias, de investigar por propia iniciativa los delitos de acción pública, impedir que los hechos cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores y de interrogar a los testigos. Están autorizados a aprehender sin orden judicial al presunto responsable de un hecho punible bajo circunstancias excepcionales y sólo por un período de 6 horas, *improcurable* salvo mediante orden judicial. No pueden, en ningún caso, interrogar al imputado, ni abrir la correspondencia secuestrada, ni, fuera de los casos de necesidad previstos en el C.P.P., realizar ingresos domiciliarios (D'Albora, 1996, pp. 237 y ss.).

1.4. Garantías individuales del imputado

El plexo de las garantías y derechos procesales del imputado está constituido por los arts. 18 y concordantes de la Constitución Nacional, que ordena la realización de un juicio público previo, fundado en ley anterior al hecho del proceso, ante jueces imparciales (jurados) como condición imprescindible para la imposición de una pena, juicio en el cual, por otra parte, el acusado debe poseer amplias facultades de intervención y defensa. La reciente reforma constitucional (1994) ha incorporado al texto constitucional la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de lo que resulta que las garantías judiciales contenidas en ambos instrumentales internacionales conforman ahora Derecho constitucional de la República Argentina. En lo que sigue, se analizará las principales garantías por separado.

1.4.1. DERECHO DE DEFENSA

Se encuentra consagrado expresamente en la C.N., 18, y presenta al menos las siguientes tres garantías derivadas:

1. Derecho a ser informado de la imputación: es una consecuencia directa de la garantía en análisis, ya que es autoevidente que resulta imposible ejercer la defensa en juicio cuando se ignora el objeto de la impu-

tación. Las consecuencias procesales del principio son varias: la imputación debe ser informada al imputado obligatoriamente antes de su primera declaración en la etapa de investigación preliminar (*instrucción*); formulada acusación contra el imputado, ella debe ser notificada para que él se pueda oponer o señalar sus defectos; finalmente, la lectura de la acusación constituye el primer acto que se realiza una vez abierto el juicio público.

2. Derecho a la defensa técnica: este derecho obliga a garantizarle al imputado el acceso, desde el inicio del procedimiento y, en todo caso, siempre antes de su primera declaración, a un defensor técnico para que lo asista, elegido por él. Frente a la imposibilidad material o la simple y llana negativa de hacerlo por parte del imputado, el Estado se encuentra obligado a proporcionarle un defensor de oficio. El sistema de defensa oficial imperante en la República Argentina consiste en un cuerpo de defensores públicos que integran también el Ministerio Público (*Ministerio Público de la Defensa*). Sobre esto se volverá más adelante. La autodefensa es admitida en el Derecho procesal penal argentino, pero, en rigor, sólo como un supuesto de excepción: sólo resulta posible con la autorización del tribunal interviniente, si considera que el imputado está en condiciones de ejercer adecuadamente su defensa; la autorización puede ser revocada si el tribunal advierte la incapacidad del imputado para ejercer la defensa por sí mismo, en cuyo caso, si éste no designa defensor de confianza, se le debe asignar un defensor de oficio.
3. Derecho a obtener la comparecencia de testigos y de contradicción: se trata de otra consecuencia necesaria de la garantía de defensa en juicio, contenida ya en una de las fuentes de Derecho comparado de la Constitución Nacional, la Declaración de Derechos de Virginia de 1776, y reforzada mediante la incorporación del Pacto Internacional y de la Convención Americana a la misma C.N. Implica, según su desarrollo dogmático, el derecho del acusado a confrontarse con la prueba de cargo, a producir prueba de descargo, a

obtener la comparecencia de testigos y a analizar y criticar el valor de la prueba producida. Como resulta claro, abarca también la facultad de discutir la valoración jurídica del hecho que se atribuye al imputado. Las facultades de contradicción del imputado, entonces, implican la posibilidad de influir en todos los aspectos que deberá abarcar la decisión sobre su caso —fácticos y jurídicos— y de refutar y contestar todos los argumentos presentados por el acusador. Si bien la gran mayoría de estas facultades adquieren plenitud durante la etapa del juicio, también rigen limitadamente durante la fase de investigación preliminar, sobre todo cuando se decide la aplicación de medidas de coerción sobre el imputado (privación o limitación de la libertad personal) (Maier, 1996, pp. 539 y ss.).

1.4.2. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El principio ha sido inferido como regla constitucional por la Corte Suprema argentina “de la forma republicana de gobierno y del espíritu liberal de nuestras instituciones” (*Fallos C.S.N.*, 102:225). La C.A.D.H., por su parte, establece el principio en forma inequívoca (art. 8.2). Según la interpretación dominante, el principio obliga a tratar a toda persona como inocente, desde el punto de vista jurídico, mientras no se haya dictado una sentencia penal condenatoria. Las consecuencias inmediatas del principio en análisis se manifiestan en la regla *in dubio pro reo*, en la carga de la prueba u *onus probandi* y en los límites materiales y temporales a la utilización de la coerción procesal, fundamentalmente, el uso de la prisión provisional.

El *in dubio pro reo* consiste en la necesidad de que la sentencia condenatoria esté basada en la certeza del tribunal de juicio sobre la existencia de un hecho punible atribuible al imputado. La ausencia de ella implica la imposibilidad del Estado de destruir la situación de inocencia construida legalmente a modo de presunción que ampara al imputado, y, precisamente por ello, dicha ausencia conduce inevitablemente a la absolución. Cualquier otro estado del tribunal de juicio respecto de la verdad, esto es, la duda o incluso la probabilidad, impiden la condena y obligan a una absolu-

ción. Por su parte, la consecuencia obvia en materia de carga de la prueba, según la interpretación clásica, está representada por la ubicación del *onus probandi* en cabeza del acusador y, a contrario, en la imposibilidad de invertir el principio y "cargar" en el acusado la prueba de su inocencia.

Indudablemente, el punto de mayor tensión entre teoría y praxis está constituido por la tercera consecuencia referida de la presunción de inocencia: los límites que la garantía impone a la utilización del encarcelamiento preventivo. Si bien se volverá más adelante sobre ello con mayor detalle, parece necesario describir mínimamente cómo es el régimen en materia de prisión provisional previsto en el C.P.P. Aun cuando reconoce el principio de inocencia como una de las reglas fundamentales del procedimiento (C.P.P., 1º), la reglamentación de la prisión procesal descansa sobre bases directamente incompatibles con aquél: según el C.P.P., la prisión preventiva conforma la regla frente a la presunta comisión de un delito amenazado con pena privativa de libertad si el juez estima *prima facie* que, en caso de recaer sentencia condenatoria, ésta será de cumplimiento efectivo o, aun cuando éste no fuera el caso, si se estima que el imputado podrá darse a la fuga o entorpecer el procedimiento; el lenguaje imperativo del C.P.P., 312 ("El juez ordenará la prisión preventiva del imputado..."), no deja lugar a dudas acerca de las intenciones del legislador argentino al regular el problema. A partir de allí comienzan las excepciones, receptadas a modo de beneficios que se le conceden al imputado: eximición de prisión ("salvoconducto" que el imputado puede obtener antes de que se dicte su encarcelamiento preventivo) o excarcelación (solicitud de cesación de la prisión preventiva); ambos beneficios pueden estar sometidos o no a cauciones (real, personal o juratoria). Fuera de estos supuestos, el Derecho procesal penal federal argentino desconoce medidas alternativas a la prisión preventiva y sólo recientemente (ley 24.390 del 21/11/94) se ha establecido un límite temporal máximo a su duración (2 años, prorrogables en circunstancias excepcionales) (Pastor, 1996, pp. 283 y ss.; Maier, 1996, pp. 529).

1.4.3. NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE

El principio está expresamente consagrado en la C.N., 18, y repetido en la C.A.D.H., 8.2.g y en el P.I.D.C.P., 14.3,

ambos incorporados a la C.N. Su reglamentación en el Derecho procesal penal argentino presenta las siguientes consecuencias: a) facultad del imputado de abstenerse de declarar, sin que ello pueda producirle consecuencia negativa alguna; b) voluntariedad necesaria de la declaración del imputado, lo que impide la utilización de cualquier medio de interrogatorio que la afecte, tales como sueros de la verdad, hipnosis, detectores de mentiras, etc.; c) libertad de decisión del imputado durante su declaración, que prohíbe la aplicación de cualquier tipo de coacción —física o moral: tortura, amenaza, juramento de decir verdad, cansancio, etc.— o la utilización de engaño o la formulación de promesas ilegítimas de conceder ventajas. El principio se traduce también en el deber de advertencia previa al interrogatorio de los derechos que amparan al imputado y en la efectiva asistencia técnica durante el acto. La lesión a estas reglas impide la valoración judicial de la declaración del imputado y de la información allí contenida (*prohibición de valoración probatoria*), salvo que las afirmaciones irregularmente obtenidas lo favorezcan.

1.4.4. NE BIS IN IDEM

El principio constituye uno de los pilares fundamentales del Derecho procesal penal argentino, aun cuando el texto original de la C.N. no contiene una provisión expresa al respecto. La jurisprudencia argentina lo ha reconocido como una garantía no enumerada (C.N., 33), pero que surge del Estado de Derecho. Después de la reforma constitucional de 1994, que incorporara al texto de la C.N. el P.I.D.C.P. (art. 14.7) y la C.A.D.H. (art. 8.4), el principio ha sido expresamente consagrado como regla constitucional interna y operativa. Las constituciones provinciales, a su vez, prevén expresamente el principio en cuestión.

El *ne bis in idem* no sólo proscribe la posibilidad de una doble o múltiple condena e imposición de pena por el mismo hecho, sino que se extiende a la persecución penal misma, e impide la iniciación de un nuevo procedimiento penal cuando ya otro ha sido concluido por una decisión judicial firme de absolución o condena. Tal comprensión del principio llega a la imposibilidad de que la sentencia firme (absolución o condena), aun injusta, pueda ser posteriormente modificada

a través del recurso de revisión, el que sólo procede en favor del imputado y en forma atemporal. La regla no sólo prohíbe la persecución penal sucesiva, sino también la simultánea: sólo una persecución penal por el mismo hecho es legítima y, en caso de multiplicidad, sólo una puede continuar, debiendo cesar las restantes (Maier, 1996, pp. 598 y ss.).

La cosa juzgada produce, en consecuencia, un efecto absoluto de clausura sobre la persecución penal que reconoce sólo mínimas excepciones, que se originan de ordinario en el sistema de organización federal del país y, en consecuencia, de la administración de justicia. De este modo, el juzgamiento por un delito no evita el juzgamiento posterior por una contravención, parte integrante del mismo hecho punible (p. ej., la absolución por homicidio culposo no impide la sanción posterior por violación a una regla de tránsito) y viceversa. El principal problema vinculado al principio en análisis lo constituye el, así llamado, concurso formal o ideal de delitos en un único hecho, siendo uno de ellos de competencia de la organización judicial provincial y el o los restantes de competencia de la justicia federal (soberanía dual). En tal caso, la jurisdicción federal tiene prioridad de juzgamiento (C.P.P., 20); frente a pluralidad de condenas dictadas en distintas jurisdicciones, las respectivas penas deben ser unificadas, siguiendo las pautas establecidas en el C.P., 58, y C.P.P., 21 (D'Albora, 1996, pp. 39 y ss.)

1.4.5. FACULTADES DE INJERENCIA ESTATAL Y CONTROL JUDICIAL. PROHIBICIONES PROBATORIAS

El Derecho constitucional argentino consagra un ámbito de intimidad protegido frente a injerencias estatales o de terceros (C.N., 18); junto con ello, la libertad ambulatoria de los ciudadanos también obtiene protección constitucional (C.N., 14), al igual que la propiedad privada (C.N., 17). En consecuencia, cualquier injerencia estatal que afecte estos derechos debe estar, en primer lugar, específicamente reglamentada (principio de reserva de ley) y dicha reglamentación no puede alterar el derecho afectado (supremacía constitucional, C.N., 33). Es tarea del Derecho procesal penal el reglamentar las posibilidades de injerencia estatal en estos derechos durante el curso de un procedimiento penal. Esta

reglamentario es, en algunos casos, correcta y respetuosa de la garantía en juego (ejemplo, la regulación del allanamiento domiciliario) y en otros, sin embargo, constituye una afectación excesiva e incluso desproporcionada de los derechos involucrados (intervenciones telefónicas, utilización de agentes encubiertos, facultades de la privación de la libertad durante el procedimiento). El caso arquetípico de afectación exorbitante de garantías individuales lo constituye el régimen permisivo de intervenciones telefónicas previsto en el C.P.P., admitidas para todos los delitos (aun los menos graves, reprimidos con penas de multa o inhabilitación), no sujetas a límite temporal alguno ni sometidas a resguardos que garanticen la integridad y reserva de las comunicaciones privadas de los afectados (García, 1997, pp. 405 y ss.). La utilización de agentes encubiertos tropieza con idénticas objeciones de técnica legislativa (se autoriza, entre otras cosas, la comisión de delitos por parte del agente encubierto, con un límite completamente difuso), a lo que se agrega la permisiva interpretación de las reglas aplicables por parte de los jueces argentinos, que a partir de ellas admite la provocación de delitos por parte del personal policial (Guariglia, 1998, pp. 19 y ss.; Carrió, 1997, pp. 311 y ss.). Por lo demás, el principal mecanismo de control que la ley procesal penal argentina prevé para el ejercicio de las facultades de injerencia estatal está constituido por el requisito de autorización judicial previa, que se diluye prácticamente por completo como salvaguarda, al menos en el procedimiento federal argentino, ya que el mismo juez que autoriza la injerencia es quien está a cargo del desarrollo de la investigación preliminar (*juez de instrucción*).

El procedimiento penal federal argentino, finalmente, prevé que aquella prueba obtenida por medios ilegales o irregulares —sobre todo por aquellos métodos que implican una violación de garantías constitucionales o de derechos humanos fundamentales— no puede ser válidamente incorporada al procedimiento penal, ni valorada por el tribunal de juicio (prohibiciones de valoración probatoria). La Corte Suprema argentina ha hecho suya, hace ya tiempo, la regla de exclusión (*exclusionary rule*), acuñada por su par estadounidense, y su complemento, la doctrina del fruto del árbol venenoso (prueba obtenida legalmente, pero sólo conocida a partir de

una acción inicial ilegítima). La Corte también ha admitido algunas de las excepciones a la regla establecidas en la jurisprudencia norteamericana, particularmente, la existencia de una "fuente independiente" (cuando existe un cauce de investigación en curso distinto al ilegítimo), la "atenuación por hechos intervinientes" (por ejemplo, testimonios con origen irregular, pero prestados por "personas dotadas de voluntad autónoma") y, finalmente, la excepción del "descubrimiento inevitable" (curso causal hipotético que hubiera desembocado en el hallazgo de la misma prueba) (Carrió, 1994, pp. 169 y ss.). La legislación procesal penal argentina (tanto la federal como la provincial) contienen normas que, con mayor o menor grado de precisión, excluyen del procedimiento la prueba irregularmente adquirida (Guariglia, 1993, pp. 15 y ss.).

1.4.6. DEFENSA PÚBLICA

El modelo de defensa oficial adoptado para el Estado federal se enrola en los sistemas de defensores oficiales pertenecientes a un cuerpo burocrático del Estado (defensa oficial). La reforma constitucional de 1994 consagra al Ministerio Público de la Nación como órgano extra-poder e inserta en su órbita a la Defensoría General de la Nación, diferenciada de la Procuración General de la Nación (cabeza del Ministerio Público fiscal). Los miembros totales de la defensa oficial ante los tribunales nacionales (ciudad de Buenos Aires e interior del país) son, según el último relevamiento disponible, 171, y se organizan según un sistema de jerarquías específico, que varía según los tribunales ante los que actúe cada defensor oficial (Ley Orgánica del Ministerio Público, art. 4º). Un primer y grave defecto de la estructura organizativa de la defensa oficial radica en la acentuada desigualdad numérica entre defensores oficiales y fiscales: en la ciudad de Buenos Aires existen 131 fiscales (86 %) contra 21 defensores (14 %) ante los juzgados y cámara de apelaciones en lo criminal y correccional. Estadísticas emanadas de los tribunales y de los mismos defensores señalan, al mismo tiempo, que en los casos que tramitan ante los tribunales de juicio (*tribunales orales*), el 80 % al 90 % son confiados a defensores oficiales. Todo ello conlleva una carga desmesurada de trabajo que obviamente conspira en contra de la eficiencia de la defensa técnica. Junto

a esto, se señalan como defectos estructurales del sistema de defensa oficial la escasez de personal técnico, deficiencias en la formación jurídica de los operadores y la insuficiencia de los medios materiales asignados. A la vez, la letra de la ley de organización sugiere, en vez de un modelo dinámico y ágil, un sistema piramidal dividido en compartimentos estancos, con la consecuente limitación en la administración de los recursos humanos disponibles (Guariglia, 1992, pp. 776 y ss.).

1.4.7. "JUICIO PREVIO" E IMPARCIALIDAD DE LOS JUECES DEL TRIBUNAL DE SENTENCIA

La garantía de juicio previo está expresamente receptada en la C.N., 18: "Nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso". Son varias las consecuencias emanadas del principio. Por lo pronto, la necesidad de una sentencia condenatoria firme como corolario del juicio --sustentado, a su vez, en un proceso legal previo-- para poder imponer una pena a un individuo. Junto a ello, existen exigencias específicas acerca del "juicio" en sí mismo: se debe tratar de un juicio respetuoso del conjunto de reglas y principios emanados de la C.N. y de las leyes de procedimiento (juicio "justo" o *fair trial*), en el que el imputado haya podido ejercer adecuadamente su derecho de defensa, y ante un tribunal competente conforme las reglas aplicables al momento de comisión del hecho punible (*juez natural*). La imparcialidad ha sido definida como un elemento en la definición misma de "juez", recogido expresamente en todas las convenciones de derechos humanos suscriptas por la República e incorporadas a la C.N. (C.A.D.H., 8.1, P.I.D.C.P., 14.1). Ella obliga, en sentido negativo, al apartamiento de cualquier juzgador sobre el que pese *temor de parcialidad* en el caso concreto. El Derecho procesal penal reacciona frente a la sospecha de parcialidad con el *apartamiento* o *exclusión* del magistrado y su reemplazo, tipificando una serie de motivos específicos (C.P.P., 55). Estos motivos fundan el derecho de impugnar la intervención del juez en el caso y procurar su exclusión (*recusación*) y, simultáneamente, el deber del juez comprendido en alguno de ellos de apartarse de oficio del caso (C.P.P., 58 y 55). Dos son los déficit

principales del procedimiento penal federal en este ámbito: por un lado, los motivos de apartamiento están regulados de modo *taxativo*, en vez de concluir con una regla de apertura que permita el apartamiento por motivos no previstos, pero que afecten también la imparcialidad [así lo hace el nuevo C.P.P. de la provincia de Córdoba (1992), arts. 60 (12) y 66, este último permitiendo, incluso, la recusación sin causa]; el segundo problema —seguramente el más grave— está conformado por la ausencia de una regla expresa en el C.P.P. que impida al juez que ya intervino en el caso conocer posteriormente en él como integrante del tribunal de juicio, lo cual lleva a que en el procedimiento correccional sea, de ordinario, el mismo juez que presidió la investigación preliminar (*instrucción*) el que integre el tribunal unipersonal de juicio (Bovino, 1998, pp. 49 y ss.).

1.4.8. INDEPENDENCIA POLÍTICA DE LOS TRIBUNALES

La C.N. argentina, producto coherente de la tradición jurídica liberal, fija las reglas que persiguen asegurar la independencia recíproca de los tres poderes del Estado y, en particular, la independencia del Poder Judicial. Ejemplos de esto último son las normas que prevén la estabilidad de los jueces permanentes (C.N., 110), la intangibilidad de sus remuneraciones (C.N., 110) o la prohibición de que el Presidente de la República pueda ejercer funciones judiciales (C.N., 109). Ello, sin embargo, garantiza, en última instancia, sólo la independencia *externa* del Poder Judicial, pero no la independencia *interna* del juez individual, afectada por la estructura vertical de la administración de justicia penal argentina, que llega, incluso, a consagrar como obligatorias para los tribunales inferiores las decisiones emanadas de las sesiones unidas de la Cámara Nacional de Casación Penal (*fallos plenarios*, ley 24.050, art. 10). Distintos hechos de la vida política argentina, que demostraron un altísimo grado de promiscuidad entre poder político y administración de justicia, condujeron a que la reforma constitucional de 1994 modificara el régimen de nombramiento y remoción de los magistrados inferiores, creando un *Consejo de la Magistratura*, encargado de elevar al Presidente de la Nación, después de un proceso de selección, ternas vinculantes de candidatos

N., arts. 114 y 99, inc. 4°). El órgano ha sido sólo recientemente reglamentado y aún no ha sido constituido.

Síntesis del procedimiento tradicional y todavía vigente y su adecuación a los principios anteriores

1. Fuentes del Derecho procesal penal argentino

La única fuente del Derecho procesal penal argentino es la ley. Debido a su indudable filiación europeo-continental, se trata de un Derecho procesal penal formalizado, originado en leyes emanadas de los órganos legislativos competentes. En la cúspide la pirámide de fuentes normativas del Derecho procesal penal se encuentran las disposiciones aplicables de la C.N. (normas referidas a la organización judicial —ej., art. 118— y normas que consagran derechos y garantías individuales —ej., C.N., 18—). Junto a ellas se encuentran los tratados suscriptos por la República Argentina (aprobados por el Congreso Nacional y ratificados por el Poder Ejecutivo Nacional), fuente también de Derecho procesal penal con el mismo rango que la ley procesal penal nacional (C.N., 31 y 75, inc. 22). Los instrumentos internacionales de derechos humanos suscriptos por la Argentina han sido incorporados al texto constitucional (C.N., 75, inc. 22), por lo que su jerarquía es idéntica a la de las reglas constitucionales. Las fuentes legales comunes del Derecho procesal penal de la Nación son: el Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984, 1991, modificado por leyes 24.825 y 24.826), la Ley de Competencia Penal del Poder Judicial de la Nación (ley 24.050, 1991), la Ley de Implementación y Organización de la Justicia Penal (ley 24.121, 1992) y la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal (ley 24.767, 1997). La jurisprudencia y la doctrina no revisten carácter de fuente, sino que, antes bien, de ellas emanan proposiciones interpretativas acerca de la validez, vigencia y alcance de las normas procesales. Un problema particular del Derecho procesal penal federal lo constituye el carácter obligatorio de la jurisprudencia plenaria de la C.N.C.P. (ley 24.050, art. 11) para los tribunales inferiores, que vuelve general y vinculante la interpretación de este tribunal de preceptos legales, cuya constitucionalidad es alta-

mente cuestionable, en la medida en la que afectan la independencia interna de los magistrados, al imponerles como obligatoria una determinada interpretación de la ley: aquélla emanada del tribunal superior (C.N.C.P.) .

2.2. El Código de Procedimiento en lo Criminal y Correccional de 1889

Hasta 1992 el sistema de enjuiciamiento penal federal argentino estuvo gobernado por el Código de Procedimiento en lo Criminal y Correccional de 1889, de neto corte inquisitivo. El Código es aprobado por el Congreso nacional, dando inicio a más de 100 años de predominio inquisitivo en el sistema federal, tras el rechazo implícito —por falta de tratamiento parlamentario— de los proyectos legislativos González-De la Plaza, que pretendían establecer el juicio por jurados para los tribunales federales. En 1882 el Congreso encomienda al jurista Manuel Obarrio la elaboración de un nuevo proyecto de C.P.P. para la justicia federal. Obarrio deshechó toda posibilidad de adoptar un modelo de enjuiciamiento penal acusatorio, integrado con jurados, y, en vez de ello, se inspiró en la última legislación filo-inquisitiva española (Compilación de 1879), ya por ese entonces reemplazada en España misma por la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882. Esta paradójica decisión del proyectista, refrendada por el legislador nacional, llevó a la acertada conclusión de que el C.P.P. de 1889 “nació viejo y caduco” (Vélez Mariconde, 1969, p. 197).

Como ya ha sido mencionado, el C.P.P. de 1889 se enrola decididamente en la tradición inquisitiva. Sucesivas reformas “parche” procuraron, sin éxito, atenuar, aunque fuera parcialmente, las aristas más autoritarias del Código. Los lineamientos principales del viejo C.P.P. son los siguientes:

1. Jurisdicción ejercida en forma exclusiva por jueces profesionales, a cargo tanto de la investigación preliminar, como de la decisión sobre la culpabilidad o inocencia del imputado, en etapas diversas del procedimiento (sumario, o instrucción, y plenario, etapa decisoria). En el caso de los jueces federales y del procedimiento correccional, un mismo magistrado concentraba las funciones de investigar y de decidir, déficit que continúa en el caso del nuevo C.P.P.

de 1992 en lo que al procedimiento correccional se refiere.

2. Mínimas facultades del Ministerio Público en la investigación de delitos y en la promoción de la acción penal. La instrucción o sumario no requería de la iniciativa fiscal para su iniciación, sino que podía comenzar de oficio, *per inquisitionem*, por decisión del juez de instrucción, quien, además, contaba con poderes casi omnímodos durante la investigación, tanto en lo relativo a la decisión de los actos que debían practicarse como en lo atinente a las medidas de coerción que podían ser adoptadas. El rol del Ministerio Público quedaba así relegado a la función de formular acusación una vez concluida la etapa de investigación penal, sobre la base de los actos realizados por el juez de instrucción.
3. Consagración de la etapa de investigación preliminar (sumario) como eje central para la determinación de la culpabilidad o inocencia del acusado. Los actos de prueba realizados por el juez de instrucción revestían el carácter de definitivos, en cuanto ellos constituían la base sobre la cual se tomaría posteriormente la decisión acerca de la culpabilidad o inocencia del imputado. La etapa del plenario (etapa decisoria) se reducía a una mera discusión sobre la responsabilidad penal del imputado a la luz de los registros acumulados durante la fase de instrucción.
4. Concepción del imputado como objeto de procedimiento. El imputado, lejos de ser visto como un sujeto procesal pleno, con las correspondientes facultades y derechos que lo colocarían en un pie de igualdad con el acusador, se veía reducido, en la lógica del Código, un mero objeto de indagación estatal, prácticamente carente de facultades sustanciales de intervención. La etapa de investigación penal —de importancia medular, como ya se dijo, para la decisión final del caso— era secreta para él, aun en lo atinente a la producción de actos definitivos e irreproducibles. Su declaración se encontraba reglamentada a la usanza de un método de obtención de información, y no de defensa, llegando al absurdo de relegar la formulación oral de la

advertencia sobre el hecho punible atribuido y las facultades defensivas reconocidas por la ley a la finalización del interrogatorio. La incomunicación del imputado se encontraba autorizada por un período prolongadísimo y abarcaba, incluso, las comunicaciones con el abogado defensor, lo cual vedaba toda posibilidad de comunicación previa a la primera declaración del imputado. Finalmente, la prisión preventiva constituía la regla general y obligatoria frente a la atribución de un hecho punible, aun reprimido con penas de multa o inhabilitación.

5. La escritura como base del procedimiento. Todo el procedimiento (sumario y plenario) se desarrollaba sobre la base de registros escritos o actas. La oralidad no encontraba ningún lugar en este cuadro, lo cual, entre otras varias consecuencias nefastas, tornaba irrisoria la mera posibilidad de publicidad del procedimiento penal.
6. Resabios del sistema de prueba legal o tasada en la valoración de las pruebas producidas y revisión amplia de la decisión (cuestiones de hecho y de derecho) por un tribunal colegiado superior (tribunal de apelación).

A pesar del intenso movimiento reformista iniciado en la provincia de Córdoba en 1939, y extendido posteriormente a lo largo del país, con la adopción del C.P.P. redactado por Alfredo Vélez Mariconde y Sebastián Soler —que recogía los aportes sustanciales de los procesos de reforma decimonónicos europeo-continenciales, y parte de su desarrollo posterior—, el legislador nacional se mantuvo fiel al modelo inquisitivo adoptado durante más de 100 años, llegando, a lo sumo, a reconocer la necesidad de reformas puntuales del mismo modelo. Recién en 1992 el Congreso nacional decidió la aprobación de un nuevo Código Procesal Penal en reemplazo del vetusto Código de Obarrio. El conservadurismo del legislador nacional, sin embargo, produjo una curiosa reiteración de los eventos acontecidos en 1889: a pesar de que la provincia de Córdoba acababa de aprobar un nuevo C.P.P., recogiendo los desarrollos más recientes en la discusión procesal penal, el legislador nacional adoptó un proyecto de C.P.P. que copiaba a la letra el viejo Código de Córdoba de 1939. Nuevamente el C.P.P. nacional nacía "viejo y caduco" (Pastor, 1992, p. 27).

3. Estructura del procedimiento común. Recursos contra la sentencia

El procedimiento común en el régimen del C.P.P. de 1992 está estructurado en forma bifásica. La noticia de la presunta comisión de un delito da lugar a una etapa de investigación preliminar, altamente formalizada y burocrática (*instrucción*), colocada, por regla, en manos de un juez (*juez de instrucción*). Por excepción, la instrucción puede ser llevada a cabo por el M.P., ya sea por delegación expresa del juez de instrucción (C.P.P., 196) o por tratarse de imputados sorprendidos en flagrancia a los que no correspondiere aplicar prisión preventiva (*instrucción sumaria*), supuesto que se encuentra supeditado a la decisión del imputado de no solicitar ser oído por el juez de instrucción en declaración indagatoria, en cuyo caso la instrucción se rige por las reglas comunes (C.P.P., 353 bis). Aun en estos casos, ciertos actos del procedimiento exigen la intervención del juez: la recolección de prueba anticipada (*actos definitivos o irreproducibles*), la autorización de ingresos domiciliarios o de aplicación de medidas de coerción al imputado, entre otros actos, no pueden ser llevados a cabo autónomamente por el M.P. La instrucción tiene, en principio, vocación preparatoria del juicio oral: función de ella no es determinar la culpabilidad o inocencia del imputado, sino comprobar la existencia de un hecho punible e individualizar a los presuntos autores y partícipes. Sin embargo, el proceso de acumulación de actas escritas consustancial a ella, sumado a la excesiva tolerancia del C.P.P. para con la incorporación al juicio de actos de la instrucción por vía de lectura, conduce a que esta etapa revista una trascendencia indeseable en la formación del juicio de culpabilidad.

Las características principales de esta etapa son su forma escrita, su secreto —absoluto para terceros, temporalmente limitado (10 días) para el imputado, aunque el secreto en ningún caso puede abarcar los actos definitivos e irreproducibles— y su carácter no contradictorio, que se traduce en limitadas facultades de intervención del M.P. y de la defensa durante su desarrollo.

La instrucción se inicia, en principio, con un requerimiento fiscal formal; se discute si la actividad policial también puede cumplir esta función. En ningún caso se encuen-

tra autorizado el juez a iniciar autónomamente la instrucción (*ne procedat iudex ex officio*). Cumplido este trámite, comienza la investigación o encuesta penal, que contiene una decisión de mérito intermedia en la que se fija provisionalmente la imputación (*procesamiento*), presupuesto ineludible para la aplicación de la prisión preventiva al imputado. Cuando el juez considera que la investigación ha concluido, envía las actas de la investigación realizada al M.P., para que éste formule acusación —acto que conduce al juicio— o señale, si considera que la investigación no ha sido completa, cuáles son los actos concretos que deben ser realizados, o procure el archivo del caso, si considera que éste no debe ser llevado a juicio. La instrucción puede concluir también mediante una sentencia absolutoria anticipada (*sobreseimiento*), con efectos de cosa juzgada material, cuando el juez considera que el hecho atribuido al imputado no existió, o que el imputado no lo cometió, o que el hecho es atípico, o está cubierto por una causa de justificación o de inculpabilidad, o que la acción penal se encuentra prescrita.

El procedimiento penal federal no conoce una etapa obligatoria de control de la acusación, es decir, no existe un *procedimiento intermedio*, entendido como fase necesaria entre la clausura de la investigación preliminar y el juicio. Sin embargo, cierto examen crítico del valor de la instrucción tiene lugar en el procedimiento, pero sujeto a la iniciativa del imputado: concluida la instrucción, y formulada la solicitud fiscal de elevación del caso a juicio (que cumple las veces de acto de acusación formal contra el imputado), el imputado puede oponerse a ella e instar el sobreseimiento, u oponer excepciones que no hubiera interpuesto anteriormente (C.P.P., 349). El control sobre el requerimiento conclusivo del M.P. (*pedido de sobreseimiento*) se encuentra en manos del juez de instrucción; si él considera que el dictamen fiscal es errado y que corresponde llevar el caso a juicio, debe elevar el caso a la cámara de apelaciones, la que, si comparte el criterio del juez, aparta al fiscal que hubiera intervenido e instruye a su sucesor para que solicite la elevación del caso a juicio (C.P.P., 348) (Álvarez, 1993, pp. 153 y ss.).

El juicio se rige por las reglas del Libro III del C.P.P. y está estructurado del siguiente modo: una etapa de preparación del debate (*actos preliminares*) y la fase de debate, pro-

gramente dicho. Durante la primera se realizan aquellas medidas necesarias para que el juicio pueda ser realizado, tales como el ofrecimiento de prueba por el M.P. y la defensa y su admisión por el tribunal de juicio, el tratamiento de las excepciones no deducidas con anterioridad, la designación de fecha para la audiencia y la decisión sobre la unión o separación de juicios para los casos de pluralidad de imputados o pluralidad de hechos. Esta etapa, al igual que el debate, se encuentra en manos del tribunal de juicio, que, en el procedimiento común se encuentra compuesto por tres jueces profesionales. En ella también es posible dictar el sobreseimiento del imputado cuando por nuevas pruebas resulte evidente que el imputado obró en estado de inimputabilidad, o que existe o sobrevino una causa de extinción de la acción penal o que una ley penal más benigna conduce a la exención de pena del imputado (C.P.P., 361). Un problema particular de esta etapa lo constituye la posibilidad de que el tribunal de juicio lleve adelante medidas de investigación suplementarias de las realizadas durante la etapa de investigación preliminar (*instrucción suplementaria*, C.P.P., 357), facultad de neto corte inquisitivo que inevitablemente conlleva grandes riesgos para la imparcialidad del tribunal de juicio.

El debate está regido por los principios de *oralidad, publicidad, inmediación, continuidad, concentración y contradicción*. El C.P.P. regula las excepciones a estos principios: así, el debate puede desarrollarse total o parcialmente a puertas cerradas por razones de moral, orden público o seguridad mediante resolución fundada del tribunal (C.P.P., 363); el juicio puede ser suspendido por un plazo máximo de 10 días en los casos previstos por el mismo C.P.P., y vencido este plazo se debe iniciar el debate de nuevo (C.P.P., 365). Sin duda, los principios más afectados por la reglamentación del C.P.P. son los de oralidad, concentración y contradicción, mediante la laxitud del C.P.P. hacia la incorporación por medio de lectura de aquella prueba producida durante la etapa de instrucción (C.P.P., 378 y, fundamentalmente, 391 y 392), lo que conduce a que, en muchos casos, el debate termine siendo una discusión sobre el mérito de la prueba de la instrucción para fundar o no una sentencia de condena.

El juicio es dirigido por el presidente del tribunal, quien acumula las facultades de dirección y poder de policía y dis-

ciplina. Es él también quien interroga al imputado, a los testigos, peritos e intérpretes; el fiscal, las otras partes y los defensores sólo pueden formular preguntas con la autorización del presidente, y en el momento en que éste considere oportuno (C.P.P., 389). Esta marcada concentración de facultades en el tribunal de juicio, en detrimento de las partes, ha sido intensamente criticada. Incluso, en la práctica, varios tribunales de juicio (*tribunales orales*) se apartan de la letra de la ley, permitiendo una intervención autónoma del M.P. y de la defensa, acercando al menos un poco el sistema de interrogatorios al modelo de *cross-examination* anglo-americano.

El debate concluye con la *discusión final*, en la que el M.P., querellante, actor civil, imputado y civilmente demandado exponen sus argumentos ante el tribunal; la réplica está acotada al M.P., la parte querellante y al imputado, a quien le corresponde siempre la última palabra. Tras la clausura del debate el tribunal se retira a deliberar y, al regresar a la sala de audiencias debe leer, al menos, la parte dispositiva de la sentencia, pudiendo diferir la lectura de los fundamentos hasta 5 días. La sentencia no puede abarcar otros hechos que los contenidos en la acusación fiscal (*principio de congruencia*), pero, gracias a una recepción desmesurada del principio *iura novit curia*, puede aplicar, sin previa advertencia al imputado, una calificación jurídica distinta a la propugnada por el M.P., aun cuando ello implique la aplicación de una pena más grave (C.P.P., 401), con la consecuente afectación del derecho de defensa del imputado. La sentencia debe contener una serie de requisitos formales (fecha y lugar en que se dicta, nombre y apellido del fiscal y de las otras partes, etcétera) y materiales (fundamentación), cuya omisión acarrea su nulidad y fundamenta el recurso de casación contra ella (Díaz Cantón, 1999, pp. 59 y ss.).

El principal recurso contra la sentencia condenatoria es el *recurso de casación*, regulado en forma clásica por el C.P.P. El recurso sólo procede por inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva (*casación material*) o inobservancia de las normas de procedimiento que el mismo C.P.P. establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad (*casación formal*), siempre que el recurrente haya formulado, previamente, protesta formal de recurrir en casación o reclamado

subsanação del defecto (por ejemplo, por vía del *recurso de reposición* durante el juicio); el requisito de protesta previo es necesario en los casos de nulidades absolutas, previstos en el mismo C.P.P. (lesión a formas procesales relativas al tribunal, al M.P. y al imputado que impliquen violación de garantías constitucionales) ni, como resulta obvio, en el caso de recurso de casación fundado en vicios intrínsecos de la sentencia. El recurso debe ser interpuesto dentro de un plazo perentorio ante el mismo tribunal que dictó la sentencia, el cual debe concederlo o denegararlo, si considera que los requisitos de tiempo y forma previstos en la misma ley procesal penal no han sido cumplidos. Si lo concede, debe elevar el caso a la Cámara Nacional de Casación Penal (C.N.C.P.), tribunal compuesto de cuatro salas integradas por tres miembros cada una; este tribunal puede declarar mal concedido el recurso por el tribunal de juicio y rechazarlo, o, admitirlo y, tras un plazo concedido a las partes para que examinen el expediente, fijar una audiencia para que se debata la cuestión planteada en el recurso (C.P.P., 463 a 468). Si el tribunal de juicio rechaza el recurso por improcedente, el recurrente frustrado puede presentarse directamente ante la Cámara de Casación para solicitar que el recurso sea declarado mal denegado (*recurso de queja*, C.P.P., 476 y ss.).

Comprobado el defecto señalado la impugnación, la Cámara de Casación debe anular la sentencia y reenviar el caso ante un tribunal distinto del que entendió para que se realice un nuevo juicio, si se tratara de un supuesto de casación formal (lesión a formas procesales), o casar la sentencia y dictar una nueva con arreglo a la ley y a la doctrina cuya aplicación considere correcta, si se trata de un caso de casación material (errónea aplicación de la ley sustantiva) (C.P.P., 470 y 471).

La discusión sobre el recurso de casación en el Derecho argentino ha girado en torno a los siguientes problemas fundamentales. En primer lugar, la regulación prevista en el C.P.P. federal, copiada a la letra del viejo C.P.P. de la provincia de Córdoba (1939), establecía un límite objetivo al gravamen que la sentencia debía causar para la procedencia del recurso (un monto mínimo de pena, dependiendo del tipo de caso que se tratara). A pesar de la crítica sostenida de la doctrina, que señalaba la abierta contradicción entre estas

limitaciones objetivas al recurso y el derecho consagrado en la C.A.D.H., 8.2.h, la Cámara de Casación sostuvo en forma uniforme la constitucionalidad de la norma que establecía las restricciones referidas (C.P.P., 459), bajo el pretexto de que la existencia de un recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (recurso excepcional y sumamente limitado) satisfacía la garantía de "doble instancia". Finalmente, la Corte Suprema decidió en un fallo reciente la inconstitucionalidad de los límites objetivos al recurso sobre la base de su incompatibilidad con la garantía prevista en la C.A.D.H., y señaló que el recurso extraordinario ante ella no era idóneo para cumplir con la garantía en cuestión, tarea que le correspondía al recurso de casación ("Girolidi, Horacio D.", *ED*, 163-161). La segunda objeción hacia la regulación concreta del recurso de casación obedece al sistema de *bilateralidad* previsto; el recurso le corresponde tanto al imputado como al acusador, que está autorizado a recurrir una sentencia absolutoria en procura de su anulación o modificación. Se objeta que ello implica una nueva persecución penal, proscripta por imperio del *ne bis in idem* y, además, que una nueva sentencia condenatoria obtenida a partir de un recurso fiscal contra una absolución anterior significa, en verdad, una nueva "primera condena", contra la cual el imputado mantendría el derecho a un recurso, si se pretende respetar el Derecho internacionalmente consagrado, lo cual conduce a un *regressus in infinitum* (Maier, 1997, pp. 407 y ss.). Por ello, se ha afirmado que, para cumplir auténticamente con la función que le asigna la C.A.D.H., el recurso de casación debería, por un lado, corresponder exclusivamente al imputado y, simultáneamente, sería necesario "ordinarizarlo", atenuando sus excesivamente rigurosos requisitos formales y materiales. En este sentido, se debe señalar que la C.N.C.P., prácticamente desde su conformación en 1992, ha sido sumamente restrictiva en la admisión del recurso del imputado. En una investigación realizada sobre la actividad de una de las Salas de la C.N.C.P. durante un año calendario (1° de febrero de 1996 al 30 de diciembre de 1996), se observó, entre otras cosas, que de 78 recursos presentados por la defensa y admitidos por los tribunales de juicio, 38 de ellos (49 %) fueron declarados mal concedidos por la C.N.C.P., 30 de ellos fueron admitidos, pero la cues-

ta planteada fue rechazada (39 %) y sólo 10 fueron considerados admisibles y procedentes (13 %); esto se debe contrastar con la actitud de la C.N.C.P. frente a recursos presentados por el M.P.: de 44 recursos presentados, 14 de ellos fueron declarados mal concedidos (32 %), 2 de ellos declarados admisibles, pero rechazados en la cuestión de fondo (5 %) y 28 fueron declarados admisibles y procedentes (64 %). Es decir, esta Sala concedió la razón a la defensa en un 13 % de los recursos presentados, mientras que con relación al M.P., lo hizo en un 64 % (investigación coordinada por Alberto Bovino, INECIP, inédita).

Los otros recursos que proceden contra la sentencia son el recurso de inconstitucionalidad, también ante la C.N.C.P., el recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el recurso de revisión, que, en rigor, no constituye un recurso sino una acción judicial destinada a obtener la revisión de una sentencia condenatoria en los supuestos previstos por la ley procesal. El primero de ellos procede contra sentencias definitivas u otras decisiones equiparables si se hubiera planteado el conflicto entre alguna norma de Derecho común y disposiciones constitucionales y la decisión judicial fuera contraria a la tesis del recurrente (C.P.P., 474). Este recurso no es prácticamente utilizado, y su origen radica en un error del proyectista del C.P.P.: el recurso de inconstitucionalidad es normal en los códigos provinciales, en donde cumple la función de constituir la vía para agotar la instancia local y llevar el caso ante la Corte Suprema federal a través del recurso extraordinario, lo cual resulta innecesario en el ámbito federal, en el cual la decisión negativa de la C.N.C.P. sobre un recurso de casación regularmente interpuesto ya basta para habilitar la vía del recurso extraordinario. El recurso extraordinario es un recurso de casación constitucional ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, históricamente concebido para asegurar la supremacía del Derecho federal sobre los ordenamientos jurídicos provinciales, que procede contra sentencias definitivas u otras decisiones equiparables que causen gravamen constitucional. En la práctica, la C.S.N. utiliza dicho recurso como un *writ of certiorari*, admitiendo la cuestión por razones de gravedad institucional o de trascendencia suficiente que justifiquen la su intervención, es decir, sobre la base de criterios fuerte-

mente discrecionales. El recurso de revisión tramita ante la C.N.C.P. y procede sólo en favor del condenado por sentencia firme en alguno de los siguientes supuestos: 1) los hechos establecidos como fundamento de la condena resultan inconciliables con los fijados por otra sentencia penal irrevocable; 2) la sentencia impugnada se funda en prueba documental o testifical cuya falsedad se hubiera declarado en un fallo posterior irrevocable; 3) la sentencia condenatoria ha sido pronunciada mediante prevaricato, cohecho u otro delito cuya existencia se hubiera declarado en un fallo posterior irrevocable; 4) cuando después de la condena sobrevienen o se descubren nuevos hechos o elementos de prueba que, solos o unidos a los ya examinados en el proceso, hacen evidente que el hecho no existió, que el condenado no lo cometió o que el hecho cometido encuadra en una norma penal más favorable; 5) corresponde aplicar retroactivamente una ley penal más benigna que la aplicada en la sentencia (C.P.P., 479). Si el recurso prospera, su consecuencia es la anulación de la sentencia recurrida; el tribunal de casación puede pronunciar directamente la nueva sentencia definitiva o, si el caso lo requiere, remitir a nuevo juicio (C.P.P., 485) (Goransky y Rusconi, 1999, pp. 147 y ss.).

2.4. Procedimientos especiales

1. *Procedimiento correccional*. Está previsto en el C.P.P. para delitos reprimidos con pena no privativa de libertad o cuyo máximo no exceda de 3 años (C.P.P., 27). Se aplican las reglas del procedimiento común, con las siguientes diferencias: a) el mismo juez que investiga es el encargado de juzgar en instancia única el caso, con la consecuente violación al principio de imparcialidad del juzgador; b) ciertos plazos son abreviados; c) la confesión de culpabilidad del imputado puede conducir a la omisión de recepción de prueba en el debate, siempre que el juez y las partes acuerden en ello (C.P.P., 405 a 409).
2. *Juicio de menores*. En los casos de juzgamiento de un menor de 18 años se aplican las reglas comunes del C.P.P., aunque aquí también rigen ciertas disposiciones especiales: a) la prisión preventiva sólo procede

- frente a peligro de fuga o de entorpecimiento de prueba por parte del menor (nótese la diferencia con las reglas comunes relativas a la prisión preventiva descriptas *supra*) y siempre se debe ejecutar en un establecimiento o sección distinto de los destinados a alojar mayores de edad; b) el tribunal de menores está facultado a tomar distintas medidas tutelares sobre el menor durante el procedimiento (entrega del menor a sus padres, otras personas o a una institución especializada para educación y tratamiento, etc.); c) el debate se realiza a puertas cerradas, y el menor sólo asiste a él cuando su presencia fuera imprescindible; d) interviene obligatoriamente un *asesor de menores* (funcionario de la defensa oficial asignado a la tutela de los menores), con las mismas atribuciones del defensor, aun cuando el menor imputado hubiera designado defensor de confianza (C.P.P., 413).
3. *Juicio por delitos de acción privada*. Se encuentra regulado en el Capítulo III del Título II, C.P.P. (*Juicios Especiales*) y procede exclusivamente mediante acusación particular o *querrela* del ofendido penalmente. La investigación preliminar le corresponde al acusador particular, quien puede solicitar el auxilio del tribunal cuando ignore la identidad o domicilio del imputado o no haya podido obtener por sus propios medios información relevante para el juicio (C.P.P., 426). El procedimiento se acerca notoriamente al proceso civil: la voluntad de las partes cobra preeminencia, y la conciliación entre ellas clausura materialmente el procedimiento, lo que también sucede, en principio, cuando el querellado se retracta (C.P.P., 425); a la vez, el querellante, a la manera de un actor civil, debe instar continuamente el procedimiento, conduciendo su inactividad, o su ausencia en alguna de las audiencias previstas, a que se tenga la acción privada por desistida (C.P.P., 422). El debate se rige por las reglas comunes (C.P.P., 430).
 4. *Justicia militar*. Se trata de un fuero acotado exclusivamente al juzgamiento de militares por delitos cometidos durante su actuación como tales. Los delitos comunes (tortura, homicidio, lesiones, etc.) cometi-

dos por militares son de competencia de los tribunales ordinarios. El procedimiento se encuentra regulado en el Código de Justicia Militar y presenta varios problemas graves de constitucionalidad, tales como restricciones al derecho de defensa en juicio, incluyendo limitaciones a la elección de un defensor de confianza (secreto absoluto del sumario, art. 184; el imputado declara sin información previa sobre la imputación y las pruebas y antes de poder designar defensor, art. 252; imposibilidad total de proponer y producir prueba en el debate, art. 371), o límites absolutos para el recurso (la sanción por faltas es, en principio, irrecurrible, salvo que se trate de destitución o confinamiento, en cuyo caso sólo se prevé un recurso administrativo interno, art. 429; para la sanción disciplinaria de arresto no hay directamente recurso alguno, art. 432). Por lo demás, a diferencia de otras constituciones latinoamericanas, la C.N. no ha previsto la jurisdicción militar, por lo que ella se desenvuelve en un llamativo vacío constitucional. Las decisiones de los tribunales militares imponiendo pena de prisión por delitos previstos en el Código respectivo son recurribles, por vía del recurso de casación, ante la C.N.C.P.

5. **Contravenciones.** En la ciudad de Buenos Aires la tipificación y juzgamiento de las contravenciones estuvo históricamente en manos de la Policía Federal, con un recurso judicial ante la justicia correccional. Las contravenciones se encontraban establecidas en *edictos policiales*, posteriormente receptados legislativamente, y constituían, en la gran mayoría de los casos, tipos penales peligrosistas, incompatibles con el principio de culpabilidad (vagancia, merodeo, mendicidad, etcétera); su aplicación estaba en manos de la policía, órgano al cual le era encomendada, además, la persecución de estos hechos. Todos estos vicios motivaron una decisión de la C.S.N. declarando la inconstitucionalidad de los edictos policiales, aunque posteriormente la misma C.S.N., con una conformación modificada, diera marcha atrás y revocara su propia jurisprudencia. La consagración de la ciudad de Bue-

nos Aires como ciudad-Estado en la reforma constitucional de 1994 ha llevado de la mano una modificación radical en este ámbito: la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, sancionada en 1995, estableció la nulidad de los edictos y prohibió, dentro de los límites de la ciudad, todo tipo penal o contravencional peligrosista o que implicara una recepción legislativa del Derecho penal de autor. La Legislatura de la ciudad de Buenos Aires ha sancionado recientemente un Código de Convivencia Urbana que tipifica con claridad las contravenciones y se aparta sustancialmente de los edictos policiales. Este Código debe ser aplicado por una justicia contravencional, que aún debe ser plenamente implementada.

2.5. Ejecución penal

El régimen de ejecución penal está regulado por la reciente Ley de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad (ley 24.660, 1996) y es llevado adelante por autoridades administrativas (Servicio Penitenciario Federal, dependiente del Ministerio de Justicia de la Nación). El C.P.P. coloca la fiscalización y control de la ejecución de la pena privativa de libertad en manos de jueces *ad hoc*, llamados *jueces de ejecución* (C.P.P., 493). En concreto, el C.P.P. les encomienda: 1) controlar que se respeten todas las garantías constitucionales y tratados internacionales en el trato otorgado a condenados, presos y personas sometidas a medidas de seguridad; 2) controlar el cumplimiento por parte del imputado de las instrucciones e imposiciones establecidas en los casos de suspensión del procedimiento a prueba; 3) controlar el cumplimiento efectivo de las sentencias condenatorias dictadas por los tribunales nacionales; 4) resolver todos los incidentes que se susciten durante el período de ejecución; 5) colaborar en la reinserción social de los liberados condicionalmente.

3. La reforma ya vigente o diseñada

El C.P.P. federal entró en vigencia en 1992, reemplazando al vetusto e inquisitivo Código de Procedimientos en Ma-

teria Criminal de 1889. Lamentablemente, al igual que en 1889, el legislador nacional cometió el mismo error histórico: adoptar un modelo de enjuiciamiento ya abandonado por obsoleto en su lugar de origen. El sistema de enjuiciamiento adoptado es una copia del C.P.P. de la provincia de Córdoba de 1939, que, a su vez, reconocía como fuentes inmediatas los C.P.P. italianos de 1913 y 1930. Se trata, en consecuencia, de un C.P.P. de raíz decimonónica, con una etapa de investigación preliminar (*instrucción*) de neto corte inquisitivo, formalizada, escrita y burocrática, en manos de un juez —simultáneamente, encargado de custodiar las garantías del imputado—, que conduce a la fase de juicio oral y público. Las limitaciones y defectos de este sistema llevaron a la provincia de Córdoba a reformar íntegramente su C.P.P. en 1992, dato que, lamentablemente, pasó completamente desapercibido para el legislador nacional. En el camino había quedado el moderno Proyecto de C.P.P. de 1986, posteriormente adoptado como Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica por el Instituto Iberoamericano de Derecho procesal, que pretendía una reforma integral del sistema de enjuiciamiento, abarcando también la esfera de organización judicial y de administración de casos. Este Proyecto, sin embargo, ha constituido la base para el proceso de reforma iniciado en las provincias argentinas a partir de 1991 y, más allá de las fronteras nacionales, para buena parte de las distintas reformas encaradas en Latinoamérica durante el último lustro.

Con posterioridad a su sanción, se han introducido distintas reformas al texto original del C.P.P. Las más significativas son la introducción de la *instrucción sumaria* y del *procedimiento abreviado*, ya referidas más arriba. Se debe destacar que la adopción del procedimiento abreviado no ha sido pacíficamente recibida por la jurisprudencia, y algunos tribunales han declarado la inconstitucionalidad de las disposiciones introducidas (Bovino: *Simplificación del procedimiento*, pp. 527 y ss.; Bruzzone, 1998, pp. 571 y ss.).

En cuanto a la correspondencia entre los postulados y reglas del C.P.P. con los principios del proceso penal respetuoso del Estado de Derecho, se puede decir que, en relación a su antecesor inmediato, el C.P.P. de 1889, el C.P.P. de 1992 constituye un avance significativo. Entre sus logros se pue-

incluirl el reconocimiento del imputado como sujeto procesal, y con ello, el otorgamiento de facultades y derechos procesales para ejercitar adecuadamente el derecho de defensa, la instauración del juicio oral y público para todos los casos, la introducción del recurso de casación como método de examen de la sentencia y la implementación de la suspensión del procedimiento a prueba como sistema alternativo de finalización del procedimiento. Entre sus déficit, destacan, principalmente: la adopción de un sistema rígido y formalizado de investigación preliminar (*instrucción*), en manos de un juez de instrucción y con limitada intervención del Ministerio Público, que, por lo pronto, opera en detrimento del juicio oral y afecta por ello las facultades de contradicción del imputado, en cuanto las reglas del C.P.P. admiten generosamente la introducción por lectura de actas de la investigación preliminar, aun cuando ellas no hayan seguido el régimen de los actos definitivos e irreproducibles; también, como ya fue discutido, el régimen de coerción personal establecido por el C.P.P., que establece como regla el encarcelamiento preventivo frente a la imputación de un delito penado con pena privativa de libertad; el amplio conjunto de injerencias en el ámbito de intimidad de los ciudadanos, sometido a condiciones excesivamente flexibles e, incluso, no sujeto a ningún control específico de proporcionalidad, con el agravante de que la salvaguarda fundamental prevista en la ley (orden judicial) se decolora por completo, al ser el encargado de dictar la orden el mismo órgano que dirige la investigación penal (juez de instrucción); la defectuosa reglamentación del principio de imparcialidad y de los supuestos que reclaman la exclusión del juez, o autorizan su recusación, llegando al extremo de permitir que el mismo juez que instruyó dicte sentencia en el caso de delitos de competencia correccional; finalmente, el apego al sistema de bilateralidad recursiva, junto con la increíblemente restrictiva interpretación por parte de los tribunales nacionales de las reglas que gobiernan el recurso de casación frente al recurso del imputado, conspiran contra la operatividad del recurso de casación como medio para garantizar el derecho al recurso o a la "doble instancia" (C.A.D.H., 8.2. h).

Recientemente, el Poder Ejecutivo ha elevado al Congreso de la Nación un proyecto de ley introduciendo el juicio por

jurados. De este modo, se pretende dar cumplimiento al inequívoco mandato constitucional (C.N., 24, 75 inc. 12, y 118), reafirmado por la reforma constitucional de 1994, históricamente desoído por el legislador. Sus características principales son las siguientes: el proyecto otorga a todo imputado el derecho a elegir ser juzgado por un tribunal de jurados una vez concluida la etapa de investigación preliminar y decidido que el caso sea llevado a juicio. En una primera etapa, el proyecto se acota a un grupo acotado de delitos (homicidios causados en forma directa o como consecuencia de otros delitos, atentados contra el orden constitucional, delitos contra la administración pública, etc.), y establece que dentro del un plazo de 5 años el procedimiento se debe extender al resto de los delitos. El tribunal de jurados se compone de 12 miembros titulares y 3 suplentes, y se establecen una serie de requisitos para integrarlo (ser mayor de 25 años y tener un determinado grado de instrucción, entre otros); para la condena se requiere el voto afirmativo de 9 de sus miembros, bastando la simple mayoría para la absolución. Finalmente, el debate se rige por las reglas del juicio común del C.P.P., con ciertas salvedades: es dirigido por un juez profesional, quien, sin embargo, no puede interrogar ni al imputado, ni a los testigos o intérpretes; se consagra el sistema de *cross-examination*; toda la prueba se debe producir durante el debate y no puede hacerse valer la realizada durante la instrucción, salvo que existiese una imposibilidad de hecho para su reproducción y la medida de prueba en cuestión hubiera sido realizada conforme el régimen de los actos definitivos e irreproducibles. El debate concluye con el veredicto de culpabilidad e inocencia del imputado, quedando en manos del juez la determinación de la pena concreta. Contra ambas decisiones procede el recurso de casación, que incluye entre sus motivos la irregularidad de las instrucciones que el juez imparta al jurado antes de su deliberación.

Además de estas tendencias reformistas en el Estado nacional, las provincias han avanzado significativamente en la modificación de sus sistemas de enjuiciamiento. Así, las provincias de Tucumán (1991), Córdoba (1992) y Buenos Aires (1997) han sancionado nuevas leyes procesales que reconocen la influencia decisiva del Código Modelo para Iberoamérica y, entre otras innovaciones, colocan la investigación preli-

minar en manos del Ministerio Público y la desformalizan sustancialmente, aunque preservando una cuota significativa de formalización, establecen un procedimiento intermedio, inducen el juicio abreviado (salvo el C.P.P. de Tucumán) y otorgan mayor protagonismo a la víctima del hecho punible. El C.P.P. de Córdoba de 1992 es, por su parte, el primero en la Argentina que ha adoptado la inclusión de jueces legos en el tribunal de juicio (*escabinos*), aunque sólo a pedido del imputado, el fiscal o el querellante adhesivo, y siempre en inferioridad numérica con relación a los jueces permanentes. La provincia argentina de Chubut, por su parte, se encuentra considerando la iniciativa reformista más audaz hasta la fecha, y que constituye un verdadero cambio de paradigma en la discusión procesal penal argentina. El Anteproyecto del C.P.P. de Chubut (1999), redactado principalmente por Julio Maier, prescinde de toda regulación de la etapa de investigación preliminar, quedando su desarrollo y dirección en manos de los criterios prácticos y políticos del acusador público, desarrolla minuciosamente las fases de control de la acusación y de juicio público, admite únicamente el recurso del imputado contra la sentencia condenatoria y regula escrupulosamente las posibilidades de aplicación de la coerción procesal y de interferencia en los derechos de los ciudadanos durante la investigación penal, entre otras innovaciones. El Anteproyecto aparece así como el intento más acabado en la región, y, posiblemente, en el ámbito de cultura jurídica europeo-continental, de corporizar legislativamente —y desarrollar consecuentemente— el principio acusatorio. Su aprobación significará, sin duda, el avance más significativo en las últimas décadas del Derecho procesal penal argentino.

4. Observaciones jurídico-empíricas

4.1. Duración del procedimiento común

Como se sabe, en la República Argentina coexisten diversos ordenamientos procesales, atendiendo a la organización federal del país. En consecuencia, abordaremos este punto sólo desde la perspectiva de la justicia penal común en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires.

Los estudios realizados por la Dirección de Política Criminal que depende del Ministerio de Justicia de la Nación (tra-

bajo inédito) consistieron en una sistematización de los datos sobre tribunales penales orales brindados por la Secretaría de Estadísticas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Para la tarea se tomaron en cuenta las causas elevadas a juicio en el transcurso de los años 1995 y 1996. Los datos de interés son los siguientes:

Durante el transcurso del año 1995 los juzgados de instrucción en lo criminal elevaron a juicio 2.927 causas, y en 1996 el número de causas elevadas fue de 3.074.

4.1.1. DURACIÓN DE LA ETAPA DE INSTRUCCIÓN

En el caso de las causas elevadas a juicio en 1995, el 56 % estuvo menos de 6 meses en la etapa instructoria antes de su elevación. Entre 6 y 12 meses, el 21 %; entre 12 y 18 meses, el 11 %; entre 18 y 24 meses, el 5,4 %; entre 24 y 30 meses, el 4 %; más de 30 meses, el 2,6 %.

En el caso de las causas elevadas a juicio en 1996, los porcentajes no son muy diferentes: el 63 % estuvo menos de 6 meses; entre 6 y 12 meses, el 19 %; entre 12 y 18 meses, el 9 %; entre 18 y 24 meses, el 5 %; entre 24 y 30 meses, el 2 %; más de 30 meses, el 2%.

4.1.2. DURACIÓN DE LA ETAPA DE JUICIO

Del total de causas ingresadas durante 1995, sólo 177 fueron resueltas antes de agosto de 1997 (6 % del total). Sobre el total de causas resueltas a esa fecha, el 36 % tuvo sentencia en un período menor a 6 meses; el 28 % entre 6 y 12 meses; el 22 % entre 12 y 18 meses; más de 18 meses, el 14 %.

Del total de causas ingresadas durante 1996, sólo 305 fueron resueltas antes de noviembre de 1997 (9 % del total). Sobre el total de causas resueltas a esa fecha, el 49 % tuvo sentencia en un período menor a 6 meses; el 48 % entre 6 y 12 meses; el 3 % entre 12 y 18 meses.

4.1.3. CAUSAS CON DETENIDOS

De las causas elevadas a juicio en 1995, el 61% no tenían detenidos; la proporción se mantiene para 1996 (65 %).

Al cruzar los datos sobre la cantidad de sentencias y cantidad de causas con detenidos, se puede observar que en 1995, el 54 % de las causas con sentencia no tenían detenidos. En 1996, esta proporción aumenta en un 10 %, pasando a constituir el 64 % del total de las causas resueltas con detenidos.

2. Algunas conclusiones

Vale destacar que la duración de la etapa oral en estos años es menor a 6 meses en un promedio de 42,5 %, pero sólo de las causas que se resuelven en menos de 2 años, que constituyen en promedio el 7,5 % del total de las causas elevadas a juicio.

Sumado a ello la duración de la etapa de instrucción podría concluirse que un alto porcentaje de causas penales elevadas a juicio durante los años 1995 y 1996 tienen una duración mayor a los 3 años.

4.3. Personas encarceladas con y sin condena

De acuerdo con lo que surge en el "Informe anual enero-diciembre 1998, Derechos Humanos en la Argentina", publicado por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), surge que según las cifras provenientes del Ministerio de Justicia de la Nación, en la Argentina hay 28.261 personas encarceladas por disposición de las justicias provinciales, la nacional y la federal. El 77,02 % de los presos están bajo jurisdicción de los sistemas judiciales de las distintas provincias, el 13,5 % de la justicia federal y el 9,48 % de la justicia nacional.

Según los datos oficiales que se exponen en el informe citado sólo el 29,58 % de las personas encarceladas en nuestro país tienen condena, mientras que el 66,21 permanecen prisioneros como procesados. Vale destacar que existe un ínfimo porcentaje que incluye por ejemplo a los contraventores, a los sometidos a medidas de seguridad, etcétera.

4.4. Números de jueces y fiscales

Se exponen en el siguiente cuadro:

- “El agente encubierto se vuelve provocador. Un nuevo desacierto de la casación”, en *LL*, Suplemento de Jurisprudencia Penal, 30/3/98, Buenos Aires, 1998.
- MAIER, Julio B. J.: *Derecho procesal penal*, 2ª ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996.
- “El recurso del condenado contra la sentencia de condena: ¿una garantía procesal?”, en AA.VV.: *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS/Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.
- , y LANGER, Máximo: “Acusación y sentencia”, en *Nueva Doctrina Penal*, 1996/B, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996.
- PASTOR, Daniel: “Escolios a la ley de limitación temporal del encarcelamiento preventivo”, en *Nueva Doctrina Penal*, 1996/A, Editores del Puerto, 1996.
- “Código Levene: ¿nacerá viejo y caduco?”, en *No hay derecho*, n° 6, Buenos Aires, 1992.
- VÉLEZ MARICONDE, Alfredo: *Derecho procesal penal*, 2ª ed., Lerner, Buenos Aires, 1969.

6. Legislación

- Código Procesal Penal de la Nación, ley 23.984, B.O.: 9/11/91.
- Ley 24.050, Organización de la Justicia Penal, B.O.: 7/1/92.
- Ley 24.121, Implementación y Organización de la Justicia Penal, B.O.: 8/9/92.
- Ley 23.098, Recurso de *Habeas Corpus*, B.O.: 25/10/84.
- Decreto ley 333/58, Ley Orgánica de la Policía Federal, 30/1/58.
- Ley 24.390, Plazos de Prisión Preventiva, B.O.: 22/11/94.
- Ley 24.767, Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal, 16/1/97.
- Ley 24.825, Incorporación del Juicio Abreviado, B.O.: 18/6/97.
- Ley 24.826, Instrucción Sumaria, B.O.: 19/6/97.
- Código Penal, ley 11.179, ordenado por decreto 3992, B.O.: 16/1/85.
- Ley 24.316, Suspensión del Juicio a Prueba, B.O.: 19/5/94.
- Ley 24.660, Ley de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad, B.O.: 16/7/96.

7. Abreviaturas utilizadas

- C.A.D.H. Convención Americana de Derechos Humanos.
- C.N. Constitución Nacional.

- C.N.C.P. Cámara Nacional de Casación Penal.
- C.P.P. Código Procesal Penal.
- C.P. Código Penal.
- C.S.N. Corte Suprema de Justicia de la Nación.
- M.P. Ministerio Público.
- P.I.D.C.P. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

BOLIVIA

POR REINALDO IMAÑA ARTEAGA*

I. *Bases político-jurídicas del procedimiento penal*

Las bases jurídico-políticas del procedimiento penal están establecidas en la Constitución Política del Estado (C.P.E.) de fecha 2 de febrero de 1967, reformada en fecha 12 de agosto de 1994. Como un primer límite al uso del poder se declara que todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídica, que goza de los derechos, libertades y garantías reconocidos constitucionalmente, sin distinción de raza, sexo, idioma, religión, opinión política, origen, condición económica o social, u otra cualquiera, y se consagra, además, que la dignidad y la libertad de la persona son inviolables y que respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado.

Bajo el Título Segundo denominado Garantías de la Persona, la Constitución boliviana consagra los principios del juez natural, de inocencia, de inviolabilidad de la defensa y del juicio previo, principios que se complementan con límites concretos al uso de la coerción estatal, tales como el de la detención limitada a los casos y según las formas establecidas por ley y en virtud de un mandamiento emanado siempre por autoridad competente e intimado por escrito; el de la incomunicación aplicable sólo a los casos de notoria gravedad y en ningún caso por más de 24 horas; la prohibición de

* Profesor de Derecho Procesal Penal en la Universidad Católica Boliviana, asesor de las Comisiones de Constitución, Justicia y Policía Judicial de la Cámara de Diputados y la Cámara de Senadores, consultor para la Reforma de la Justicia Penal Boliviana MSD-USAID/BOLIVIA.

toda especie de torturas, coacciones, exacciones o cualquier forma de violencia física o moral; la inviolabilidad de la correspondencia y los papeles privados, salvo orden escrita y motivada de autoridad competente; la prohibición absoluta de interceptación de conversaciones y comunicaciones privadas; la inviolabilidad del domicilio y la prohibición de su allanamiento en horas de la noche.¹

Todas estas garantías se complementan, además, con la cláusula contenida en el art. 35 de la Constitución que establece que las declaraciones, derechos y garantías proclamados constitucionalmente no pueden ser entendidos como negación de otros derechos y garantías no enunciados que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

Por otra parte, Bolivia ha ratificado como leyes de la República, entre otras, la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Al respecto, si bien la Constitución no señala nada sobre el rango legal de los pactos y convenios internacionales, en razón de que Bolivia ha suscrito la Convención de Viena, se halla obligada a cumplir tales instrumentos internacionales sin que pueda invocar como impedimento la normativa interna.

Entonces, se puede concluir que las bases político-jurídicas del procedimiento penal responden al ideal republicano de una delimitación precisa al uso del poder estatal y consiguiente estructuración de un proceso penal democrático, en el que, por una parte, las funciones de acusar y juzgar se hallan claramente diferenciadas y encomendadas a órganos distintos, y, por la otra, que la defensa se halla reconocida constitucionalmente como un derecho inviolable, aunque en los hechos el Código de Procedimiento Penal vigente no responda al diseño de la forma de enjuiciamiento penal que establece la Ley Fundamental.

¹ C.P.E., art. 20. — I. Son inviolables la correspondencia y los papeles privados, los cuales no podrán ser incautados sino en los casos determinados por las leyes y en virtud de orden escrita y motivada de autoridad competente. No producen efecto legal los documentos privados que fueren violados o sustraídos.

II. Ni la autoridad pública, ni persona u organismo alguno podrán interceptar conversaciones y comunicaciones privadas mediante instalación que las controle o centralice.

1.1. Persecución penal pública y privada

El ejercicio de la función acusadora, por mandato constitucional, corresponde al Ministerio Público, aunque la Constitución no establece expresamente que es este órgano el que tiene el monopolio acusatorio. Así, el Código vigente reconoce dos formas de persecución penal: la pública, que debe ejercerla de oficio el Ministerio Público, y la privada, que es ejercida mediante querrela por el directamente ofendido, en los delitos señalados en el art. 7° del actual Código de Procedimiento Penal.²

En el sistema penal vigente, si bien la persecución penal privada está condicionada a la formulación de querrela por parte del directamente ofendido, quien además tiene la disponibilidad de la acción, el fiscal interviene en la sustanciación del procedimiento requiriendo inclusive la apertura de la causa y participando en todos los actos del debate hasta formular su requerimiento en conclusiones, todo ello en virtud a que el Código le impone una intervención oficiosa e inútil, al amparo del art. 46, inc. 7°, que dispone la intervención del fiscal en todo juicio penal, incluyendo los delitos de acción privada.

Respecto a la obligatoriedad en la persecución, en mérito a su ley orgánica, el Ministerio Público se rige por el principio de legalidad sin excepciones, de modo que está obligado a promover la acción penal toda vez que tenga conocimiento de la comisión de un delito de orden público, sin la posibilidad de seleccionar los casos que, en su criterio, deban ingresar al sistema, debido a que la legislación vigente no reconoce el principio de oportunidad.

Con relación a las funciones asignadas constitucionalmente al Ministerio Público, el art. 124 de la C.P.E. le asigna

² C.P.P., art. 7° — (*Delitos de acción privada y de acción pública*). Son delitos de acción privada: la difamación, calumnia, injuria, ofensas recíprocas, violación de correspondencia no destinada a la publicidad, estupro, violación de personas mayores de la edad de la pubertad, abuso deshonesto, ultraje al pudor, raptó impropio, corrupción de mayores, apropiación o venta de prenda, violación del derecho de autor y de privilegio de invención, desvío de clientela, corrupción de dependientes, abandono de mujer embarazada, abandono de familia, incumplimiento de deberes de asistencia, daño simple, despojo, alteración de linderos, perturbación de posesión y usurpación de aguas.

como finalidad promover la acción de la justicia, defender la legalidad, los intereses del Estado y la sociedad. Como puede advertirse, la Constitución al encomendar al Ministerio Público la defensa de la sociedad y la defensa de los intereses del Estado le asigna funciones contradictorias o, al menos, no siempre compatibles.

Tampoco la ubicación institucional de este órgano parece estar claramente definida, ya que el texto constitucional señala que el Ministerio Público se ejerce por las comisiones que designen las cámaras legislativas, por el fiscal general de la República y demás funcionarios designados conforme a ley, lo que conduce a pensar, en principio, que el Ministerio Público está integrado al Poder Legislativo. Sin embargo, la Ley Orgánica del Ministerio Público es clara en señalar, en mérito al principio de independencia funcional y autonomía presupuestaria, que el Ministerio Público es independiente de los poderes del Estado en lo funcional, que goza anualmente de una partida en el Presupuesto General de la Nación y que sus recursos los administrará autónomamente en función de sus propios requerimientos.

Por otra parte, la Ley Orgánica del Ministerio Público pareciera aclarar el conflicto respecto a la dirección del Ministerio Público cuando señala que las comisiones legislativas únicamente ejercerán funciones de Ministerio Público en los juicios de responsabilidad contra altos dignatarios de Estado, ministros de la Corte Suprema, contralor general de la República, fiscal general y demás autoridades que gocen de privilegio constitucional, así como respecto de todas las denuncias que afecten el interés nacional, dejando claramente establecido que, en los demás casos, el fiscal general es la máxima autoridad del Ministerio Público.

En los hechos y a raíz de las consideraciones anotadas se puede afirmar que no obstante que su Ley Orgánica data de 1993, el Ministerio Público aún no ha conseguido superar su dependencia del Poder Ejecutivo y todavía subsiste la confusión entre las comisiones legislativas y la Fiscalía General sobre el liderazgo del Ministerio Público.

En cuanto a la estructura del Ministerio Público, ésta es prácticamente refleja de la organización del Poder Judicial, hallándose constituida por el fiscal general de la República, los fiscales de Sala Suprema, el Consejo Consultivo General,

los fiscales de Distrito, los fiscales de Sala Superior, el Consejo Consultivo de Distrito, los fiscales de Materia, los agentes fiscales y los Órganos Técnicos, en consonancia con la organización de los órganos jurisdiccionales encargados de las distintas etapas del proceso.

Sin duda, esta estructura refleja repercute negativamente tanto en la fase investigativa, al no contar con fiscales especializados, como en la etapa del juicio al diluir la responsabilidad de los funcionarios fiscales, pues quien promovió la investigación no se halla obligado a sustentar la acusación en el debate.

Respecto a la Policía Nacional, según la Constitución Política del Estado, esta institución tiene la misión específica de la defensa de la sociedad y la conservación del orden público y el cumplimiento de las leyes, ejerce autoridad en todo el territorio bajo mando único y depende del Presidente de la República por intermedio del Ministerio de Gobierno. En cuanto a su organización, la Policía Nacional cuenta con una administración central y administraciones desconcentradas en cada uno de los distritos del país.

Forman parte de la Administración Central, el Comando General como organismo de dirección y control; el Tribunal Disciplinario Superior como organismo disciplinario; varios organismos de asesoramiento y apoyo, así como organismos descentralizados sobre todo relacionados a la seguridad social de sus miembros.

Se hallan a la cabeza de las administraciones desconcentradas los comandos departamentales, contando cada distrito con un Tribunal Disciplinario Departamental, con varios organismos de asesoramiento y apoyo para optimizar su función, tal el caso de los departamentos de Inteligencia, Planeamiento y Operaciones, Identificación Personal, etc. y los organismos operativos dentro de los cuales se cuentan todos los organismos especializados que ejercen funciones de policía judicial, respecto de los cuales el Ministerio Público ejerce dirección funcional.

1.2. Garantías individuales del imputado

El art. 16 de la C.P.E. dispone que el derecho de defensa de la persona en juicio es inviolable; más adelante establece

que desde el momento de su detención o apresamiento, los detenidos tienen derecho a ser asistidos por un defensor. A su vez, el art. 116 manda que el Poder Judicial es responsable de proveer defensa legal gratuita a los indigentes, así como servicios de traducción cuando su lengua materna no sea el castellano.

Por su parte, el Código de Procedimiento Penal (C.P.P.) vigente, en concordancia con el texto constitucional, dispone que el derecho de defensa de la persona en juicio es inviolable y que desde el momento de su detención o apresamiento los detenidos tienen derecho a ser asistidos por un defensor. Asimismo, este derecho es reconocido por la Ley de Organización Judicial que establece el derecho de toda persona a ser asistida por un defensor de oficio cuando carezca de uno propio, disponiendo para ello que las Cortes Superiores de Distrito designen anualmente a los defensores de oficio que prestarán asistencia jurídica al imputado, procesado o demandado.

A su vez, el principio de inocencia también se encuentra consagrado en el referido art. 16 de la C.P.E. que en su párrafo I dispone: "Se presume la inocencia del encausado mientras no se pruebe su culpabilidad", en tanto que el C.P.P. vigente recepta este principio en los mismos términos en el art. 3°.³

El art. 14 de la C.P.E. extiende los efectos del *nemo tenetur* a la no incriminación de los parientes al consagrar que a nadie "se lo podrá obligar a declarar contra sí mismo en materia penal, o contra sus parientes consanguíneos hasta el cuarto grado inclusive, o sus afines hasta el segundo, de acuerdo al cómputo civil".

La C.P.E. en su art. 12 prohíbe toda especie de torturas, coacciones o cualquier forma de violencia física o moral y en los arts. 20 y 21 consagra como derechos fundamentales, entre otros, la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia y de las comunicaciones privadas, lo que nos lleva a concluir que la Constitución consagra el principio de legalidad de la prueba, aunque no establezca expresamente y con

³ C.P.P., art. 3° — (*Presunción de inocencia*). Se presume la inocencia del encausado mientras no se pruebe su culpabilidad...

carácter general la prohibición de utilizar pruebas obtenidas ilícitamente, salvo respecto de los documentos privados, puesto que el art. 20 señala: "No producen efecto legal los documentos privados que fueren violados o substraídos".

En consecuencia, las facultades de injerencia estatal en la privacidad están limitadas constitucionalmente ya que según el mismo art. 20 la correspondencia y los papeles privados únicamente pueden ser incautados en los casos determinados y por orden escrita y motivada de autoridad competente; igualmente, el allanamiento de domicilio sólo procede en horas del día y siempre mediante orden escrita y motivada de autoridad competente, quedando expresamente prohibido el allanamiento en horas de la noche; asimismo, está absolutamente prohibida la interceptación de conversaciones y comunicaciones privadas ya que el párrafo II del art. 20 dispone textualmente: "Ni la autoridad pública, ni persona u organismo alguno podrán interceptar conversaciones y comunicaciones privadas mediante instalación que las controle o centralice". Por otra parte, cuando la Constitución exige para los casos de injerencia estatal la orden escrita y motivada de autoridad competente, debe entenderse que esta autoridad no puede ser otra que el juez, consiguientemente, que esta injerencia necesariamente debe ser controlada judicialmente.

Si bien la C.P.E. no contempla el principio *ne bis in idem*, la ratificación de los pactos internacionales ya referidos y una correcta comprensión de los principios del juicio previo e inviolabilidad de la defensa, necesariamente conducen a la conclusión de que el *ne bis in idem* es una exigencia del debido proceso constitucional; de lo contrario, éste sería una farsa si un mismo hecho permitiría diversos encausamientos penales contra la misma persona. Tampoco el C.P.P. vigente contempla de manera expresa el *ne bis in idem*; sin embargo, entre los medios de defensa que acuerda al imputado establece como cuestión previa y de especial pronunciamiento la excepción de cosa juzgada, a la vez que regula que cuando dos o más jueces conocieren procesos distintos sobre un mismo delito, la Corte del Distrito correspondiente deberá ordenar su acumulación tomando en cuenta la prioridad de la presentación y si estos procesos se tramitan ante un mismo juez, éste debe disponer de oficio o a petición de parte su acumulación.

En lo referente a la defensa pública, debe señalarse que el irrenunciable derecho a la defensa técnica, consagrada por la C.P.E., hasta hace poco prácticamente no tuvo vigencia real sobre todo respecto de imputados carentes de recursos económicos, pues hasta antes de 1992 la defensa de oficio no fue entendida como una obligación del Estado, sino, antes bien, como un acto meramente asistencial, un acto de caridad, pues el Poder Judicial nunca cumplió a cabalidad la responsabilidad de establecer un servicio de defensa estatal que asegure a los imputados una defensa real y efectiva y simplemente se limitaba a designar como defensores de oficio generalmente a noveles abogados a cambio de una remuneración simbólica, sin mayores obligaciones para éstos, ya que su nombramiento no les impedía el ejercicio profesional en forma privada, ejercicio al cual le dedicaban la mayor parte de su tiempo, convirtiendo a la defensa de oficio en una simple formalidad, un ritualismo más que no revertía la situación de indefensión absoluta de los imputados carentes de recursos económicos.

Esta situación ha sido superada en alguna medida a partir del año 1992 con la creación del Servicio Nacional de Defensa Pública, con presencia inicial en los departamentos de La Paz, Cochabamba y Santa Cruz, que actualmente cuenta con oficinas en los nueve departamentos del país, habiéndose complementado a partir de 1996, con la creación de la Defensa Pública Rural Móvil con cobertura del área rural de 5 departamentos del país.

Actualmente el Servicio de la Defensa Pública en el área urbana cuenta con 54 defensores, 41 asistentes legales y 8 trabajadoras sociales, en tanto que la cobertura del área rural se halla a cargo de 10 defensores y 10 asistentes legales. A fin de optimizar el servicio brindado, se establece la incompatibilidad con el ejercicio libre de la profesión así como la obligatoriedad de cumplir funciones a tiempo completo, pues se concibe a los defensores como funcionarios públicos dependientes del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Orgánicamente, la defensa pública cuenta con 1 director nacional, dependiente del Viceministerio de Derechos Humanos, y con 9 coordinadores departamentales correspondientes a los 9 departamentos del país. Proporcionalmente, la remuneración de 1 defensor público urbano equiva-

al 87,3 % del haber percibido por 1 juez de instrucción y al 2 % del haber percibido por 1 juez de partido (juez de instancia). La remuneración de 1 defensor público rural sustra en un 45 % el haber de 1 juez de instrucción y en un 20 % correspondiente al de 1 juez de partido.

Respecto a los casos atendidos por el Servicio Nacional de Defensa Pública a nivel nacional, en la gestión 97 esta institución atendió 8.388 casos judiciales en tanto que el servicio brindado a la población penitenciaria en la misma gestión alcanzó un total de 2.184 internos, equivalentes al 40 % de la población total penitenciaria del país.⁴ Se puede concluir del anterior recuento que la demanda de Servicio de Defensa Pública frente a los limitados recursos con los que cuenta incide en la calidad de la defensa, no obstante lo cual la institucionalización de este servicio ha contribuido significativamente a aminorar la situación de indefensión de los imputados carentes de recursos económicos y, sobre todo, aunque con muchas dificultades, está contribuyendo a cambiar la concepción inquisitiva que entiende al abogado defensor como un auxiliar de la administración de justicia.

1.3. Características del juicio previo

El principio del juicio previo contenido en el art. 16 de la C.P.E., establece que "nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado previamente *en proceso legal*; ni la sufrirá si no ha sido impuesta por sentencia ejecutoriada y por autoridad competente...", texto transcrito en los mismos términos en el art. 3° del C.P.P. vigente.⁵

No obstante que este principio se halla defectuosamente formulado en el texto constitucional pues confunde juicio con proceso y no establece con precisión las características propias de la forma republicana del enjuiciamiento penal, lo

⁴ Fuente: Informe de Actividades de la Dirección General de la Defensa Pública, gestión 1997 - Ministerio de Justicia. Ver Anexo 1.

⁵ C.P.P., art. 3° — (*Presunción de inocencia*)... Nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado previamente en proceso legal, ni la sufrirá si no ha sido impuesta por sentencia ejecutoriada y por autoridad competente...

menos que puede entenderse es que ese *proceso legal* debe necesariamente ser público porque el art. 116 de la C.P.E. establece que la publicidad es condición esencial de los juicios; consiguientemente, también debe ser oral, porque la auténtica publicidad en un proceso escrito es muy difícil, sino imposible. Sin embargo, esta defectuosa formulación ha contribuido para que el juicio previo sea suplantado por un expediente "legalmente elaborado".

A pesar de que el Código recepta la fórmula republicana del enjuiciamiento criminal al establecer en el art. 224 que el juicio plenario se realiza en forma contradictoria, oral, pública y continua, la estructuración del proceso penal en su integridad anula toda posibilidad de concreción real de tales características.

En efecto, el juicio no puede ser contradictorio porque las funciones de acusar y decidir están reunidas en manos del juez, realidad que disminuye notoriamente las posibilidades de resistir la imputación; tampoco puede haber contradictorio en un sistema en el cual se permite el juzgamiento en rebeldía; igualmente sería falso afirmar que el juicio es oral, porque, en realidad, el juez del plenario no tiene contradictores que oír y porque el propio Código permite una indiscriminada incorporación de prueba por lectura, reduciendo el debate a una ratificación del expediente elaborado en la instrucción; tampoco el juicio es continuo porque se realiza en diversas audiencias llevadas a cabo con intervalos de hasta meses entre una y otra y, finalmente, porque la sentencia no se dicta inmediatamente después de concluido el debate; el juicio tampoco respeta la inmediación pues no en pocos casos la sentencia es dictada por un juez que no presenció el debate, diríamos más bien, que no tramitó el expediente y esto no sólo es posible debido a la delegación de funciones propias de los procesos escritos, sino también porque el Código, a través de las excusas, permite la separación del juez en cualquier momento aun después de clausurado el debate y permite que el juez reemplazante asuma y continúe su tramitación desde la última actuación procesal cumplida; de esta forma se violenta el principio del juicio previo ya que el juez que sentencia no ha tenido contacto directo con las partes ni ha observado directamente la incorporación de la prueba, con la consiguiente afectación del juez natural.

Por otra parte, la exclusión de jueces que han operado en otro período del procedimiento, no está expresamente prevista como una causal de excusa. Sí la contempla, en cambio, el nuevo Código del Código de Procedimiento Penal, estableciendo como causal de excusa y recusación el haber intervenido en el mismo proceso como juez, fiscal, abogado, mandatario, denunciante, querellante, perito o testigo.

1.4. Independencia política de los tribunales

La independencia política de los tribunales está garantizada constitucionalmente en el art. 116 que dispone: "...Los magistrados y jueces son independientes en la administración de justicia y no están sometidos sino a la Constitución y la ley. No podrán ser destituidos de sus funciones, sino previa sentencia ejecutoriada...". Asimismo la Constitución asegura esta independencia a través de la inamovilidad de los jueces y de la carrera judicial, estableciendo en el mismo artículo que el escalafón judicial y las condiciones de inamovilidad de los ministros, magistrados, consejeros y jueces deben ser establecidos por ley.

En los hechos, la independencia de los jueces se ha visto seriamente afectada, primero por la ausencia de la carrera judicial y sobre todo porque los jueces de instancia son designados por el período de cuatro años, coincidente —hasta la anterior gestión— con el mandato presidencial, aspecto que ha significado que la constitución de los órganos jurisdiccionales sea fruto del "cuoteo político" y no resulte, en cambio, de mecanismos transparentes de elección que garanticen su independencia: antes bien, es una práctica habitual la interferencia de los otros poderes; pero no es únicamente esta interferencia la que ha resentido gravemente la independencia de los jueces, sino, también, la errónea concepción de considerar al Poder Judicial una organización vertical y jerárquicamente organizada; así lo establece la propia Ley de Organización Judicial que en su art. 3° señala: "Por su orden jerárquico los jueces de superior a inferior se clasifican en ministros de la Corte Suprema de Justicia, vocales de las Cortes de Distrito, jueces de partido, de instrucción, de contravenciones y de mínima cuantía"; ello ha incidido para que la interferencia en la administración de justicia pro-

venga también del propio Poder Judicial: así, por ejemplo, un vocal, por ser supuestamente el superior de un juez de partido, cree que puede impartirle instrucciones.

Según el art. 117 de la C.P.E. la Corte Suprema es el máximo tribunal de justicia ordinaria y contencioso-administrativo de la República y está compuesta por 12 ministros, que se organizan en salas especializadas, de acuerdo con la ley.

El mismo art. 117 regula la elección de los ministros de la Corte Suprema de Justicia, disponiendo que serán elegidos por el Congreso Nacional por dos tercios de votos del total de sus miembros, de nóminas propuestas por el Consejo de la Judicatura; ellos ejercen sus funciones por el período personal e improrrogable de 10 años, computado desde el día de su posesión, sin posibilidad de reelección sino pasado un tiempo igual al que hubiesen ejercido su mandato. El presidente es elegido por la Sala Plena por dos tercios de votos del total de sus miembros. Finalmente, la Constitución dispone que su organización y funcionamiento se establecen por ley.

De acuerdo con la Ley de Organización Judicial, la administración de justicia ordinaria está compuesta por la Corte Suprema de Justicia, cuya jurisdicción abarca la totalidad del territorio nacional, las Cortes Superiores de Distrito, los juzgados de partido e instrucción en materias civil, comercial, penal, sustancias controladas, de familia, del menor, del trabajo y seguridad social, de minería y administrativa, de contravenciones y de mínima cuantía.

La Ley de Organización Judicial divide territorialmente a la República en 9 distritos judiciales correspondientes a los 9 departamentos en que se divide el país; cada distrito judicial tiene como tribunal superior "jerárquico" a la respectiva Corte Superior de Distrito, con residencia en las capitales de departamentos y con jurisdicción en todo el territorio del departamento. El Consejo de la Judicatura, en coordinación con la Corte Suprema de Justicia, tiene la atribución de crear, suprimir o trasladar juzgados de acuerdo con las necesidades de cada distrito judicial.

Las Cortes Superiores están conformadas por vocales cuyo número guarda relación con la densidad demográfica y el movimiento judicial de cada departamento y su composición sólo puede modificarse mediante ley expresa. Los vocales de las Cortes de Distrito son elegidos por la Corte Supre-

ma de nóminas propuestas por el Consejo de la Judicatura y los jueces son elegidos por las Cortes de Distrito, también de las nóminas propuestas por el Consejo de la Judicatura.

Corresponde aclarar que el Consejo de la Judicatura, definido como el órgano administrativo y disciplinario del Poder Judicial, fue creado con la reforma constitucional de 1994; sin embargo, la ley que regula su organización y funcionamiento fue promulgada recién el 22 de diciembre de 1997 y ella dispone para su vigencia una *vacatio legis* de 180 días, computados a partir de la posesión de los consejeros. Si bien a la fecha el término de la *vacatio* se ha cumplido, salvo su participación en la elección de ministros de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo aún no ha tenido oportunidad de intervenir en la conformación de los restantes órganos jurisdiccionales.

2. Síntesis acerca del procedimiento tradicional y todavía vigente y su adecuación a los principios anteriores

2.1. Fuentes *strictu sensu* del Derecho procesal nacional

Por mandato del art. 29 de la C.P.E. que dispone: "Sólo el Poder Legislativo tiene facultad para alterar y modificar los códigos, así como para dictar reglamentos y disposiciones sobre procedimientos judiciales", en el Derecho procesal nacional la única fuente *strictu sensu* es la ley emanada del Poder Legislativo y en observancia estricta del procedimiento legislativo previsto constitucionalmente. En este sentido podemos mencionar las siguientes: La Constitución Política del Estado, los pactos internacionales sobre la materia debidamente ratificados, la Ley del Régimen de la Coca y Sustancias Controladas, la Ley de Abolición de Prisión y Apremio Corporal por Obligaciones Patrimoniales, la Ley de Fianza Juratoria contra la Retardación de Justicia Penal, las leyes de responsabilidades y el Código Penal. Paradójicamente el Código de Procedimiento Penal vigente así como la Ley de Ejecución de Penas y Sistema Penitenciario no han seguido en su formación el procedimiento legislativo previsto en la C.P.E., pues han sido sancionados por decreto ley en el régimen de gobierno militar del Gral. Banzer.

2.2. Estructura del procedimiento común

El proceso penal se inicia por denuncia, querrela y de oficio tanto por el fiscal como por el juez instructor. En la estructura del procedimiento común pueden distinguirse básicamente 2 etapas: la Instrucción a cargo del juez de la instrucción y el Plenario a cargo del juez de partido, jugando el fiscal en ambas etapas un papel ambiguo y difícil de definir.

El sistema boliviano de justicia penal, reformado en 1972 y vigente desde el 2 de abril de 1973, mantiene estructuralmente las formas y los ritos del sistema inquisitivo escrito. Si bien la ley procuró modernizarlo, incorporando elementos del sistema acusatorio como el juicio oral y público en la etapa del plenario, podemos afirmar que conserva las estructuras casi puras del viejo sistema inquisitivo, cuyos rasgos característicos son: justicia delegada, burocrática y despersonalizada; proceso de oficio, en el cual todas las tareas las asume el propio juzgador; preponderancia de la instrucción, que vulnera el juicio previo y se constituye en el centro del proceso; indefensión, al negarle al imputado los derechos mínimos y someterle a todo tipo de presiones y vejámenes, que se reflejan en las medidas cautelares de carácter personal donde la detención es la regla y no la excepción; subsistencia de la prueba tasada, los indicios, tachas a testigos, la confesión como reina de las pruebas, etcétera.

Aunque los arts. 224 y 225 del Código de Procedimiento Penal reconocen la vigencia del juicio oral y público en la fase del plenario, existen disfuncionalidades normadas, interpretaciones judiciales y prácticas viciadas que contradicen la vigencia de un auténtico juicio oral y público y favorecen las viejas prácticas burocráticas, realidades que neutralizaron la oralidad pretendida. Evidentemente, el juicio se realiza con abuso de incidentes, lentitud, excesiva suspensión de audiencias por diversos e injustificados motivos, incorporación automática de la prueba recogida en la instrucción, presentación de alegatos en forma escrita y sentencia dictada sin continuidad del debate.

La reforma de 1972 careció de profundidad en el cambio, por cuanto estableció el juicio oral y público en la etapa del plenario pero dejó intacta la estructura de investigación o instrucción, sin poder generar un cambio en la estructura

del litigio y menos aun diseñar políticas para su implementación, quizá en razón del período político en que se promulgó el C.P.P. vigente. Otro aspecto que se descuidó es el referido a la capacitación de los operadores del sistema, quienes no comprendieron su nuevo papel, ni su interacción en el diseño del nuevo sistema; no se enseñó a los abogados a litigar. De ello resultó, únicamente, un efecto superficial de cambio, ya que quedó intacta la estructura del sistema inquisitivo, a través de la desnaturalización del juicio oral, la afectación de la intermediación, la delegación de funciones y las distorsiones de la detención preventiva.

Si revisamos el Código de Procedimiento Penal de 1972 vigente, en virtud de su art. 224⁶ observamos que en la etapa del plenario ya se ha instituido abstractamente la oralidad y la publicidad del juicio penal. La lectura de esta norma nos llevaría a concluir que en Bolivia existe el juicio oral y público. Su existencia, sin embargo, está limitada al precepto citado. Lo cierto y evidente es que el juicio oral y público, está muy lejos de ser una realidad tangible, debido a que, paradójicamente, el mismo Código, al estructurar el proceso penal, contempla una serie de disposiciones que impiden su real y plena vigencia, amén de las distorsiones nacidas de la práctica. Para comprobarlo haremos alusión a las normas fundamentales que regulan esta etapa del proceso y a algunas otras que también influyen en su configuración.

El precepto contenido en el art. 228⁷ que permite ampliamente y sin reservas el juzgamiento en rebeldía, además de inconstitucional, desmiente completamente al art. 224, porque de esta manera no existe intermediación alguna, mucho menos contradictorio y, la oralidad, entendida como un instrumento al servicio de estos principios, deja de tener cualquier sentido y se convierte en una farsa.

⁶ C.P.P., art. 224. — (*Objeto y características*). El juicio plenario es la fase esencial del proceso. Se realiza sobre la base del auto de procesamiento, en forma contradictoria, oral, pública y continua, para la comprobación de los elementos de convicción recogidos en la etapa de la instrucción, la recepción de otras pruebas pertinentes y útiles, y establecer en sentencia la culpabilidad o inculpabilidad del encausado, con plenitud de jurisdicción.

⁷ C.P.P., art. 228. — (*Juzgamiento de procesados presentes y ausentes*). El juzgamiento de los procesados presentes y ausentes se realizará conjuntamente, después de declarada la contumacia de los últimos.

Del art. 229⁸ llama la atención el hecho de contemplar a un acto tan trascendental como es la declaración del imputado —que el Código, con una orientación altamente inquisitiva, la denomina declaración confesoria— como un simple acto preparatorio del debate.

La primera parte de la norma contenida en el art. 234,⁹ que regula la apertura del debate, al mandar que el juez, de oficio o a petición de parte, señalará día y hora de audiencia para la celebración del debate, se ha constituido en una causa más para la retardación de justicia, porque, en la práctica, el juez casi nunca la fija de oficio; sucede normalmente, diríamos, antes bien, es anormalmente usual, que el juez disponga que las partes soliciten por escrito el día y hora de la celebración del juicio, audiencia que, además, puede ser señalada cuando esta autoridad lo crea conveniente.

Debemos apuntar también que las reglas establecidas por el citado art. 234 no pueden ser cumplidas. La contenida en el inc. 1° porque como ya lo vimos se permite el juzgamiento en rebeldía. Merece especial atención el inc. 2° porque de su lectura pareciera que la oralidad es fundamental en el juicio; lamentablemente no lo es en grado alguno debido a que el fiscal en ningún momento actúa como un verdadero acusador; consecuentemente, carece de una acusación que deba fundamentar y cuando más se limita, con el uso de fórmulas rituales, a “ratificar” el contenido del auto de pro-

⁸ C.P.P., art. 229. — (*Actos preparatorios del debate*). Los actos preparatorios del debate consistirán en la confesión del procesado, la presentación, por parte de la acusación y de la defensa, de las listas de testigos, y peritos...

⁹ C.P.P., art. 234. — (*Apertura del debate*). Una vez realizados los actos preparatorios el juez señalará, de oficio o a petición de parte, día y hora de audiencia para la apertura del debate, la que se sujetará a las siguientes reglas:

1. Estarán presentes en este acto el juez, el fiscal, el secretario, el querellante o parte civil con su abogado, y el procesado con su defensor. Constatada la presencia de todos ellos el juez declarará instalada la audiencia...
2. Concederá la palabra al fiscal para que fundamente la acusación...
3. Cumplidas las anteriores formalidades, el juez declarará abierto el debate.
4. Terminada la apertura, notificará a las partes para la celebración del debate y vista de la causa, quedando legalmente citadas las mismas con dicho señalamiento.

cesamiento dictado por el juez de la instrucción y lo propio para el querellante cuando le corresponde.

Podemos advertir, una vez más, que la oralidad, lejos de ser este instrumento al servicio de los fundamentales principios que forman y orientan el auténtico juicio penal, es utilizada tan sólo para la lectura de piezas escritas.

De esta manera, la apertura del debate es nada más que un acto meramente formal y ritual, tanto es así, que la misma norma en sus incs. 3° y 4° señala que cumplidas estas formalidades se tendrá por abierto el debate y “terminada la apertura” se notificará a las partes para la celebración del debate y vista de la causa, no obstante que el debate ya se ha iniciado; con el agregado de que tal notificación tampoco se cumple, por lo menos no inmediatamente, ya que el juez nuevamente dispone que las partes le soliciten, por escrito, día y hora de prosecución del debate, rompiendo así la continuidad establecida en el art. 225.¹⁰

De la lectura del art. 235¹¹ pareciera incontrovertible que en la celebración del debate la oralidad juega un rol fundamental propiciando el contacto directo entre el juez y la prueba y la actuación directa de las partes frente al juez; pero nada de ello sucede ya que la actividad probatoria es reducida a la simple ratificación de los elementos de prueba recogidos en la instrucción. Esta vez la oralidad sirve tan sólo para la introducción de “pruebas” por su lectura, operando así la conversión automática en prueba, de todas las actuaciones realizadas durante la instrucción.

Lo grave es que esta conversión opera por mandato propio de la norma. En efecto, al amparo de la última parte del art. 235 la lectura del “expediente” elaborado en la instrucción se convierte en la prueba fundamental. Y si de testigos

¹⁰ C.P.P., art. 225. — (*Continuidad*). Iniciado el debate, éste se realizará sin interrupción, todos los días hábiles hasta que se dicte la sentencia, y sólo podrá suspenderse por un tiempo no mayor de 8 días en los casos siguientes:...

¹¹ C.P.P., art. 235. — (*Celebración del debate*). El día y hora y fijados para el debate, el juez procederá a recibir las declaraciones de los testigos ofrecidos por el fiscal, luego los del querellante y del procesado; realizará inspecciones o reconstrucciones, de oficio a petición de parte, recibirá las informaciones periciales y ordenará se dé lectura a las piezas del proceso que creyere convenientes o de las que señalaren u ofrecieren las partes.

se trata, sus declaraciones se traducen en la contestación de interrogatorios y contrainterrogatorios formales formulados por las partes con anterioridad al debate y por escrito.

Con referencia a la conclusión del debate, según lo preceptuado por el art. 240,¹² parecería que por lo menos casi al final del juicio, la oralidad y el contradictorio se manifiestan en todo su vigor; sin embargo, esta norma jamás ha tenido vigencia o aplicabilidad por la sencilla razón de que el art. 241 le resta toda operatividad al disponer: "El representante del Ministerio Público, los abogados patrocinantes y los defensores del acusado tendrán el término de 8 días para formular sus alegatos en conclusiones".

Agotada la supuesta producción de prueba y vencido el plazo establecido en el referido artículo, los alegatos son presentados por escrito y el juez señala una audiencia para su lectura, y se cree que de esta manera se ha cumplido lo dispuesto por el art. 240. La oralidad resulta nada más que una simple ilusión.

Para tratar de ser mínimamente respetuosos con el principio de continuidad, la sentencia debería ser dictada inmediatamente después de finalizada la "lectura" de los alegatos; de esta forma estaríamos siendo fieles —al menos en apariencia— al mandato contenido en el art. 242 que ordena que la sentencia se pronuncie en audiencia pública. Tampoco ello es posible, pues el art. 86 no lo permite: éste dispone que el juez tiene el plazo de 15 días para dictar la sentencia, con la agravante de que este plazo comienza a computarse una vez que el juez ordena que el expediente pase a su despacho a ese efecto; lo que significa que en la práctica ese plazo de 15 días fácilmente se convierte en varios meses y de esta forma se termina por destruir la continuidad declarada y se hace de imposible aplicación el citado art. 242, aunque se crea que se lo aplica por el hecho de señalarse una audiencia pública de lectura de sentencia, de una sentencia que, en muchos casos, ha sido redactada por el personal subalterno del juzgador.

¹² C.P.P., art. 240. — (Desarrollo). Si el juez considerase agotada la prueba, decretará abierto el periodo de conclusiones. A dicho efecto concederá la palabra en el siguiente orden: fiscal, abogado del querellante y defensor del procesado. A los dos primeros para fundar su acusación, y al último para sostener la defensa, con derecho a la réplica y dúplica.

El sistema de recursos previsto en la legislación vigente es otra de las razones que ha imposibilitado la existencia del juicio oral, particularmente porque el recurso de apelación, incompatible con el juicio oral, permite una amplia revisión de los hechos sin debate alguno, en franca violación del principio de inmediación, ya que el fallo del tribunal de alzada con el alcance señalado, es dictado sobre la base de la revisión del expediente que le remite el juez de primera instancia, de modo que hasta la escasa o "fingida" oralidad del juicio queda totalmente anulada.

Los fallos de segunda instancia pueden ser impugnados a través del recurso de nulidad o casación, por inobservancia o quebranto de la forma procesal prevista bajo pena de nulidad y por violación de la ley sustantiva en la decisión de la causa. Compete la resolución de este recurso a la Corte Suprema de Justicia, salvo que se trate de delitos de acción privada o de menor gravedad en cuyo caso son competentes las Cortes Superiores de Distrito.

No obstante, cabe reconocer que no seríamos muy rigurosos si consideráramos que la desnaturalización del juicio oral y público obedece únicamente a los extremos señalados. Ella responde también a la defectuosa estructuración de todo el proceso penal, muy particularmente a la distorsión que ha sufrido la instrucción, a cargo del juez instructor, que concentra las funciones de investigar y decidir, desplazando al fiscal que únicamente participa emitiendo opiniones sin carácter vinculante alguno; en resumen, una instrucción que resulta la etapa central del proceso.

2.3. Noticia sobre procedimientos especiales

El Código vigente regula los procedimientos especiales atendiendo básicamente a la naturaleza del delito, a su gravedad y a la calidad de las personas. Así, se tiene un procedimiento especial para los delitos de acción privada y delitos de menor gravedad, encontrándose entre éstos los sancionados con pena no privativa de libertad y los sancionados con pena privativa de libertad cuyo máximo no exceda de 2 años. En estos procedimientos, no existe la instrucción o etapa preparatoria, pues se sustancian a citación directa o sobre la base de las diligencias de policía judicial ante el juez de la

instrucción que opera como juez de sentencia; en lo demás, se sigue las reglas del juicio plenario, es decir, que debería ser oral, público, contradictorio y continuo, pero, por las circunstancias ya anotadas, se trata igualmente de un procedimiento escrito.

Los delitos vinculados al narcotráfico están definidos en una ley especial, la Ley 1008 del Régimen de la Coca y Sustancias Controladas, cuerpo normativo que establece también el procedimiento para el juzgamiento de estos delitos. En rigor de verdad, se trata de un régimen procesal paralelo que acentúa más, todavía, el sistema inquisitivo, ya que se asienta sobre dos características: celeridad procesal y vulneración de garantías.

En este procedimiento pueden distinguirse dos etapas; la primera, una investigación policial a cargo de la Fuerza Especial de Lucha Contra el Narcotráfico, organismo policial que actúa con total autonomía del Ministerio Público, aunque supuestamente están dirigidos por fiscales especializados en la materia. De esta manera, en esta etapa se cometen las más graves violaciones a los derechos humanos, las detenciones en sede policial se prolongan por meses, se practican allanamientos sin orden judicial y en horas de la noche, el ejercicio de la fuerza y la utilización de armas son ilimitados. La segunda etapa la constituye el juicio plenario a cargo de un tribunal colegiado compuesto por 3 jueces; en esta etapa todas las deficiencias anotadas respecto del procedimiento común y la desnaturalización del juicio previo se manifiestan con mayor intensidad, la indefensión es absoluta y la prueba fundamental la constituyen las actuaciones policiales realizadas por la Fuerza Especial de Lucha contra el Narcotráfico (FELCN), a las que la ley 1008 les da el carácter de prueba preconstituida (indiscutible).

Con la promulgación de la Ley de Fianza Juratoria contra la Retardación de Justicia Penal del 2 de febrero de 1996 se trató de corregir en alguna medida la fuerte connotación inconstitucional de la ley 1008. En primer lugar, se atenuó el carácter inexcusable de los delitos definidos por esta norma, permitiéndose la libertad provisional en los siguientes casos: cuando la sentencia de primera o de segunda instancia declaren la absolución o inocencia; cuando el imputado haya cumplido en calidad de detenido preventivo el tiempo

de la condena impuesta en primera o segunda instancia; cuando hayan transcurrido más de 18 meses de privación de libertad sin haberse dictado sentencia de primera instancia, o más de 4 años de detención sin haberse dictado sentencia que hubiere adquirido la calidad de cosa juzgada; y, cuando la detención supere el mínimo de la pena prevista en abstracto siempre y cuando no exista sentencia condenatoria en cualquier instancia. En segundo lugar, se restableció el principio del juez natural, pues la ley 1008 permitía que los imputados sean juzgados en cualquier lugar del territorio, sin respetar las reglas de la competencia territorial.

Los restantes procedimientos especiales se refieren al juzgamiento de funcionarios públicos por delitos cometidos en ejercicio de sus funciones. Entre ellos podemos distinguir los llamados casos de corte y los juicios de responsabilidades. Los primeros para altos funcionarios con jurisdicción departamental, procedimientos extremadamente burocráticos y onerosos porque cada una de sus etapas está encomendada a diferentes Cortes Superiores; en lo demás, rigen las normas del procedimiento común. Entre los juicios de responsabilidades se halla el juzgamiento contra altos dignatarios del Estado, concepto que comprende al Presidente y Vicepresidente de la República y ministros de Estado. El proceso se sustancia ante la Corte Suprema de Justicia por acusación del Congreso Nacional. Finalmente se regula el juzgamiento de los ministros de la Corte Suprema de Justicia, magistrados del Tribunal Constitucional, consejeros de la Judicatura y fiscal general de la República, que se sustancia ante el Congreso Nacional, correspondiéndole a la Cámara de Diputados la etapa preparatoria y a la Cámara de Senadores el plenario o juicio.

Dado que estos procedimientos, básicamente, son desarrollados con arreglo a las normas del procedimiento común, arrastran, en consecuencia, los mismos defectos ya señalados, con el agregado de que, en contravención con el Pacto de San José, las sentencias que se dictan en los juicios de responsabilidades no son susceptibles de impugnación por el condenado.

Respecto a la existencia de salidas alternativas al sistema penal, cabe anotar que nuestra legislación no las reconoce, pues el ejercicio de la acción penal está regido por el prin-

cipio de legalidad sin atenuación alguna; no obstante, ello de ninguna manera significa que se persiga a todos los delitos; muy por el contrario, la inexistencia de salidas alternativas legalmente establecidas ha dado lugar a mecanismos de selección oscuros y arbitrarios, cuyo resultado es un sistema penal que se estrella con toda su dureza respecto de los sectores más débiles y vulnerables de la sociedad, un sistema especializado en perseguir la delincuencia de bagatela e incapaz de luchar contra la delincuencia verdaderamente grave, como el crimen organizado y transnacional.

En Bolivia, el juzgamiento de las faltas y contravenciones está regido, sino por la arbitrariedad absoluta, por una regulación jurídica ambigua y dispersa, que no satisface las exigencias de una sociedad democrática, convirtiéndose más bien en un fuerte instrumento de control social arbitrario sobre determinados grupos. Este procedimiento todavía está en manos de la policía y sin ninguna posibilidad de control jurisdiccional; las faltas y contravenciones, así como sus procedimientos, están contemplados en una amplia diversidad de reglamentos policiales. Si bien la Ley de Organización Judicial vigente desde febrero de 1993 reemplaza los juzgados policiales por los juzgados contravencionales en materia de policía de seguridad y de tránsito, este reemplazo, a la fecha, aún no ha sido implementado.

El juzgamiento por tribunales militares tampoco responde a las exigencias del Estado de Derecho: en esta sede no sólo se juzgan conductas de orden estrictamente castrense, ya que el Código Penal Militar tipifica muchos delitos ya contemplados en el Código Penal común. Por otra parte, no son únicamente los militares quienes pueden ser sometidos a la justicia militar, sino también los civiles. Sobre este particular, el nuevo Código de Procedimiento Penal prohíbe expresamente el sometimiento de los civiles a la jurisdicción militar.

2.4. Breve noticia sobre la ejecución penal

Según el Código de Procedimiento Penal, las penas se ejecutan de conformidad a lo previsto en el Código Penal, por el juez que pronunció la sentencia y por el juez de vigilancia; ello conduce a pensar que la ejecución penal se halla

judicializada, cuando, en realidad, esta judicialización es sólo aparente, pues las atribuciones del juez de vigilancia, consistentes básicamente en la remisión de informes al juez de la causa y la inspección de los recintos carcelarios, le impiden una actuación efectiva durante esta trascendental etapa del proceso penal.

Por su parte, el juez de instancia generalmente se halla desvinculado del cumplimiento efectivo de la condena, aunque paradójicamente concentre una serie de atribuciones, tales como la decisión sobre la libertad condicional, la suspensión condicional de la pena y la resolución de todos los incidentes que se produzcan durante esta etapa procesal. En este contexto, las condenas se cumplen huérfanas de control judicial, las penas legalmente establecidas se convierten en encierros indeterminados, los beneficios que la ley reconoce a los condenados quedan reducidos al texto legal y, en definitiva, nadie atiende las quejas y reclamos de los internos.

3. La reforma ya diseñada

3.1. Proyecto actual, su estado y perspectivas

En 1994 el Ministerio de Justicia organizó el seminario "Las experiencias de reforma procesal en Latinoamérica y perspectivas para Bolivia", cuya orientación se enmarcó en la tendencia ya consolidada en América latina por fortalecer el Estado de Derecho; el seminario concluyó con la recomendación general de la impostergable necesidad de iniciar un proceso de reforma estructural de la justicia penal que comprenda una revisión global del Código de Procedimiento Penal vigente. Es así que se constituyó una Comisión Redactora del Proyecto de Código de Procedimiento Penal, la misma que, después de 1 año de trabajo intensivo, concluyó su elaboración, poniendo luego el documento en consideración del Presidente de la República, quien dispuso su consulta nacional, consulta que se extendió aún durante el tratamiento legislativo y que finalmente, en fecha 25 de marzo del año en curso (1999) fue promulgado como ley de la República. Este Código entrará en vigencia plena 2 años después de su publicación, previéndose sin embargo la vigencia anticipada (1 año después de la publicación) del nuevo régimen de me-

didias cautelares y la aplicación de salidas alternativas al juicio.

El nuevo Código constituye un hito en nuestra historia republicana ya que es el primero que, representando un cambio radical de sistema —pues abandona del todo la vieja estructura inquisitiva— ha sido elaborado, discutido y promulgado como ley de la República, en democracia, fruto de un amplio proceso de difusión y concertación propio de la realidad política nacional. Se trata pues de una propuesta global de cambio del sistema de justicia penal a nivel estructural, que se inscribe dentro de la corriente latinoamericana de modernización de la administración de justicia penal, orientada por el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica y tendiente a la instauración del sistema acusatorio, reflejado en el diseño constitucional del proceso penal, caracterizado por el sistema de juicio oral, público, contradictorio y continuo, fundado además en los principios de inmediación, concentración, celeridad y economía procesal.

3.2. Correlación del nuevo Código con los principios del proceso penal de un Estado de Derecho

Siendo propio de un Estado de Derecho que el ejercicio del poder penal estatal se halle claramente delimitado, la Constitución Política del Estado, tal como ya se tiene explicado, ha establecido los límites de la coerción penal, límites que se traducen en las garantías constitucionales que protegen ante todo la libertad, la dignidad y la vida del ser humano y que en su conjunto conforman el diseño constitucional del proceso penal, es decir, el cimiento sobre cuya base debe ineludiblemente construirse todo el proceso penal.

Por ello, el nuevo Código regula con la amplitud necesaria los principios constitucionales que limitan el poder represivo del Estado, estableciendo sus diferentes manifestaciones y consecuencias, así como los derechos y obligaciones que genera el procedimiento para todos los sujetos procesales, de modo que aquellos principios no se agoten en su sola formulación.

Comienza otorgando al *juicio previo* —uno de los principales mecanismos dispuestos constitucionalmente para limitar el poder represivo del Estado— su verdadero alcance,

estableciendo que la condena que se imponga a cualquier persona tiene que ser necesariamente el resultado de un juicio previo, pero no de un juicio cualquiera, sino de un juicio público, oral, contradictorio y continuo en el que se hayan asegurado al imputado todas las facultades, derechos y garantías previstos constitucionalmente.

La anterior limitación se complementa con el principio del *juez natural*, en el entendido de que la condena únicamente podrá reputarse legítima cuando haya sido dictada por un juez competente, imparcial e independiente, designado con anterioridad al hecho de la causa; de esta limitación surge la prohibición de ser juzgado por comisiones especiales y también la prohibición hacia los otros órganos del Estado de arrogarse el conocimiento de causas penales y de reabrir las fenecidas por decisión firme. Se reafirma el carácter sustancial de la independencia del juzgador, entendiéndose ésta como un atributo personal del juez; de ello resulta la prohibición de interferir en el ejercicio de sus funciones, prohibición que se extiende también a los restantes miembros del propio Poder Judicial.

Pero, además, se retoma la noción histórica y sustancial del juez natural, al concretizar por fin el derecho que tiene el ciudadano a ser juzgado por sus pares y de contar con un mecanismo eficaz de control popular sobre el poder que ejercen los jueces. Como no podía ser de otra manera, éste fue uno de los extremos más discutidos, tanto al momento de la redacción como en la difusión y tratamiento legislativo del Proyecto, discusión que culminó con la ampliación de la participación ciudadana dispuesta, tal como se verá más adelante, ya que el Proyecto establecía el juicio por jurados sólo para los delitos contra la vida, violación, hurto agravado, robo y para los delitos cometidos por autoridades públicas.

No obstante que la limitación cuantitativa de la persecución penal es consustancial al debido proceso, bajo el nombre de *persecución penal única*, el nuevo Código expresamente consagra el *ne bis in idem*, estableciendo el derecho que tiene el imputado a ser juzgado y condenado una sola vez por el mismo hecho.

Igualmente ha merecido especial atención el *principio de inocencia* y todas sus manifestaciones, comenzando por recuperar el verdadero *status* del imputado como sujeto proce-

sal, cuyo fundamental derecho es el de ser tratado como inocente desde el primer acto del procedimiento; igualmente se reconoce el derecho que tiene a no declarar en contra de sí mismo y a guardar silencio sin que ello le perjudique; se deja claramente establecido que la carga de la prueba recae sobre los acusadores, lo que significa que el imputado no tiene que construir su inocencia; y, que la aplicación de medidas cautelares en su contra sólo es procedente en casos absolutamente indispensables.

De esta manera, se despoja a la detención preventiva de la finalidad sustantiva que venía cumpliendo en franca contradicción con la Constitución Política del Estado y, en estricta observancia de los principios de inocencia y del juicio previo, se asigna a esta medida cautelar una finalidad exclusivamente procesal. En consecuencia, se recupera el verdadero carácter temporal de la detención preventiva y, en concordancia con su verdadera naturaleza, se establecen límites temporales para su vigencia y la obligación de interpretar restrictivamente las normas que limiten la libertad del imputado. Como quiera que en un auténtico Estado de Derecho la condena de toda persona debe fundarse siempre en la declaración de absoluta certeza acerca del delito, se consagra el *in dubio pro reo*, que obliga al juez a condenar sólo cuando tenga absoluta certeza acerca de la culpabilidad del imputado en un hecho punible determinado.

Lo propio puede decirse de la *inviolabilidad de la defensa*, al haber sido regulada con sus dos manifestaciones: la defensa material que reconoce en favor del imputado el derecho a defenderse por sí mismo y la defensa técnica entendida como un derecho irrenunciable.

El imputado queda plenamente facultado desde el primer acto del procedimiento —es decir a partir de cualquier sindicación judicial o administrativa— a intervenir en toda la actividad procesal, de modo que siempre pueda fiscalizar y controlar la actividad probatoria y pueda también realizar todos los actos que le permitan excluir o atenuar la reacción penal estatal. En aras de la plena vigencia de esta garantía, se establece la obligatoriedad que tienen todas las autoridades que intervienen en el procedimiento de asegurar que el imputado conozca, inmediatamente, los derechos que la Constitución y las leyes le reconocen.

Si bien es cierto que al Estado le interesa crear los mecanismos más idóneos para una persecución penal eficaz, no es menos evidente que, en la misma medida, también le interesa que el imputado sea defendido de la mejor manera posible; por ello, el nuevo Código regula la defensa técnica como un derecho irrenunciable cuya vigencia también se pone de manifiesto desde el primer acto del procedimiento y sanciona con nulidad absoluta la violación a esta garantía, extendiéndose la sanción a la defensa meramente formal.

Coincidente con la prohibición constitucional de toda especie de torturas, coacciones o cualquier forma de violencia física o moral, y en observancia de la garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia y de las comunicaciones privadas y, sobre todo, en el entendido de que la violación de una garantía constitucional nunca puede redundar en perjuicio de aquél en cuyo favor se ha establecido, el nuevo Código introduce el principio de *legalidad de la prueba*, que prohíbe la utilización de pruebas obtenidas ilícitamente u originadas en procedimientos ilícitos.

Respondiendo a su orientación altamente inquisitiva, el actual procedimiento se ha manifestado simplemente como una encuesta técnica tendiente al descubrimiento de la verdad del hecho delictivo, aunque en la mayoría de los casos ni siquiera ha conseguido tal objetivo. En este afán, no sólo ha vulnerado constantemente las garantías del imputado, sino que también ha hecho abstracción absoluta de los legítimos intereses y derechos de la víctima, quien la mayoría de las veces sólo ha servido de pretexto para ejercitar una persecución penal a ultranza. Para corregir este olvido y como una manifestación del principio de igualdad de todos ante la ley consagrado en el art. 6° de la Constitución Política del Estado, el nuevo Código reivindica el derecho que tiene la víctima de ser escuchada e informada de los resultados del procedimiento, aunque no haya intervenido como querellante, recuperando así su condición de sujeto natural del proceso penal.

El sistema de garantías previsto en el nuevo Código concluye estableciendo que las garantías constitucionales y principios en él enumerados deben ser siempre utilizados como fundamento de toda interpretación y que su observancia es obligatoria en todo procedimiento que conlleve el ejercicio de la coerción penal estatal.

3.3. Estructura del procedimiento común y órganos estatales encargados

El procedimiento común se divide en cuatro fases claramente diferenciadas: la etapa preparatoria, el juicio, la etapa de impugnación y la ejecución penal.

3.3.1. ETAPA PREPARATORIA

En cuanto a las formas de iniciación de la etapa preparatoria se han conservado los actos iniciales de la instrucción tradicionales: la denuncia, la querrela y la prevención policial y en estricta aplicación del *nemo iudex sine actore* y del *ne procedat iudex ex officio*, queda establecida la prohibición de que el juez inicie y realice la instrucción de oficio.

Esta primera etapa del procedimiento supone la realización de una serie de actos procesales a través de los cuales se pretende reunir los elementos de convicción que posibiliten razonablemente fundar una acusación. Se trata pues, de una etapa eminentemente preparatoria, cuya finalidad es buscar el fundamento de una acusación formal o, de otro modo, requerir el sobreseimiento u otra forma de finalizar cuanto antes la persecución penal. En el sistema vigente, el juez de instrucción al concentrar poderes prácticamente incontrolables y además realizar funciones incompatibles en franco desmedro de la eficiencia y eficacia de su labor, lejos de garantizar mejor al imputado ha convertido su tarea en un ejercicio arbitrario y abusivo del poder. A ello obedece también la total desnaturalización del proceso penal, pues la instrucción, no obstante su carácter preparatorio, prácticamente ha suplido al juicio propiamente dicho.

En el nuevo Código, la etapa preparatoria ha sido confiada a la fiscalía, reemplazando así la labor que actualmente llevan a cabo los jueces de instrucción. Se separan y distinguen claramente dos de las funciones capitales del juicio criminal —la requirente y la decisoria— encomendándose cada una a un órgano diferente, de modo que sea el fiscal el encargado de investigar, el juez el encargado de autorizar y tomar las decisiones jurisdiccionales y de esta forma la función defensiva cobre vigencia.

En este entendido, el juez de instrucción ejerce dos tipos de actividades de control. En primer lugar, los actos que implican una decisión y una autorización, entre ellos todas las decisiones acerca de las medidas de coerción, personal o real, así como las referidas a la obtención forzada de elementos de prueba (allanamientos de domicilio, interceptación y apertura de correspondencia, etc.), los que habilitan la intervención de distintas personas en el procedimiento y las decisiones que extinguen o imposibilitan el ejercicio de la acción penal. Por otra parte, están también a su cargo los actos definitivos e irreproducibles, que, por su naturaleza, no implican una actividad decisoria, sino el mero resguardo de las condiciones necesarias para su eventual incorporación posterior al debate (anticipo jurisdiccional de prueba).

De esta manera la etapa preparatoria sustituirá a la actual instrucción y estará a cargo de la fiscalía, la que con el auxilio de la policía judicial y de otros organismos especializados, deberá investigar el hecho denunciado y recolectar los medios de prueba que, en el momento oportuno, utilizará para fundar su acusación ante los tribunales de sentencia. Ello significa que la fiscalía será la encargada de conducir la investigación de delitos, realizar las diligencias correspondientes con el auxilio referido y formular la acusación pública cuando corresponda.

Con este objeto se ha normado con la mayor precisión posible la intervención policial preventiva, es decir el accionar de la policía desde el primer momento que tome conocimiento de la perpetración de un delito de acción pública, cuyas actuaciones se reputan como parte integrante de la etapa preparatoria. El nuevo Código comienza regulando la obligación que tienen los preventores de informar a la fiscalía dentro de las 8 horas de su primera intervención, así como sus facultades y las normas que ineludiblemente debe observar toda vez que se le autorice aprehender a los imputados; igualmente queda reglada la dirección funcional que debe ejercer la fiscalía y las facultades y obligaciones que le corresponden en esta etapa del procedimiento.

Debe resaltarse que el control jurisdiccional también se manifiesta desde este primer momento, toda vez que el fiscal tiene la obligación de informar al juez de instrucción, inmediatamente después de haber recibido el informe policial,

sobre la prevención, y sobre todo, se supera notablemente la situación de incertidumbre y absoluta arbitrariedad que ha caracterizado la detención del imputado durante la prevención policial; así, se establece que si el imputado ha sido detenido en sede policial y el fiscal considera que debe continuar privado de libertad, debe solicitar al juez la aplicación de una medida cautelar dentro del plazo fatal de 24 horas de producida la aprehensión, caso contrario se entiende que el fiscal no tiene interés en que la detención continúe y el juez debe ordenar la libertad inmediata.

Con esta orientación, se deja establecido que el fiscal, una vez recibidas las actuaciones policiales y luego del análisis de su contenido debe establecer la formulación de cargos, si el caso así lo amerita, quedando la etapa preparatoria judicializada con el fin de reforzar las garantías del imputado en cuanto al conocimiento de la imputación y sus límites y garantizándose también la intervención del juez para el control de la actividad investigativa y la aplicación de eventuales medidas cautelares. Cabe señalar en este punto, que en pleno respeto del principio de inocencia, se deja claramente regulado que la imputación formal de cargos no implica por sí misma la aplicación de una medida cautelar y, en consecuencia, tampoco implica para el imputado ninguna otra medida restrictiva de sus derechos.

Las diferentes salidas alternativas que contempla el nuevo Código pueden hacerse efectivas desde este primer momento, de tal manera que no todos los casos que investigue la fiscalía serán resueltos, necesariamente, a través de un juicio oral. Ello significa que el fiscal encargado de la investigación, luego de tomar conocimiento y analizar el contenido de las investigaciones policiales preliminares, podrá disponer por resolución fundada el rechazo de la denuncia, la querrela o las actuaciones policiales, cuando sea manifiesto que el hecho no constituye delito o que el imputado no ha participado en él, cuando no se haya podido individualizar al imputado, cuando la investigación no haya aportado elementos suficientes para fundar la acusación y cuando exista algún obstáculo legal para el desarrollo del procedimiento. Igualmente puede solicitar al juez de la instrucción la aplicación de criterios de oportunidad, la suspensión condicional del procedimiento, la aplicación del procedimiento abreviado o

la posibilidad de promover la conciliación —composición autor-victimista— en todos los casos en que sea procedente la extinción de la acción penal por la reparación integral del daño. Si en este momento no es posible optar por alguna de las salidas descritas, la etapa preparatoria debe continuar hasta su conclusión, quedando el fiscal obligado a finalizarla lo antes posible ya que ésta no puede exceder el plazo de 6 meses (plazo que se computa desde el primer momento en que se toma conocimiento del delito por cualquier vía, ya sea por denuncia, querrela o prevención policial), salvo que el fiscal haya solicitado al juez de instrucción una prórroga y éste la autorice siempre y cuando se trate de una investigación compleja en razón a que los hechos estén vinculados a delitos cometidos por organizaciones criminales; en todo caso, la prórroga concedida de ninguna manera significa una ampliación del plazo máximo de duración del procedimiento.

Si vencido el plazo de la etapa preparatoria el fiscal no acusa ni presenta otra solicitud conclusiva, el juez de la instrucción conminará al fiscal de distrito para que lo haga en el plazo de 5 días, transcurrido el cual sin que se presente solicitud alguna por parte de la fiscalía, el juez declarará extinguida la acción penal, salvo que el proceso pueda continuar sobre la base de la actuación del querellante.

Este período del procedimiento concluye cuando la fiscalía —considerando agotada la investigación— presenta su acusación, dispone el sobreseimiento o requiere cualquiera de las salidas procesales alternativas ya referidas. Cabe apuntar que concluida la investigación realizada por el fiscal, le sucede una etapa en la que con la intervención de los diferentes sujetos procesales se analiza los resultados de la investigación, etapa en la que se puede distinguir dos clases de relaciones entre el requerimiento fiscal y la decisión judicial.

Cuando el requerimiento fiscal es inculmador, el fiscal, dependiendo del caso, tiene dos alternativas:

- a) Puede formular la acusación directamente ante el tribunal de sentencia, en cuyo caso no se establece ninguna relación entre el requerimiento fiscal y la decisión del juez de la instrucción, ya que es el propio tribunal de sentencia el que se limita a realizar un control formal de la acusación, tal como lo veremos cuando nos ocupemos del juicio oral.

b) Puede requerir la aplicación del procedimiento abreviado, en cuyo caso si el juez de la instrucción está de acuerdo, el juicio se sustanciará de conformidad a las reglas previstas para este procedimiento especial.

Cuando se dan los supuestos del sobreseimiento el fiscal lo decreta de manera fundada, decisión que puede ser objetada ante el superior jerárquico para que éste la revoque o ratifique. En este caso el juez de la instrucción no tiene nada que hacer.

En cambio, cuando el fiscal requiere cualesquiera de las salidas alternativas, formula su requerimiento ante el juez de la instrucción. Con este objeto es que el nuevo Código prevé la realización de una audiencia conclusiva a fin de analizar y discutir con las partes la pertinencia del requerimiento. Finalizada la audiencia, el juez debe resolver inmediatamente todas los planteamientos formulados por las partes.

Como advierte el nuevo Código, con la reformulación de la etapa de la instrucción, con la asignación de la función requirente y la función decisoria a órganos diferentes, pretende lograr un equilibrio razonable entre el interés de una investigación eficiente y el interés de preservar los derechos humanos fundamentales.

3.3.2. JUICIO ORAL Y PÚBLICO

La realidad del enjuiciamiento penal boliviano, descrita a grandes rasgos en los puntos precedentes, es la consecuencia de que el proceso penal boliviano está muy lejos del programa político-criminal descrito en el texto constitucional y referido al modo en el que el Estado debe llevar a cabo la persecución de los delitos, es decir, a través de un juicio oral, público, continuo y contradictorio, que permita una eficaz represión de la criminalidad, pero, al mismo tiempo, proteja al individuo frente a las arbitrariedades estatales.

Como también ya lo anotamos, la ley procesal penal vigente no ha sabido receptor ni desarrollar la idea del juicio penal diseñado en la Constitución, lo que nos conduce a afirmar categóricamente que en Bolivia, al no existir el juicio penal descrito en la Ley Fundamental, las definiciones de política criminal en ella contenidas han sido suplantadas por un ejercicio arbitrario y abusivo del poder.

El nuevo Código pretende rescatar esa idea del juicio, entendiéndolo como el momento cumbre del proceso penal; en este contexto, define al juicio como la fase esencial del proceso, que se realiza sobre la base de la acusación, en forma oral, contradictoria, pública y continua, para la comprobación de la existencia del hecho punible y la responsabilidad del encausado con plenitud de jurisdicción; seguidamente desarrolla los principios que estructuran esta etapa del procedimiento: inmediación, publicidad, continuidad y oralidad.

Toda vez que el juicio penal previsto en la Constitución únicamente puede ser satisfecho con la observancia estricta de los principios referidos, el nuevo Código es riguroso al establecer los casos de excepción a la oralidad, a la publicidad y a la continuidad. En este sentido, el nuevo Código estructura el juicio oral estableciendo todos los mecanismos que posibiliten su concreción real en un auténtico debate entre lo que la acusación afirma y lo que la defensa niega, celebrado ininterrumpidamente en presencia del tribunal, el mismo que deberá dictar la correspondiente sentencia inmediatamente después de concluido el debate y en la misma audiencia.

En la preparación del debate, dos son los actos que cobran singular importancia:

En primer lugar, el control formal de la acusación, atendiendo principalmente al hecho de que el nuevo Código reconoce al querellante particular total autonomía para precisar los hechos de la acusación y su calificación jurídica; en esta virtud y si acaso la acusación fiscal y la acusación particular resultan contradictorias e irreconciliables, el tribunal de sentencia queda facultado a describir con precisión los hechos sobre los cuales se abre el juicio, pero en ningún caso le está permitido al tribunal incluir hechos no contemplados en alguna de las acusaciones, tampoco le está permitido producir prueba de oficio ni abrir el juicio si no existe, al menos, una acusación.

En segundo lugar, la selección de los jurados, cuando así corresponda, toda vez que esta etapa está encomendada al juez de sentencia en los delitos sancionados con penas privativas de libertad cuyo máximo legal sea de 4 años de privación de libertad o inferior a él, y a los tribunales de sentencia —conformados por 2 jueces técnicos y por 3 jueces

legos— en todos los delitos de acción pública sancionados con pena privativa de libertad cuyo máximo legal sea superior a 4 años de privación de libertad.

Cumplidos los actos preparatorios, la sustanciación del juicio hasta su conclusión y su normativa sigue el esquema general de los sistemas con juicio oral, cuyo núcleo reside en un debate oral, público, contradictorio y continuo, con participación ininterrumpida de todos los intervinientes y del tribunal; lo propio puede decirse de la deliberación y la sentencia, donde lo más significativo es su pronunciamiento inmediatamente después de la deliberación, sin suspensiones o interrupciones.

Por la importancia que el sistema adoptado asigna a la significación y comprensión del juicio por parte de los protagonistas del conflicto y en atención a que Bolivia es un país con multiplicidad de idiomas, el nuevo Código contempla la posibilidad de que el juicio se celebre en la lengua originaria del lugar donde se cometió el delito, estableciendo además la obligatoriedad de que el contenido de la sentencia sea explicado en el idioma del imputado.

Finalmente, se dispone que de las actuaciones del juicio se elabore un acta al solo efecto de demostrar la validez de su desarrollo, la observancia de las formalidades, la presencia de las partes y se registren aquellos actos que se consideren necesarios.

3.3.3. RECURSOS

El nuevo Código regula coherentemente los medios de impugnación a las resoluciones judiciales. La apelación incidental, de competencia de la Cortes Superiores de Distrito, procede sólo en los casos taxativamente señalados y es entendida como el medio para impugnar los autos interlocutorios, recurso propio para impugnar las decisiones jurisdiccionales adoptadas durante la etapa preparatoria.

Para la impugnación de las sentencias, se establece el recurso de apelación restringida, toda vez que el juicio oral no permite una segunda instancia con revisión de los hechos tanto por la imposibilidad técnica y práctica como por el pleno resguardo del principio de inmediación. Así, se habilita este recurso para que el tribunal de alzada ejerza el control

de la legalidad del decisorio, tanto respecto de las formalidades segundas para dictarla como respecto de la correcta aplicación de la ley. La sustanciación de este recurso también es competencia de las Cortes Superiores.

Se redefine el recurso de casación, otorgándole su verdadera naturaleza, de modo que sirva para uniformar la jurisprudencia ante precedentes contradictorios dictados por las Cortes Superiores a tiempo de resolver la apelación incidental, por lo que el conocimiento de este recurso es reservado para el máximo tribunal de justicia del país, es decir la Corte Suprema de Justicia en su Sala Penal.

Finalmente, se clarifican las causales de procedencia del recurso de revisión de sentencia condenatoria ejecutoriada y se simplifica su tramitación, siendo su conocimiento también competencia de la Corte Suprema de Justicia.

3.3.4. EJECUCIÓN PENAL

En lo que toca a la ejecución penal, el nuevo Código desconcentra los poderes del juez de primera instancia y amplía las potestades y funciones del juez de ejecución, quien ya no es únicamente un inspector de recintos penitenciarios, ya que le atribuye competencia para resolver todos los incidentes propios del proceso penal de ejecución, estableciéndose al mismo tiempo un procedimiento que posibilita la aplicación oportuna de la libertad condicional y que asegura al condenado una efectiva defensa. Este procedimiento está regido también por los principios de oralidad, publicidad e inmediación.

3.4. Procedimientos especiales. Soluciones alternativas al sistema penal

Inicialmente, el Proyecto contemplaba una diversidad muy amplia de procedimientos especiales, encontrándose entre éstos el procedimiento abreviado, el procedimiento para investigaciones complejas, el procedimiento para faltas y contravenciones, el procedimiento por delitos de acción privada, el procedimiento para la aplicación de medidas de seguridad, el procedimiento para menores imputables, el procedimiento para delitos relacionados con comunidades indígenas, el pro-

cedimiento para casos de antejuicio y de privilegio constitucional y el procedimiento para la reparación del daño.

Durante el tratamiento legislativo en la Cámara de Diputados, se consideró que la mayoría de estos procedimientos, en realidad, no constituían procedimientos diferenciados propiamente dichos, sino que muchos de ellos consistían más bien en puntuales modificaciones al procedimiento común, razón por la que el libro que se ocupaba de ellos mereció importantes transformaciones. Así este libro denominado ahora Procedimientos Especiales y Modificaciones al Procedimiento Común, en los títulos primero, segundo y tercero regula como procedimientos especiales propiamente dichos, los siguientes:

3.4.1. PROCEDIMIENTO ABREVIADO

El procedimiento abreviado es aplicable a petición del fiscal encargado de la investigación, siempre que se cuente con el acuerdo del imputado y su defensor, pudiendo el juez denegar en caso de oposición fundada de la víctima o que en su criterio el procedimiento común permita un mejor conocimiento de los hechos. Asimismo el nuevo Código establece que la existencia de varios imputados en una misma causa no impide que este procedimiento se aplique a alguno de ellos.

La procedencia o no se la resuelve en la audiencia conclusiva: el juez oyendo al fiscal, al imputado, a la víctima o al querellante y previa comprobación de la existencia del hecho y la participación del imputado, que el reconocimiento de su culpabilidad fue libre y voluntario y que igualmente renuncia de manera voluntaria al juicio ordinario, sentencia la causa fundándola en el hecho admitido por el imputado e imponiendo una condena que no puede superar la pena requerida por el fiscal. Para el caso de improcedencia, el nuevo Código establece que el requerimiento sobre la pena no vincula al fiscal durante el debate y que el juez de sentencia no puede fundar la condena en la admisión de los hechos por parte del imputado.

El Proyecto disponía la aplicación de este procedimiento sólo para los casos en que se estimará la imposición de una pena no superior a 5 años. Sobre este punto, el Poder Legislativo consideró que su aplicación debería ser posible res-

pecto de todos los delitos a efectos de que este instituto contribuya eficazmente al desahogo del sistema penal.

3.4.2. PROCEDIMIENTO POR DELITOS DE ACCIÓN PRIVADA

El procedimiento por delitos de acción privada, que se inicia siempre en virtud de la querrela del ofendido, se trata de un juicio de citación directa por lo que se ingresa directamente al juicio oral y público siguiendo las reglas del procedimiento común, salvo que en este procedimiento existe una etapa previa y obligatoria, que sucede a la admisión de la querrela, consistente en una audiencia de conciliación —composición víctima-autor— provocada por el juez de la causa, es decir por el juez de sentencia; ello no impide que la conciliación también pueda ser planteada por las partes en cualquier estado del juicio con los consiguientes efectos extintivos. En este procedimiento, como es lógico, el fiscal no tiene intervención alguna.

3.4.3. PROCEDIMIENTO PARA LA REPARACIÓN DEL DAÑO

El procedimiento para la reparación del daño, que se manifiesta como una respuesta válida para que la víctima pueda obtener oportunamente la reparación del daño sufrido, se trata de un procedimiento de litis restringida que se inicia una vez ejecutoriada la sentencia de condena. Admitida la demanda —que debe contener la petición concreta de la reparación que se busca o el importe de la indemnización pretendida—, el juez convoca a una audiencia oral en la que procurará ante todo la conciliación de las partes, caso contrario en la misma audiencia resuelve el caso rechazando la demanda u ordenando concretamente la forma de reparación. Además de las ventajas que representan la sencillez y celeridad de este procedimiento, cabe destacar que la víctima puede reclamarlo aunque no haya intervenido en el proceso penal y, que por otra parte, se le reconoce el derecho de ejercitar alternativamente la acción reparatoria ante los tribunales civiles; naturalmente que en ningún caso le está permitido valerse de ambas vías.

Concluyendo con los procedimientos especiales cabe anotar que, con el fin de sustraer de las fuerzas policiales el

juzgamiento de las faltas y contravenciones, el Proyecto establecía un procedimiento especial para estas conductas, el mismo que fue suprimido por el Poder Legislativo porque lo consideraba una sobrecarga para el sistema judicial. Si bien esta consideración no deja de ser del todo cierta, no es menos cierta la exigencia del Estado de Derecho de establecer límites precisos a la coerción estatal, más aun respecto de situaciones en las que la seguridad del ciudadano y el respeto a su dignidad se ven afectados con mayor frecuencia que cuando se trata de sancionar delitos, por lo que consideramos que este procedimiento debió ser preservado.

3.4.4. SOLUCIONES ALTERNATIVAS

A fin de enfrentar la selectividad arbitraria del sistema penal, como una forma de atenuar la sobrecarga de trabajo y de lograr mayor eficacia en la persecución de la delincuencia no convencional, el nuevo Código introduce interesantes salidas alternativas, tales como el *procedimiento abreviado* ya descrito en sus rasgos principales.

El principio de oportunidad reglada posibilitará al fiscal prescindir de la persecución de cierta clase de delitos sobre la base de parámetros universalmente admitidos tales como delincuencia de bagatela, pena natural, saturación de la pena, cooperación judicial internacional y cuando sea previsible el perdón judicial.

La suspensión condicional del proceso, para todos aquellos casos en los que de acuerdo con las circunstancias particulares, pueda estimarse que el imputado, en caso de ser condenado, sería merecedor de la suspensión condicional de la pena.

Por otra parte, entre los motivos de extinción de la acción penal se prevé la *reparación integral del daño particular o social causado*, en todos los delitos de contenido patrimonial y en los delitos culposos que no tengan por resultado la muerte, siempre que lo admita la víctima o el fiscal, según el caso. Con el mismo alcance se tiene prevista la *conciliación*—compensación autor-víctima—, que para el caso de delitos de acción privada está prevista como una etapa obligatoria previa a la celebración del juicio. A efectos de que esta salida tenga un mayor campo de aplicación, se ha redefinido a los

delitos de acción pública y de acción privada, ampliándose el catálogo de estos últimos.

Merece destacarse en este punto, aunque no se trate propiamente de una salida alternativa, sino, antes bien, del pleno reconocimiento y respeto por la diversidad cultural consagrada constitucionalmente, el hecho de que el nuevo Código establezca que la acción penal también se extingue cuando se trate de delitos o faltas cometidos en un pueblo indígena o comunidad indígena o campesina, por uno de sus miembros en contra de otro y la comunidad haya resuelto el conflicto en uso de su propio derecho consuetudinario y con el concurso de sus autoridades naturales.

3.5. Participación del ofendido en el procedimiento

El nuevo Código, al ocuparse de la víctima y del querellante, luego de definir a quienes se considera como tales, establece que la víctima tiene derecho, aun cuando no haya intervenido en el proceso, a ser informada por la autoridad responsable de la persecución penal sobre sus derechos y por el juez o tribunal sobre los resultados del proceso; al mismo tiempo le reconoce la facultad de participar como querellante no sólo en los casos de acción privada, sino también en los de acción pública con facultades autónomas respecto del acusador público. En consecuencia, el nuevo Código le reconoce una amplia participación en el procedimiento; así, por ejemplo, las salidas alternativas previstas sólo pueden ser resueltas luego de oírse a la víctima. En realidad, la víctima puede objetar toda decisión que de una u otra manera ponga fin al procedimiento, sin necesidad de constituirse en querellante.

Además, a efectos de que su participación en el proceso penal no sea ilusoria, el nuevo Código permite que la víctima ejerza sus derechos y facultades a través de asociaciones sin fines de lucro de protección o ayuda a las víctimas, cuando no cuente con recursos económicos que le permitan costear su participación efectiva, cuando el procedimiento le pueda causar mayores daños, o cuando sea más conveniente para la defensa de sus intereses.

3.6. Ejecución penal

Habiéndose ya descrito la regulación de esta etapa procesal, sólo resta añadir que las penas privativas de libertad, de acuerdo con lo previsto en el Código Penal, son ejecutadas conforme al sistema progresivo establecido en la Ley de Ejecución de Penas y Sistema Penitenciario; lamentablemente, dicho sistema no ha tenido ni tiene ninguna vigencia. Igualmente cabe acotar que, según el nuevo Código, la libertad condicional y todos los incidentes que se produzcan en esta etapa deben ser resueltos por el juez de ejecución. Finalmente el nuevo Código dispone que la ejecución de una pena privativa de libertad sea diferida cuando deba cumplirla una mujer embarazada o que tenga un hijo menor de un año en el momento en el cual la sentencia deba ser ejecutada, y cuando el condenado se encuentre gravemente enfermo y la inmediata ejecución ponga en peligro su vida, según el dictamen médico forense.

3.7. Organización judicial y del Ministerio Público

El nuevo Código de Procedimiento Penal significa una transformación radical del sistema de justicia penal. Por ello, requiere una coherente adecuación de la organización de los tribunales penales y del Ministerio Público. En este sentido, el nuevo Código contempla muchas normas de carácter orgánico pero indispensables para que el nuevo sistema pueda entrar en vigencia sin estar necesariamente condicionado a la promulgación de una nueva Ley de Organización Judicial y del Ministerio Público. Así establece la estructura básica de los órganos jurisdiccionales, regula claramente las competencias de cada uno de ellos; merece especial atención la creación de los tribunales de sentencia que responden al sistema de jurados (escabinado) europeo-continental. Lo propio ocurre respecto al Ministerio Público, sobre todo en lo concerniente a su relación con todos los organismos policiales que cumplan funciones de policía judicial.

Además, debido a que las perspectivas de la reforma procesal penal boliviana son alentadoras, ya se viene trabajando en el Anteproyecto de reformas a la Ley de Organización

Judicial, no sólo para que concuerde con la reforma procesal penal sino, además, con la transformación que ha sufrido el Poder Judicial por la creación del Consejo de la Judicatura y del Tribunal Constitucional.

También se viene trabajando en la reforma de la Ley Orgánica del Ministerio Público, cuyas bases principales ya fueron definidas por una comisión integrada principalmente por representantes de la fiscalía y otros operadores del sistema, destacándose entre éstas la necesidad de clarificar su ubicación institucional como un órgano independiente de los poderes del Estado, regido, entre otros, por los principios de unidad y jerarquía, razón por la que la comisión consideró imprescindible establecer un régimen de instrucciones que, sin violentar los principios de unidad y jerarquía, evite imposiciones arbitrarias del jerarca. Por otra parte, estas directrices postulan también la necesidad de garantizar la inamovilidad de los fiscales a través del establecimiento de la carrera fiscal y de un adecuado régimen disciplinario. En definitiva, lo que se pretende es que el nuevo Ministerio Público cuente con una organización propia que responda a los desafíos que el nuevo sistema procesal exige.

4. Observaciones jurídico-empíricas

4.1. Breve desarrollo empírico-jurídico

Lamentablemente, la concepción constitucional de las medidas cautelares no ha sido debidamente receptada en la legislación procesal penal boliviana, ya que hasta antes de la promulgación de la Ley de Fianza Juratoria contra la Retardación de Justicia Penal, los presupuestos que el Código establecía para la procedencia de la detención preventiva eran de Derecho penal y no de Derecho procesal penal. Contrariamente a lo que debe ser en un régimen democrático, la detención preventiva ha sido regulada asimilándola a la pena y a las medidas de seguridad y, además, la práctica la ha convertido también en un medio de investigación.

El art. 194 del Código de Procedimiento Penal establecía dos requisitos para la procedencia de la detención preventiva: 1) que los delitos estén sancionados con pena privativa de libertad, cuyo máximo exceda de 2 años, y 2) que existan

contra el imputado indicios manifiestos de haberlos cometido. También disponía su procedencia obligatoria para las imputaciones por los delitos de homicidio y lesiones en accidente de tránsito, y cuando el imputado fuere un delincuente habitual o reincidente.

El art. 197 consideraba inexcusables los delitos sancionados con penas privativas de libertad cuyo máximo exceda de 4 años y cuando se tratase de delincuentes habituales o profesionales, es decir, la mayoría de los delitos tipificados en el Código Penal eran inexcusables. Por otra parte, eran inexcusables todos los delitos vinculados al narcotráfico tipificados en la Ley 1008 del Régimen de la Coca y Sustancias Controladas.

Debido a este irracional régimen de medidas cautelares personales, la población penitenciaria del país, hasta hace algo más de 2 años, estaba constituida por un 80 % de presos sin condena, situación seriamente agravada por la excesiva retardación de justicia, ya que no en pocos casos las personas pasaban en prisión preventiva un tiempo superior al de la pena que hubieren merecido en caso de ser condenadas; como la detención preventiva no estaba sujeta a límites temporales, persistía mientras duraba la tramitación de la causa.

Esta situación pudo atenuarse en virtud a la promulgación de la Ley de Fianza Juratoria contra la Retardación de Justicia Penal, vigente desde febrero de 1996. Ella, en primer lugar, trata de reivindicar la finalidad procesal de las medidas cautelares, modificando el citado art. 194, agregando como otro requisito para la procedencia de la detención preventiva la existencia de peligro de fuga y de obstaculización en el descubrimiento de la verdad, o el peligro de que el imputado continúe con actividades delictivas. Como puede verse, aún no se ha superado totalmente la concepción sustantivista de la detención preventiva, pues la Ley de Fianza Juratoria todavía reputa como presupuestos válidos de esta medida cautelar, la gravedad del hecho delictivo y la peligrosidad del imputado y, por otra parte, no llegó a establecer medidas alternativas a la detención preventiva, ni mecanismos de control judicial sobre ella, salvo la posibilidad de impugnar su imposición a través del recurso de apelación.

Sin embargo, no puede negarse que esta ley constituye un significativo avance cualitativo, no sólo porque posibilita la excarcelación para los delitos vinculados al narcotráfico

—aunque con las limitaciones ya señaladas—, sino porque posibilita que los imputados carentes de recursos económicos puedan acceder a la libertad provisional con la sola presentación de fianza juratoria y, finalmente, porque establece límites temporales a la detención preventiva.

No obstante el cambio cualitativo señalado, cuantitativamente la situación de los presos sin condena es casi la misma, pues el Informe de la Dirección de Establecimientos Penitenciarios presentado el año 1998, sostiene que la población penitenciaria asciende a 6.000 internos, de los cuales únicamente 1.980 cuentan con sentencia ejecutoriada, vale decir el 33 %, de modo que el 67 % de la población penitenciaria está constituida por presos sin condena.¹³

Según investigaciones preliminares, realizadas con el objeto de elaborar el estudio costo-beneficio de la reforma procesal penal boliviana, que formará parte del Plan Nacional de Implementación, el período de duración de cada una de las etapas del proceso, estandarizado —esto es, en promedio—, es de 2 años, lo que significa que el procedimiento común tiene una duración promedio de 6 años.

En cuanto a la organización judicial, tal como se evidencia en el anexo 2, se puede concluir en que existe: en la etapa de instrucción, un juez por cada 59.759 habitantes; en la etapa del plenario un juez por cada 80.248 habitantes en delitos comunes y un tribunal por cada 234.057 habitantes en delitos de narcotráfico.

Con relación al Ministerio Público el mismo anexo 2 nos muestra que existe un agente fiscal por cada 66.873 habitantes; un fiscal de materia penal por cada 70.217 habitantes y un fiscal de sustancias controladas por cada 133.746 habitantes.

Si medimos el sistema de justicia penal boliviano sobre la base de los parámetros referidos en este informe, aun con abstracción del cumplimiento de las garantías, los resultados que se obtienen son francamente desalentadores, pues no sólo reflejan la ineficiencia e ineficacia del sistema, sino también una administración de justicia burocrática, defectuosa e inoperante, cuyos indicadores son: altos índices de detenidos preventivos, postergación del reclamo de las víctimas, selectividad arbitraria, inseguridad jurídica, alarmante mora judicial.

¹³ Datos proporcionados por la Dirección General de Régimen Penitenciario.

Y cómo no va ser así, si el proceso penal no es más que un trámite lento y ritual, un constante ir y venir del expediente de la fiscalía al juzgado y del juzgado a la fiscalía, un trámite en el que muchas de las actuaciones propias de los jueces son realizadas por el personal auxiliar de los juzgados, un trámite en el que los incidentes sobre el cumplimiento de las anacrónicas formalidades de los actos de comunicación y otros rituales, desplaza a la discusión de fondo y consiguiente resolución del conflicto social que constituye su base material.

4.2. Problemas y deficiencias del procedimiento vigente

En conclusión, puede establecerse que el sistema de justicia penal atraviesa una crisis estructural, cuyo aspecto más crítico es su carácter altamente vulneratorio de los derechos humanos, agravado por la duración excesiva de los procesos penales. Los principales problemas y deficiencias del procedimiento vigente son:

- *Carencia de un mecanismo apropiado de selección de acciones y delitos*, que se traduce en una sobrecarga de trabajo de los jueces y tribunales penales y en un sistema de justicia arbitrariamente selectivo.
- *Distorsión de la etapa de la instrucción*, que responde a tres factores esenciales:
 1. Se reduce a una reproducción y ratificación de las diligencias de policía judicial, que no constituyen propiamente una investigación porque se realizan en la mayoría de los casos sin ningún tipo de control, ya sea funcional o jurisdiccional.
 2. El juez instructor actúa en un rol dicotómico de investigador y contralor de los derechos y garantías del imputado; debido al carácter incompatible de estas funciones, ninguna de ellas se cumple eficazmente.
 3. El Ministerio Público no ejerce las atribuciones conferidas constitucionalmente, investigar, recolectar elementos de convicción y fundar su acusación en la etapa del plenario; limitando su actuación en el procedimiento a algunos dictámenes.
- *Ausencia de un verdadero juicio oral, público y contradictorio* debido a que en la práctica el juez del plenario ratifica nuevamente actas escritas en la etapa de la instrucción, así como por la existencia de normas que

impiden su real y plena vigencia, aunque paradójicamente otras disposiciones de principio lo consagran.

- *Absoluta ineficacia del Estado para la persecución de la delincuencia organizada, la corrupción de los funcionarios públicos y los delitos verdaderamente graves*, puesto que irracionalmente concentra sus esfuerzos persecutorios en la delincuencia convencional.
- *Proliferación de recursos e incidentes*, provocando demora y arbitrariedad, aspecto que constituye un factor agravante de la excesiva duración de los procedimientos.

La situación de la justicia penal descrita ha demandado la urgente necesidad de abolir el sistema inquisitivo para sustituirlo por otro que, con mayor eficiencia en la lucha contra la delincuencia, comulgue con las garantías constitucionales establecidas en resguardo de la vida, la dignidad y la libertad del ser humano. Y todo parece indicar que este sistema no puede ser otro que el sistema acusatorio.

ANEXOS

ANEXO I

CUADRO I

POBLACIÓN PENITENCIARIA ATENDIDA
POR EL PROGRAMA DE DEFENSA PÚBLICA URBANA.
ENERO-DICIEMBRE DE 1997

Distrito	Población penitenciaria	Población penitenciaria atendida por la Dirección General de Defensa Pública	Porcentaje de personas atendidas en relación a la población penitenciaria
La Paz	1.473	759	52 %
Santa Cruz	1.871	559	30 %
Cochabamba	1.204	472	39 %
Chuquisaca	68	40	59 %
Oruro	267	128	48 %
Potosí	59	43	73 %
Beni	252	98	39 %
Pando	48	26	54 %
Tarija	154	59	38 %
Total	5.396	2.184	40 %

Fuente: Informe de actividades de la Dirección General de Defensa Pública 1997, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

CUADRO 2

CASOS POLICIALES ATENDIDOS. ENERO-DICIEMBRE DE 1997

Área	Casos atendidos	Libertades logradas	Porcentaje de libertades obtenidas
Urbana	16.893	13.194	78 %
Rural	2.281	2.145	94 %
Totales	19.174	15.339	80 %

Fuente: Informe de actividades de la Dirección General de Defensa Pública, 1997, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

ANEXO 2

CUADRO 1

RELACIÓN ENTRE JUECES EN MATERIA PENAL EN LAS CIUDADES CAPITALES DE DEPARTAMENTO DE TODO EL PAÍS Y EL NÚMERO DE HABITANTES

Ciudad y población	Jueces de instrucción		Jueces de partido		Trib. de sustancias controladas		Salas penales de cortes superiores	
	Cantidad	Rel. cada 100.000 h.	Cantidad	Rel. cada 100.000 h.	Cantidad	Rel. cada 100.000 h.	Cantidad	Rel. cada 100.000 h.
Sucre 131.769 hab.	3	2,28	3	2,28	1	0,76	1	0,76
Cochabamba 407.825 hab.	6	1,47	4	0,98	2	0,49	2	0,49
Tarija 90.113 hab.	2	2,22	3	3,33	1	1,10	1	1,10
La Paz y El Alto 1.118.870 hab.	16	1,43	10	0,89	2	0,18	2	0,18
Oruro 183.422 hab.	4	2,18	3	1,63	1	0,54	1	0,54
Potosí 112.078 hab.	3	2,68	3	2,68	1	0,89	1	0,89
Santa Cruz 697.278 hab.	10	1,43	6	0,86	2	0,29	2	0,29
Trinidad 57.328 hab.	2	3,49	2	3,49	1	1,74	1	1,74
Cobija 10.001 hab.	1	10,00	1	10,00	1	10,00	1	10,00
Total 2.808.684 hab.	47	1,67	35	1,25	12	0,43	12	0,43

Nota: La Corte Suprema de Justicia cuenta con una Sala Penal. Cada uno de los 9 distritos judiciales del país cuenta con un juez de vigilancia.

Fuente: Censo nacional de población, Instituto Nacional de Estadísticas, 1992. Cortes Superiores de cada distrito.

CUADRO 2

RELACIÓN ENTRE FISCALES EN MATERIA PENAL EN LAS CIUDADES CAPITALES DE DEPARTAMENTO DE TODO EL PAÍS Y EL NÚMERO DE HABITANTES

Departamento	Fiscales de Instrucción en materia Penal		Fiscales de Materia Penal en el Tribunal de lo Penal		Fiscales de Materia Penal en el Tribunal de lo Penal		Fiscales de Sala Superior	
	Número de Fiscales	Rel. cada 100.000 hab.	Número de Fiscales	Rel. cada 100.000 hab.	Número de Fiscales	Rel. cada 100.000 hab.	Número de Fiscales	Rel. cada 100.000 hab.
La Paz 213.378 hab.	8	3,75	14	6,56	5	2,34	1	0,46
Oruro 183.422 hab.	2	1,10	1	0,54	1	0,54	1	0,54
Potosí 112.078 hab.	2	1,78	2	1,78	1	0,89	1	0,89
Cochabamba 407.825 hab.	12	2,94	4	0,98	5	1,22	4	0,98
Trinidad 57.328 hab.	2	3,49	2	3,49	1	1,74	1	1,74
Tarija 90.113 hab.	2	2,22	3	3,33	1	1,10	1	1,10
Santa Cruz 697.278 hab.	7	1,00	4	0,57	6	0,86	1	0,14
Oruro 183.422 hab.	4	2,18	3	1,63	1	0,54	1	0,54
Trinidad 57.328 hab.	2	3,49	2	3,49	1	1,74	1	1,74
Total 2.808.684 hab.	47	1,67	35	1,25	12	0,43	12	0,43

Fuente: Fiscalías de Distrito e Informe del Instituto Nacional de Estadística (I.N.E.), Censo 1992.

ANEXO 3

APÉNDICE LEGISLATIVO

N°	Fecha	Disposición	Objeto
<i>Legal</i>			
1.	1/4/98	Ley 1836	Ley del Tribunal Constitucional
2.	22/12/97	Ley 1818	Ley del Defensor del Pueblo
3.	22/12/97	Ley 1817	Ley del Consejo de la Judicatura
4.	18/3/97	Ley 1778	Modifica el art. 2° num. 50 de la ley 1768
5.	10/3/97	Ley 1768	Eleva a rango de ley el dec. ley 10.426 (Código Penal)
6.	2/2/96	Ley 1685	Ley de Fianza Juratoria contra la Retardación de Justicia Penal
7.	22/12/95	DS 24.196	Reglamento de la administración de bienes incautados al narcotráfico
8.	15/12/95	Ley 1674	Ley contra la violencia en la familia o doméstica

9.	20/7/95	DS 24.073	Programa de Defensa Pública
10.	15/12/94	Ley 1602	Ley de abolición de prisión y libertad corporal por obligaciones patrimoniales
11.	11/2/93	Ley 1430	Ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos
12.	12/5/94	Ley 1562	Ley que modifica el art. 60 de la Ley de Organización Judicial
13.	19/2/93	Ley 1469	Ley Orgánica del Ministerio Público
14.	18/2/93	Ley 1455	Ley de Organización Judicial
15.	28/12/88	DS 22.099	Reglamento de la Ley del Régimen de la Coca y Sustancias Controladas
16.	19/7/88	Ley 1008	Ley del Régimen de la Coca y Sustancias Controladas
17.	8/4/85	Ley 734	Ley Orgánica de la Policía Nacional
18.	10/11/81	DL 18.700	Modifica el art. 241 del Código de Procedimiento Penal
19.	8/6/78	R 18774	Reglamento del Código de Tránsito
20.	22/1/76	DL 13.321	Código Penal Militar
21.	22/1/76	DL 13.321	Código Procesal Militar
22.	19/9/73	DL 11.080	Ley de ejecución de penas y sistema penitenciario
23.	16/2/73	10.135	Código de Tránsito
24.	23/8/72	10.426	Código Penal
25.	23/8/72	10.426	Código de Procedimiento Penal
26.	7/11/1890		Ley de Responsabilidades contra magistrados de la C.S.J.
27.	31/10/1884		Ley de Responsabilidad contra altos dignatarios de Estado

BRASIL*

POR FAUZI HASSAN CHOUKR

1. Bases jurídico-políticas do processo penal**1.1. Observações preliminares: o modelo constitucional de 1988 e o processo penal¹**

O Código de Processo Penal teria sobrevivido a todos os textos anteriores, sem embargo de sua essência, até a entrada em vigor do atual texto constitucional, fruto de um longo processo de superação (ao menos formal) da ditadura, e que culminou com a Carta de 1.988, riquíssima em princípios processuais e organização judiciária e que adotou entre nós, de forma explícita, o modelo acusatório. Pode-se, então, afirmar que a situação brasileira é de marcante contradição. De um lado o texto constitucional com os valores acima mencionados; por outro o Código de Processo Penal, com seus resquícios inquisitivos.

Compreendo-se a distinção entre os modelos inquisitivo e acusatório do processo penal, na esteira da lição de Salas² como sendo o que apresenta a separação nítida de papéis

* Trata-se de trabalho integrante do projeto científico levado a efeito pelo Instituto Max Plack e pela a Fundação Konrad Adenauer acerca do processo penal na América Latina. O Relatório brasileiro foi realizado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, pelo seu 1 Secretário, Fauzi Hassan Choukr, em 1998, e complementado no Instituto Max Plack em Freiburg in Breigau, em janeiro de 1999.

¹ O Brasil é uma República Federativa, o que significa dizer que cada Estado-membro da Federação possui sua própria Constituição. No entanto, para os fins do presente texto, as menções constitucionais serão sempre relativas àquele Federal, onde estão asseguradas as bases do modelo processual penal.

CHOUKR: *A ordem constitucional e o processo penal*, Revista Nº 08.

² DENIS, S.: *Du procès pénal*, PUF, Paris, 1.992.

entre acusador, julgador e defensor, além de conferir ao acusado uma posição diferenciada, como titular de direito e não objeto da persecução, pode-se concluir que a Constituição de 1.988 adotou o modelo acusatório para o processo penal brasileiro, onde estão presentes os princípios fundamentais, sobretudo inseridos no artigo 5 (uma das poucas exceções é o princípio da motivação das decisões judiciais, que está inserido no artigo 93, IX, dentro do tópico do Poder Judiciário), cuja aplicação é imediata, a teor do § 1.º do mesmo artigo: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

Assim, destacam-se a *Igualdade* (Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição), juntamente com a *Legalidade*: ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, com sua repercussão para o direito penal (não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal) e a *irretroatividade da lei penal* (a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu), falando sobre todo o sistema repressivo o estado de inocência (ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória)

O *controle jurisdicional* é estampado na inafastabilidade do controle jurisdicional: (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito), e a explicitação do *due process* (ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal), surgindo então as garantias do *juiz natural* (não haverá juízo ou tribunal de exceção e ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente), o *contraditório e ampla defesa* (aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes), assim como a *inadmissibilidade das provas ilícitas* (são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos) e a publicidade dos atos processuais como regra geral (a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem)

Para salvaguarda de todos estes direitos, além dos recursos ordinariamente previstos na relação processual penal, existem os clássicos mecanismos do *habeas corpus* (conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder) e do *mandado de segurança* (conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público)

Para fins de aplicação no plano processual os seguintes aspectos ainda podem ser postos em destaque a *inviolabilidade do domicílio* (a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial) e o *sigilo das comunicações* (é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal).

Há de ser colocado em destaque final, e como fruto direito do atual modelo constitucional, a adoção dos Tratados internacionais que versem sobre direitos humanos como fonte legislativa a reger o processo penal (e outros campos também, por certo). Isto se deve ao contido no art. 5º, par. 2º da Constituição de 1.988, com a seguinte redação: "§ 2.º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte."

Que se trata de fonte legal isto é inegável. O que a doutrina e a jurisprudência divergem é quanto ao "status" dessa norma em relação ao direito interno. Muito embora pela redação da Constituição possa-se interpretar corretamente que se tratam de verdadeiras normas constitucionais, o Supremo Tribunal Federal (vide infra) tem entendido de maneira diversa, alçando-as à posição de normas de legislação ordinária. Ainda assim é

um avanço, porque o Código, sendo de 1.942, acaba sendo revogado naquilo que confrontar com essas normas (vide *infra*, parte de recursos).

1.2. Aspectos do processo penal em face da Constituição

Harmonizada com a onda democrática que fez navegar os trabalhos do Congresso Constituinte de 1.987/1.988, a base acusatória do processo penal instaurada pelo texto político pode ser encontrada em vários momentos, como, nas seguintes situações:

1.2.1. INICIATIVA DA AÇÃO PENAL

No que tange a titularidade da ação penal, a Constituição Federal de 1.988 deixou claro que, nos crimes de ação penal pública (condicionada à representação da vítima ou não) a legitimidade ativa fica a cargo do Ministério Público de forma exclusiva, *ex vi*, art. 129, I, tornando-se a exteriorização da própria matriz do princípio acusatório, na medida em que impõe a um determinado mecanismo do Estado a persecução oficial, impossibilitando a confusão entre julgador e acusador, em estrita sintonia com todos os modelos reformistas em curso na Europa continental.

Como decorrência das bases processuais contidas na Constituição tem-se no direito brasileiro que o monopólio do exercício da ação penal cabe ao Ministério Público nas chamadas ações penais públicas, estas que constituem a maioria dos casos no Brasil. As ações penais públicas podem ser divididas em públicas condicionadas à representação da vítima ou simplesmente incondicionadas. Aquelas exigem que a vítima se manifeste num prazo de seis meses a contar do conhecimento da autoria do delito no sentido de autorizar o Ministério Público a exercer a ação penal. O prazo tem natureza decadencial. Já nas incondicionadas o exercício da ação penal não depende de qualquer manifestação de vontade da vítima. Exemplo do primeiro caso a lesão corporal culposa e o crime de ameaça; do segundo o furto, roubo, estelionato.

De outra parte existem ações cuja iniciativa cabe exclusivamente ao ofendido. São as chamadas ações penais priva-

das, cujo maior exemplo recai nos crimes contra a honra, embora tecnicamente também sejam cabíveis nos crimes sexuais como, por exemplo, o estupro.³ O prazo para intentar a ação, que é de natureza decadencial, é de seis meses a contar do conhecimento da autoria.

Há uma forma de ação penal constitucionalmente prevista que recebe o intrigante nome de ação penal privada subsidiária da pública. Tal se dá toda vez que o Ministério Público, nas ações penais privadas, não intentar a ação ou promover o arquivamento no prazo legal (normalmente de quinze dias). Nessas condições o ofendido pode ajuizar a ação em lugar do MP passando a ser co-titular no exercício da ação penal.

No entanto, é de ser ressaltada a fragilidade desta forma de exercitar a ação penal que, sem embargo, é uma das poucas formas de controlar externamente o exercício da ação penal pelo Ministério Público. A fragilidade decorre da inexistência de um mecanismo de informação para a vítima do escoamento do prazo em questão, desta forma tornando inoperante o preceito constitucional. Além deste fator, a inexistência de recursos para custear um advogado é outro que impera como obstáculo. Por fim, ainda que se possa contar com a própria assistência judiciária gratuita para esta missão, impera o fator cultural do desconhecimento do funcionamento do sistema. Por derradeiro, a ação penal privada subsidiária da pública, embora privada no nome, é pública no regime. Assim, está subordinada ao princípio da indisponibilidade, significando dizer que, caso o autor (privado) não pratique ato necessário ao andamento da ação, o Ministério Público, titular que é desta, reassumirá sua legitimidade.

³ Nos crimes contra a liberdade sexual previstos nos artigos 213 e seguintes do Código Penal a regra é, de fato, que a ação seja privada. No entanto muitas exceções existem, e que fazem com que a ação se torne pública incondicionada (v.g. crime cometido com abuso de pátrio poder ou na qualidade de tutor, curador) ou condicionada (v.g. quando a vítima não tiver condições de arcar com as despesas de um advogado). A presunção de violência que ocorre quando a vítima é menor de catorze anos não é uma causa, exclusivamente falando, de alteração da titularidade da ação penal. Nestes casos a ação continua privada, devendo a vítima então menor de idade, ser representada por quem detenha o direito para tal.

O Brasil não conhece a ação penal popular a não ser nos casos de crimes de responsabilidade cometidos pelo chefe do Poder Executivo (Presidente da República). Não se trata de um processo penal no sentido estrito, mas é uma forma de persecução que culmina em pena de perda de mandato e cassação de direitos políticos. Nessa situação qualquer cidadão pode ajuizar a ação perante o Congresso Nacional. A história recente brasileira conheceu seu único caso de "impeachment" em 1.992, com a condenação política do então Presidente da República, dentro da mais perfeita normalidade constitucional.

1.2.2. PRINCÍPIOS REITORES DA AÇÃO PENAL PÚBLICA

Para o exercício da ação penal pública estão presentes os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade, mas apenas a disponibilidade está em sede constitucional, com a previsão da transação penal (art. 98, II, da Constituição), estando a obrigatoriedade expressamente prevista apenas no Código de Processo Penal. Uma vez presentes os indícios de autoria, materialidade e elemento anímico próprios no caso concreto, a denúncia deve ser oferecida. No campo "ordinário" não há espaço para a transação e, uma vez ajuizada a ação penal pública, dela o titular (Ministério Público) não poderá desistir. Não obstante, se se convencer de que não se trata de caso de condenação, poderá o Promotor de Justiça requerer a absolvição do réu, mas não se trata de hipótese de desistência.

A participação da vítima é mínima no campo ordinário, onde lhe cabe apenas a palavra nas poucas hipóteses de ação penal pública condicionada, cujo exercício depende da representação da vítima, em até seis meses depois de conhecida a autoria. Tal prazo tem natureza decadencial, não sendo, portanto, interrompido. No sistema da Lei 9099-95 há maior possibilidade de inserção da vítima nos destinos da ação penal, inclusive através da composição civil que, se operada, será óbice ao exercício da persecução penal.

1.2.3. PRINCÍPIOS REITORES DA AÇÃO PRIVADA GENUÍNA (OU EXCLUSIVA)

Já a ação penal privada foge a essas características, sendo regida pela disponibilidade e facultatividade. O ofen-

so tem prazo de seis meses para a propositura da ação como é exposto, mas poderá, uma vez a ação ajuizada, dela o autor desistir a qualquer tempo. A desistência pode ser explícita ou implícita, esta entendida como a prática de atos incompatíveis com o exercício do direito de ação.

1.2.4. ORGANIZAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO⁴

Como o Brasil é uma República Federativa, a organização tanto do Ministério Público prevê uma esfera federal e outra estadual, cujas atribuições estão ligadas aos crimes de competência da Justiça Federal (art. 109 da Constituição) ou Estadual (competência residual), conforme o caso e é definido constitucionalmente como. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127).

São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, sendo-lhe assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira, bem como sugerir seu próprio orçamento.

Com efeito, a Constituição Federal dispõe no art. 128 que o Ministério Público da União abrange: 1 a) o Ministério Público Federal; b) o Ministério Público do Trabalho; c) o Ministério Público Militar; d) o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Ainda por disposição constitucional, o Ministério Público da União tem por chefe o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República dentre integrantes da carreira, maiores de trinta e cinco anos, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para mandato de dois anos, permitida a recondução.

⁴ Vide artigos 127 e seguintes da Constituição Federal de 1988. Não há muitos comentários no direito brasileiro sobre a organização do Ministério Público. A leitura tradicional é a de MAZZILI, Hugo Nigro: *O Ministério Público e a Constituição de 1988*, São Paulo, Saraiva, 1989. Do mesmo autor: *Regime Jurídico do Ministério Público*, Saraiva, 1990.

A destituição do Procurador-Geral da República, por iniciativa do Presidente da República, deverá ser precedida de autorização da maioria absoluta do Senado Federal.

Nos Ministérios Públicos dos Estados e o do Distrito Federal e Territórios formarão lista triplíce dentre integrantes da carreira, na forma da lei respectiva, para escolha de seu Procurador-Geral, que será nomeado pelo Chefe do Poder Executivo, para mandato de dois anos, permitida uma recondução, sendo que os Procuradores-Gerais nos Estados e no Distrito Federal e Territórios poderão ser destituídos por deliberação da maioria absoluta do Poder Legislativo, na forma da lei complementar respectiva.

O ingresso na carreira far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, e observada, nas nomeações, a ordem de classificação. Os integrantes do Ministério Público em nível federal e estadual gozam das seguintes condições no que tangem a garantias a serem disciplinadas em leis orgânicas próprias: as seguintes garantias: a) vitaliciedade, após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado; b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, por voto de dois terços de seus membros, assegurada ampla defesa; c) irredutibilidade de vencimentos. Por outro turno, possuem os membros do 'parquet' brasileiro as seguintes vedações: a) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais; b) exercer a advocacia; c) participar de sociedade comercial, na forma da lei; d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério; e) exercer atividade político-partidária, salvo exceções previstas na lei. Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público.

Divide-se no plano estadual a carreira em dois graus básicos: primeiro grau (denomina-se Promotor de Justiça) e segundo grau (denomina-se Procurador de Justiça), estes últimos com atuação exclusiva nos Tribunais de cada Estado e os primeiros atuando no grau inicial da Jurisdição. Na

esfera federal, pelo princípio da simetria constitucional, a organização segue os mesmos contornos.

No plano processual, é importante destacar que, que os órgãos do Ministério público não funcionarão nos processos em que o juiz ou qualquer das partes for seu cônjuge, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive (vide infra, tópico 1.3).

No Estado de São Paulo há cerca de 2200 membros do Ministério Público, sendo cerca de 1900 atuando em primeiro grau de jurisdicao. Tal situação, entretanto, varia de acordo com o Estado da federação que se trate. No Amazonas são 33 integrantes da carreira e, no Acre, apenas 14, incluindo-se aí primeiro e segundo graus (Promotores e Procuradores de Justiça).

1.2.5. ORGANIZAÇÃO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA

A organização policial é extremamente complexa e varia muito da esfera federal para a estadual. Desta maneira, dispõe o artigo art. 144 que a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: polícia federal; polícia rodoviária federal; polícia ferroviária federal; polícias civis; polícias militares e corpos de bombeiros militares.

Ponto comum é que o chefe da instituição é nomeado pelo executivo (Governador, no caso dos Estados e Ministro da Justiça, no caso federal). Aqui, a nomeação recai sobre critérios de confiança e sem qualquer indicação por voto direto da classe. Há uma sensível divisão entre as polícias civis e militares (art. 144 da Constituição), aquelas com atribuição de polícia judiciária e estas, precipuamente, com funções ostensivas de segurança. Quando a polícia exerce as funções de polícia judiciária, sofre o controle externo pelo Ministério Público (art. 129 da Constituição)

No que tange à investigação criminal, às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares que continuam, por seu turno, a serem investigadas pela própria Polícia Militar. Trata-se de função anômala das tro-

pas militares, pois a elas cabe a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública, na medida em que, juntamente com os corpos de bombeiros militares são, forças auxiliares e reserva do Exército e subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

1.2.6. RELACIONAMENTO ENTRE MINISTÉRIO PÚBLICO E POLÍCIA JUDICIÁRIA⁵

No que tange ao atual tema do relacionamento entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária a delimitação do objeto aparece na fórmula *controle externo da atividade policial*, deixando em aberto qual o espaço a ser controlado, na medida que a atividade policial no Brasil apresenta inúmeros aspectos, não se prendendo exclusivamente à função de polícia judiciária. Aliás, tão ampla é a redação do texto em vigor que, sem uma interpretação rigorosa, poder-se-ia chegar à errônea conclusão de ser este controle exercitado em face de qualquer órgão policial (lembremo-nos que a Constituição foi pródiga em abrigar menção a várias instituições policiais no seu art. 144), em qualquer modalidade das tarefas desempenhadas.

Do cotejo entre as atribuições do Ministério Público e aquelas cabíveis à polícia de um modo geral, a linha divisória entre o que pode ou não ser controlado recai na divisão entre Polícia Repressiva e Polícia Judiciária (e estas em relação à polícia administrativa). Não é o caso de retomar-se aqui toda uma extensa construção teórica, notadamente no direito administrativo sobre a matéria. Basta para tanto invocar-se uma vez mais a lição de Cretella Jr.,⁶ conceituando polícia administrativa como aquela que tem por "objetivo a manutenção da ordem pública: age 'a priori', preventivamente e a polícia judiciária (que o autor também chama de 'repressiva', embora fazendo reparos ao termo) como a que age 'a posteriori', investiga os delitos depois de praticados".

⁵ Para uma visão contrária a aqui exposta, EVARISTO DE MORAES FILHO, Antonio: "O Ministério Público e o inquérito policial", Revista *IBCCrim*, N° 19.
⁶ CRETELLA JR., José: *Manual de Direito Administrativo*, SP, Forense, 3ª ed., 1.984, especialmente p. 222. Veja-se, ainda, LOPES MEIRELLES, Hely: *Direito Administrativo Brasileiro*, SP, RT, 14ª ed.

Certamente em face do novo texto constitucional as alterações lançadas (todas tomando como base a finalidade da atividade policial) merecerão alguma revisão, notadamente para se separar o conceito de polícia judiciária da repressiva. No entanto, a idéia matriz permanece, para se definir a polícia como a que atua na investigação criminal e a repressiva como a que cuida da atuação preventiva ante o fato criminoso. É a "polícia de segurança" a que se reporta, entre outros processualistas, Tourinho Filho,⁷ chegando a afirmar que sobre esta última modalidade não pode recair qualquer controle, sob pena de desnaturar-se a função.

Se o objeto do controle é tema tormentoso, a reflexão sobre a forma de controle parece um pouco menos densa. Isto porque o texto constitucional foi claro ao referir-se a um *controle externo* da atividade policial. Falar em controle externo é abandonar o vínculo de subordinação hierárquica como existe no modelo mexicano ou português para instituir um modelo de subordinação funcional, como há no caso alemão, do Código Provincial de Tucumã e mesmo do Código Modelo para Ibero-América. No caso, a forma de controle será exercitada sobre aquela parcela da polícia que empreenda as funções judiciárias, sobretudo por poderes requisitórios e de orientação por parte do controlador, mas sem que chegue este último a impor sanções punitivas em âmbito correicional àqueles servidores que exercitem as funções anunciadas. Caberá, por certo, a possibilidade de requerer-se a adoção dessas medidas ao órgão competente, mas sem o poder decisório, pois aí estaria atuando um controle *interno* da atividade policial.⁸

Por toda a construção até aqui erguida, não se pode escapar da conclusão de ser este controle exercitado sobre a Polícia, na sua função de fornecer meios para a propositura

⁷ Op. cit., p. 161, vol 1.

⁸ Nesse ponto também parece perder em pujança a proposta de MENNA BARRETO, João de Deus: "Presença de Promotores Públicos nas Delegacias de Polícia", in *Violência e Criminalidade*, Forense, RJ, p. 180, pp. 86/87. O autor sugere a presença constante de Promotores nas unidades policiais, "em benefício da própria dignidade do organismo policial". Trata-se de idéia sazonalmente frequente nas especulações reformistas, mas que em face do novo texto constitucional, e mesmo dos rumos modernos do processo penal, perdeu o fôlego.

da ação penal, seja ela em que âmbito for: estadual, federal ou mesmo a Polícia Militar naquilo que atine à produção de meios de prova para a propositura da ação penal.⁹

1.3. Garantias do suspeito e do acusado

1.3.1. DIREITO À DEFESA TÉCNICA E EXERCÍCIO DA AUTO-DEFESA¹⁰

A auto defesa, segundo entendimento doutrinário, pode ser exercida quando do interrogatório do acusado¹¹ ou, por exemplo, quando do exercício ao recurso, ocasião em que o réu é pessoalmente intimado a manifestar se deseja ou não a interposição do recurso.

Já no que tange à defesa técnica, a Constituição determina sua presença desde o início da persecução, sendo que ao acusado sem recursos será nomeado um defensor público. Para tanto a Constituição prevê a existência da Defensoria pública que, segundo o art. 134 é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV, sendo que sua organização se dará por Lei complementar, no âmbito da da União e do Distrito Federal e dos Territórios, e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

Para se dar uma idéia da organização do sistema de assistência judiciária gratuita no Estado de São Paulo, é de

⁹ No sentido do texto, FREYSLEBEN, Márcio Luis Chila: *O Ministério Público e a Polícia Judiciária - controle externo da atividade policial*, Del Rey, Belo Horizonte, 1.993, especialmente p. 82; Na mesma linha de raciocínio: COELHO, Inocêncio Mártires: "O Controle Externo da Atividade Policial pelo Ministério Público", in *Justitia*, 154, pp. 26 e ss.; ainda: ESTEVAM DA SILVA, João: "Polícia, Corregedoria da Polícia Judiciária e o Controle Externo da Atividade Policial como uma das Funções Institucionais do Ministério Público", in *Justitia*, 154, pp. 41 e ss.

¹⁰ MILTON DE BARROS, Antonio: "A defesa do acusado e sua intervenção no interrogatório judicial", Revista *IBCCrim*, N° 14.

¹¹ GRINOVER, Ada P.; DINAMARCO, Cândido Rangel, e ARAÚJO CINTRA, A. C.: *Teoria Geral do Processo*, SP, Malheiros, 11 ed.

ser esclarecido que tal serviço é prestado pela Procuradoria do Estado no seu setor de Assistência Judiciária que conta, atualmente, com cerca de oitocentos advogados(as) (denominados Procuradores(as) do Estado), além do corpo de estagiários(as), estudantes de direito arrematados formalmente a partir do penúltimo ano de faculdade. Tal estrutura é marcadamente insuficiente para o pleno desempenho das atividades. A solução informal encontrada foi a de ampliar o número de estagiários informais que fazem a maior parte do serviço burocrático e, muitas vezes, parte do serviço jurídico.

1.3.2. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA¹²

A garantia da presunção de inocência (art. 5º, inc. LVII Constituição) é vetor cultural do processo, e atua no "status" do acusado e como indicativo do sistema probatório, exigindo, igualmente uma defesa substancial e não apenas formal. Desta maneira, traduzirá a forma de tratamento do acusado, não mais visto como um objeto do processo, mas sim um sujeito de direitos dentro da relação processual. Como tal presunção (ou estado) perpassa toda a tutela jurisdicional, apresenta manifestações, v.g., no direito à prova, direito ao duplo grau de jurisdição (com a impossibilidade da imposição de sua prisão como forma de dar prosseguimento ao recurso) e na qualificação do tormentoso tema no direito brasileiro que é a definição do que são 'maus antecedentes'. Malgrado parte da doutrina ter-se posicionado acerca do tema, os Tribunais ainda têm certa timidez na extração das conseqüências máximas de tal princípio

1.3.3. DIREITO AO SILÊNCIO¹³ (NEMO TENETUR)

No que atine ao tratamento do acusado, deixa ele de ser considerado um objeto da investigação e do processo, passando a ser sujeito de direitos dentro da relação processual. Isto pode ser comprovado com a disciplina do

¹² A este respeito: GOMES FILHO, Antonio Magalhaes: *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*, SP, Saraiva, 1991.

¹³ Acerca do tema, MARCHI DE QUEIROZ, Carlos Alberto: "A amplitude constitucional do direito ao silêncio", in *Boletim IBCCrim*, n° 46/02.

direito ao silêncio, direito este que até a entrada em vigor do texto constitucional era sempre considerado em desfavor do acusado. Hoje, por expressa disposição legal, tal não mais se dá. Outro ponto é a gama de informações às quais o acusado tem direito desde a prisão em flagrante (nome do agente que o prende, local da prisão, direito a ser informado quanto às garantias que possui e direito à comunicação com a pessoa que desejar), evidenciando sua posição de sujeito da relação processual. No entanto, o Código ainda guarda traços de inquisitividade marcante. Um deles é o ato de interrogatório do acusado, ainda considerado como um ato privativo do juiz, sem contar com a participação quer da defesa, quer do Ministério Público na sua realização, o que é fortemente contrário ao ideal acusatório. Outrossim, o Código ainda considera o ato de interrogatório como prova e não como exercício do direito de defesa (na modalidade autodefesa), reforçando ainda mais o traço inquisitivo. Outros pontos específicos serão vistos de forma analítica no desenvolvimento do trabalho e servirão para fundamentar a assertiva de ser o atual Código marcadamente contrário ao texto constitucional em sua essência.¹⁴

1.3.4. SEGUE: DIREITO À PROVA¹⁵

O direito brasileiro não admite as provas ilícitas (art. 5º, inc. LVI da Constituição Brasileira). Trata-se, pois, de regra de introdução da prova no cenário processual impedindo, por tabela, sua valoração. Tal regra se estende a qualquer meio de prova (testemunhal, documental ou pericial) que violar norma de direito processual, sendo que a parte da doutrina admite "pro reo", mas sem o consenso dos Tribunais.¹⁶

¹⁴ MOURA, Assis; ROCHA, Maria Thereza, e BASTOS CLEUNICE, Valentim: *Defesa penal: Direito ou garantia*, Revista, N° 04; MOURA, Assis; ROCHA, Maria Thereza e MORAES, Maurício Zanoide: *Direito ao silêncio no interrogatório*, Revista N° 06.

¹⁵ Para um reflexo do princípio de presunção de inocência no direito brasileiro, veja-se o seguinte texto: GOMES FILHO, Antonio Magalhães: "A presunção de inocência e o ônus da prova em processo penal", in Boletim *IBCCrim*, n° 23/03.

¹⁶ GRINOVER, Ada P.; GOMES FILHO, Antonio Magalhães, e SCARANCA FERNANDES, Antonio: *Nulidades no Processo Penal*, SP, Malheiros, 1ª ed. p. 111.

O direito brasileiro conhece as célebres questões de prova ilícita por derivação (teoria dos frutos da árvore envenenada) e admissibilidade da prova ilícita pró-réu, bem como o emprego da teoria da proporcionalidade para enfrentar o cotejo de direitos constitucionalmente estabelecidos e o sacrifício de um deles em nome de outro.¹⁷

No primeiro caso é posição do Supremo Tribunal Federal a inadmissibilidade da prova lícita por derivação de uma ilícita, embora haja discordância doutrinária a respeito. Quanto ao emprego da prova ilícita a favor exclusivamente do acusado, parte da doutrina entende pela sua aceitação, mas não se pode dizer que se trate de tema pacífico e assumido pela jurisprudência. No que tange à teoria da proporcionalidade seu emprego ainda encontra resistência no campo teórico e jurisprudencial, mas o STF a reconhece como método válido de solução de sacrifício de direitos.

No perfil constitucional o juiz é chamado a desempenhar o papel de "garantidor" dos direitos fundamentais. Assim, qualquer invasão nesses direitos, em sede processual, somente ocorre com autorização judicial (v.g., busca e apreensão; interceptação telefônica,¹⁸ prisão cautelar - admite o flagrante pela polícia nas estritas hipóteses legais, com imediata comunicação ao Juiz, sob pena de invalidação; seqüestro de bens, etc). O Ministério Público não tem qualquer poder de intervenção direta na liberdade do suspeito ou acu-

¹⁷ sobre o assunto, BARANDIER, Márcio Gaspar: "A prova ilícita no Processo Penal - Breves comentários", Revista *IBCCrim*, N° 02.

¹⁸ Para uma visão sumária da doutrina acerca do tema, vejam-se os seguintes artigos: DELMANTO, Roberto, e DELMANTO JR., Roberto: "A permissão constitucional e a nova lei da interceptação telefônica", in Boletim *IBCCrim*, n° 47/02; GOMES FILHO, Antonio Magalhães: "A violação do princípio da proporcionalidade pela Lei 9.296/96", in Boletim *IBCCrim*, n° 45/14; SHECAIRA, Sérgio Salomão: "Interceptação telefônica" in Boletim *IBCCrim*, n° 44/155 (JC); MORAES, Alexandre de: "Interceptações telefônicas e gravações clandestinas - A divergência entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça", in Boletim *IBCCrim*, n° 44/06; SCARANCA FERNANDES, Antonio: "Interceptações telefônicas: aspectos processuais da nova lei", in Boletim *IBCCrim*, n° 45/15; CERNICCHIARO, Luiz Vicente: "Lei 9.296/96 - Interceptação telefônica", in Boletim *IBCCrim*, n° 47/03; PROMBO, Sérgio: "Sigilo das comunicações. Aspecto processual penal", in Boletim *IBCCrim*, n° 49/07; DE JESUS, Damásio E.: "Valor da prova obtida por escuta telefônica", in Boletim *IBCCrim*, n° 09-24 (JC).

sado. Todos seus requerimentos devem passar por estrito controle de legalidade. Essas decisões são recorríveis ou sujeitas a "habeas corpus".

1.3.5. NE BIS IN IDEM

O direito brasileiro impossibilita a dupla persecução pelo mesmo fato criminoso. Tal previsão não está expressamente prevista na Constituição Federal, mas pode ser dela extraída tanto de seu artigo 5, par. 1, como da Convenção Interamericana (Pacto de San José da Costa Rica), conforme observação supra. Para sanar eventuais desobediências a este postulado, basicamente dois podem ser os mecanismos empregados. O primeiro, de eficácia inegavelmente mais rápida, é o habeas corpus, enquanto meio de proteção das garantias individuais. O segundo, de índole endoprocessual é a exceção de coisa julgada ou de litispendência, de acordo com o caso, previstas ambas no Código de Processo Penal a partir do artigo 95.

1.3.6. DIREITO À INFORMAÇÃO QUANDO DA PRISÃO EM FLAGRANTE¹⁹

Uma das novas alterações da Constituição foi a introdução de norma prevendo que o preso em flagrante delito terá direito a ser informado acerca da identificação da autoridade que o deteve, o local em que se encontra detido bem como direito a avisar pessoa de sua escolha. Neste momento também lhe será informado se deseja a assistência de defensor técnico a sua escolha. A defesa pública, para os

¹⁹ Assim, as principais regras constitucionalmente previstas são as seguintes: (art. 5): *LXII*, a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada; *LXIII*, o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; *LXIV*, o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial; *LXV*, a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; *LXVI*, ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança; e ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

parentes, é exercitada pela Defensoria Pública (arts. 132 e 133 da Constituição), estruturada em cada Estado e em nível federal. Cerca de 98 % dos réus com pena em cumprimento são assistidos gratuitamente (censo penitenciário de 1.996). Caso o preso seja menor de vinte e um anos será nomeado um curador (que não é, necessariamente, um profissional da área jurídica) para zelar pela integridade do autuado menor.

No tocante ao direito à informação quando da prisão em flagrante é ainda de ser considerado que o preso deve receber, em até vinte e quatro horas depois de sua prisão, documento escrito emanado da autoridade que efetuou a prisão, onde constarão as razões pelas quais foi preso e a capitulação provisória do delito. Este enquadramento, no entanto, em nada vincula o titular da ação penal.

Ainda como decorrência do direito à informação neste momento da persecução penal, deve haver comunicação imediata ao juiz da ocorrência da mesma. A constituição não impõe um limite temporal para que esta informação seja transmitida da autoridade policial para a judicial. No entanto, por construção teórica e jurisprudencial admite-se que este prazo é de, no máximo, vinte e quatro horas, findo o qual sem que tenha havido a informação, acontecerá o 'relaxamento da prisão em flagrante'. O resultado prático do relaxamento é a soltura do preso, não se configurando, entretanto, causa de arquivamento do auto. Vale dizer, poderá ser instaurada ação penal mesmo no caso do flagrante ter sido 'relaxado'.

1.3.7. DIREITO À INFORMAÇÃO NO PROCESSO

Como decorrência direta do princípio do contraditório (Constituição Federal, art. 5, LV), o réu tem amplo direito à informação dos atos processuais, desde o início da ação penal e em todos seus ulteriores termos. Tal direito foi ainda mais exaltado pela legislação infra constitucional com o advento da Lei 9261-97, que impossibilita o prosseguimento da ação penal pública nos casos de réu revel, desde que presentes as seguintes condições: seja citado por edital, vez que não localizado; não compareça ao seu interrogatório e, ainda, não nomeie defensor. Este direito à informação também está ligado ao princípio da publicidade.

1.3.8. HABEAS CORPUS E MANDADO DE SEGURANÇA²⁰

Fora do campo recursal e da ação rescisória outros dois mecanismos jurídicos podem ser usados para impugnar decisões, o habeas corpus (HC) e o mandado de segurança (MS).

O primeiro protege a liberdade de locomoção contra lesão ou ameaça de lesão (diz-se, então, habeas corpus preventivo) injustificada a esse direito. Dada sua abrangência e o caos do modelo recursal brasileiro, o HC acaba sendo empregado em inúmeros momentos do processo penal, mesmo quando mecanismo apropriado exista. O HC é usado, por exemplo, para impedir o prosseguimento de investigações criminais quando não houver, manifestamente, fundamento para a atividade investigativa. Cabe, também, da decisão que determina a prisão cautelar do suspeito ou do réu e, em certas ocasiões, é usado até mesmo no lugar da revisão criminal. O único limite claro ao emprego do HC está na impossibilidade de utilizá-lo para realizar um exame aprofundado de prova, vez que ele não admite, em seu procedimento, dilação probatória.

Uma vez impetrado (por qualquer pessoa, inclusive pelo que está sofrendo a constrição da liberdade), o HC é julgado preferencialmente em relação a qualquer outro caso. Após sua impetração o Ministério Público opina sobre a causa e a autoridade que estaria constringendo a liberdade também se manifesta sobre seu ato. Após esse trâmite é proferida a decisão.

Já o mandado de segurança (MS) é cabível contra atos de abuso de autoridade que firam direito líquido e certo do impetrante, desde esse direito não seja amparado por HC. Sua aplicação no campo processual penal não é dos mais vastos, mas vem crescendo dado o desmantelamento do sistema recursal como já apontado.

²⁰ Sobre habeas corpus, a obra mais densa na doutrina brasileira ainda é a de PONTE DE MIRANDA, FRANCISCO: *Teoria e Prática do Habeas Corpus*, cuja primeira edição é de 1916, atualizada que foi até meados da década de cinquenta. (Livraria Forense, 1954). Podem ser vistos comentários também em GRINOVER, et alii: *Recursos e ações impugnativas no processo penal*, SP, RT, 1997. Para o mandado de segurança, em relação especificamente ao direito penal, poucas obras existem. Uma delas é a de MACHADO COGAN, Damiao: *Mandado de Segurança contra ato jurisdicional penal*, SP, Saraiva.

Tem rito sumário, praticamente idêntico ao do HC e não possibilita a dilação probatória até porque fundada a pretensão no alegado "direito líquido e certo" que, no direito brasileiro é definido como aquele direito que independe de provas para ser reconhecido, dada sua manifesta pertinência.

1.4. Juiz Natural e sua presença no processo penal

O sistema ordinário processual é escrito e burocrático. O subsistema do denominado Juizado Especial Criminal (apuração de delitos de menor potencial ofensivo) é oral e informal, marcado pelo julgamento em audiência. Em qualquer dos casos impera o rigoroso princípio do juiz natural contido na Constituição desdobrado na impossibilidade de tribunais de exceção (art. 5º, inc. XXXVII Constituição) e na competência de julgamento pré-fixada em lei (art. 5º, inc. LIII Constituição).

No direito brasileiro a regra geral de competência é a territorial, sucedendo-se os critérios em razão da matéria (v. g. crime de competência da Justiça Federal) e o hierárquico funcional (v.g julgamento de governadores, Presidente da República, magistrados, etc.), podendo ser modificados pelas causas de conexão ou continência (CPP, art. 78). As questões atinentes à competência são argüidas por meio da exceção de incompetência de juízo;

Ainda no plano processual penal é de ser considerado que não há distinção entre a figura do juiz que acompanha as investigações (p. ex. determinando a prisão preventiva do suspeito), verifica a admissibilidade da ação penal e venha a julgar esta mesma ação. Trata-se, evidentemente, de fator de complicação para a aplicação substancial da imparcialidade, na medida em que sua formação de convencimento já está comprometida com o desenrolar dos fatos desde antes do início da ação penal propriamente dita.

As regras de competência marcam o aspecto objetivo do princípio aludido. A imparcialidade subjetiva (outra face do juiz natural) é preservada pelas regras de suspeição e impedimento contidas no Código de Processo Penal. Assim, de acordo com o disposto no artigo 252 o juiz estará impedido no processo em que tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive,

como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito; ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha; tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão; ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito. Ainda, de acordo com o artigo 253, nos juízos coletivos, não poderão servir no mesmo processo os juizes que forem entre si parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive.

Também existem as regras de suspeição, estas previstas no artigo 254, sendo que a suspeição pode ser argüida 'ex officio' ou por qualquer das partes, nos casos em que o juiz for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles; se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia; se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes; se tiver aconselhado qualquer das partes;

V - se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes; se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo.

A suspeição, se não declarada 'ex officio', será argüida através de mecanismo denominado exceção de suspeição (artigo 95, I do CPP), sendo que, neste caso, a argüição de suspeição precederá a qualquer outra, salva quando fundada em motivo superveniente. O procedimento de tal exceção determina que (art. 98 e seguintes do CPP) quando qualquer das partes pretender recusar o juiz, deverá fazê-lo em petição assinada por ela própria ou por procurador com poderes especiais, aduzindo as suas razões acompanhadas de prova documental ou do rol de testemunhas. Se reconhecer a suspeição, o juiz sustará a marcha do processo, mandará juntar aos autos a petição do recusante com os documentos que a instruem, e por despacho se declarará suspeito, ordenando a remessa dos autos ao substituto. Não aceitando a suspeição, o juiz mandará autuar em apartado a petição, dará sua resposta dentro em 3 (três) dias, podendo instruí-la e oferecer testemunhas, e, em seguida, determinará sejam os

autos da exceção remetidos, dentro em 24 (vinte e quatro) horas, ao juiz ou tribunal a quem competir o julgamento. Reconhecida, preliminarmente, a relevância da argüição, o juiz ou tribunal, com citação das partes, marcará dia e hora para a inquirição das testemunhas, seguindo-se o julgamento, independentemente de mais alegações. Se a suspeição for de manifesta improcedência, o juiz ou relator a rejeitará liminarmente. Julgada procedente a suspeição, ficarão nulos os atos do processo principal, pagando o juiz as custas, no caso de erro inescusável, rejeitada, evidenciando-se a malícia do excipiente, a este será imposta a multa

De acordo com o art. 105, as partes poderão também argüir de suspeitos os peritos, os intérpretes e os serventuários ou funcionários de justiça, decidindo o juiz de plano e sem recurso, à vista da matéria alegada e prova imediata e estendem-se igualmente ao Ministério Público, sendo que os órgãos do Ministério público não funcionarão nos processos em que o juiz ou qualquer das partes for seu cônjuge, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive.

1.5. Organização da estrutura judiciária

A estrutura judiciária brasileira tem seus alicerces no texto constitucional que, nesse contexto, manteve as linhas básicas das Constituições precedentes dada a manutenção do modelo federativo.

Assim, no topo da pirâmide judiciária está o Supremo Tribunal Federal (STF), cuja desejada finalidade é a de ser uma exclusiva corte constitucional. No entanto, o STF ainda mantém resquícios de competência de matérias que escapam à ordem tipicamente constitucional (art. 102 da CF), embora a maior parte dos casos levados a julgamento digam respeito a esse tema. No campo penal ao STF cabe o julgamento do Presidente da República (102, I, "b" e "c") em crime comuns, além de habeas corpus envolvendo o maior mandatário e outras pessoas expressamente indicadas.

Abaixo do STF existem outros Tribunais Superiores que também têm competência criminal (Superior Tribunal de Justiça - STJ; Tribunal Superior Eleitoral - TSE; Superior Tribunal Militar - STM), também com determinação constitucio-

nal dessa competência. Como o Brasil é um Estado federado, há divisão das Justiças em "federal" e "comum" (esta ligada aos Estados-membros), sendo que aquela (federal) tem sua competência determinada pela Constituição (art. 107) e a justiça comum tem competência por exclusão. Assim, a Justiça Federal está dividida em três instâncias (podendo se tornar quatro, com a inclusão do STF se a matéria for de ordem constitucional), a saber: Justiça de 1º grau; Tribunal Regional Federal e Superior Tribunal de Justiça. Já a Justiça "comum" possui também três graus, com a possível elevação a quatro se a matéria for constitucional, donde se tem a Justiça de 1º grau, Tribunal de Justiça, Superior Tribunal de Justiça e STF. Como se vê, o Superior Tribunal de Justiça aparece numa posição ambivalente, o que é justificado pelo fato de ter nascido com a missão de absorver toda a matéria não constitucional anteriormente destinada ao Supremo Tribunal Federal.

No âmbito de cada Estado existe uma organização judiciária própria, estabelecida nas Leis de Organização Judiciária, quase todas carentes de boa técnica processual e de mutação constante. O mesmo é válido na esfera da Justiça Federal.

Quanto às prerrogativas de independência da magistratura, dispõe a Constituição que (Art. 95). Os juízes gozam das seguintes garantias: *I.* vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; *II.* inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII; *III.* irredutibilidade de subsídio, sendo-lhe vedado exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério, receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo e dedicar-se a atividade político-partidária.

2. O Processo Penal e sua adequação aos postulados anteriores

2.1. Evolução histórica do processo penal brasileiro. Planos constitucional e infra constitucional

O direito processual penal brasileiro marca sua autonomia em relação ao direito português a partir da Constituição do

Império (1.824) e o Código Criminal do Império (1.832), ambos documentos de matiz liberal para a época. Com efeito, o primeiro texto constitucional pátrio já apresenta uma significativa declaração de direitos incorporada, assim como uma disposição nítida da estrutura judiciária, com a adoção de princípios básicos da dignidade humana a serem refletidos na legislação infraconstitucional que se seguiria.

Projetoando os anseios constituintes, o Código de Processo Penal do Império viria a ser considerado como um documento moderno, inclusive com a adoção do Tribunal do Júri para julgamento dos crimes contra a vida. Numa perspectiva histórica pode-se afirmar que aquele documento legislativo é muito superior em técnica e em princípios que o atual Código.²¹ Com o advento da República (1.889) a legislação processual passou a ser de competência dos Estados (adoção do regime federativo) e nenhuma das legislações então em vigor repetiu o êxito do Código anterior, muito embora o primeiro texto constitucional (1.891) fosse pródigo em garantias do cidadão e em matéria de organização judiciária. O Brasil conheceu uma nova Constituição em 1.934, esta de cunho democrática e que logo foi superada pela de 1.937, parida em pleno regime autoritário de feições fascistas, estas que inspiraram a reunificação legislativa de 1.942.

Desde então o país possui um Código de Processo Penal único, desorganizado em sua estrutura e quase que propositalmente alheio aos avanços da ciência processual de sua época. Trata-se de legislação que mescla aparentemente o modelo inquisitivo com o acusatório, segundo é apresentada pelos doutrinadores pátrios quase que de forma unânime. No entanto, como se verá, é toda ela marcada pelo forte espírito inquisitivo, mesmo nos momentos em que aparenta ser acusatório. Após a Constituição de 1.937 o Brasil reviveu a democratização culminada na Constituição de 1.946 (considerada a mais bem acabada de toda a história constitucional pátria) conhecendo na seqüência, uma vez mais, a matriz ditatorial (agora sob o regime militar) em 1.967 e a adoção de uma Emenda Constitucional em 1.969 (1/69) considerada

²¹ PIERANGELI, H. José: *Processo Penal - evolução histórica e fontes legislativas*, Jalovi, SP, 1.986.

pela maioria dos constitucionalistas brasileiros como um outro texto constitucional dada sua extensão.

Ao lado dos textos principais acima mencionados há leis de organização judiciária, estas de mutação constante, de pouquíssima técnica em sua elaboração e que, a rigor, não são discutidas pela comunidade jurídica quando de sua elaboração. Por esse motivo podem ser politicamente mais maleáveis aos gostos do momento, acabando por prejudicar em aspectos práticos (v.g. organização de Tribunais, distribuição de varas por comarcas, etc) os fundamentos políticos adotados na Constituição.

2.2. Investigação criminal

Uma das conseqüências diretas do modelo acusatório pode ser sentida na fase investigativa. Uma delas é que esta nova visão acusatória destaca as funções e a participação do Ministério Público na fase preparatória, na medida em que o coloca como destinatário das investigações e controlador externo da atividade policial, impossibilitando a construção de uma estrutura próxima aos "juizados de instrução".

A preparação da ação penal é, historicamente, um tema de segunda categoria para o processo penal republicano, sobretudo após a unificação do código de processo penal.²³ Seu abandono intelectual é uma das causas da restrita visão que hoje se tem sobre o assunto. Ao longo dos cinquenta anos de vigência do texto instrumental em vigor, poucos e isolados temas dentro da investigação foram tratados, e não raras vezes as fronteiras entre a atuação da polícia judiciária, Ministério Público e Magistratura foi esquecida, com sobreposição de atuações.

Se este é o perfil constitucional do relacionamento entre Ministério Público e Polícia Judiciária, é de indagar-se qual é o papel dado pelo texto magno ao Juiz nesse momento. Dentro da matriz constitucional, a parcela de atuação reservada ao juiz ficará destinada à idéia de *garantismo* que permeia a atual concepção do processo penal. Com efeito, Grinover, em texto

²² Veja-se a este respeito o nosso *As garantias constitucionais na investigação criminal*, SP, RT, 1.995.

completar sobre o novo perfil instrumental penal aponta justamente as idéias de *garantismo* e *eficiência* como os pontos de apoio para a edificação de um processo penal democrático.²³

A visão garantidora coloca o magistrado na posição fundamental de salvaguarda dos direitos do investigado ainda na fase preparatória (onde justamente as garantias constitucionais aparecem com nitidez), dando-se tal proteção através da judicialização dos incidentes investigativos que necessitem de legítima violação de direitos constitucionalmente estabelecidos para apuração dos fatos.²⁴ Assim, no caso pátrio, exemplos desta nova participação do magistrado encontram-se na necessária ordem judicial para as buscas domiciliares nos crimes não permanentes,²⁵ além daquelas medidas cautelares de ordem patrimonial e,²⁶ quando legislação complementar houver, nas hipóteses de interceptação telefônica. O magistrado deve encontrar-se, portanto, distante daquilo que poderíamos chamar de "objeto" da investigação e, mais que isto, sua formação de convencimento não se deve deixar levar pelos informes colhidos ainda na fase da preparação da ação penal. E, muito embora desejável, a prática desmente a desvinculação, estimulando o lado oposto da moeda.

2.3. Procedimentos no Código de Processo Penal. Rito ordinário

O Código de Processo Penal possui um rito básico chamando de ordinário que rege a apuração dos crimes ape-

²³ PELLEGRINI, G. Ada: "Influência do Código de Processo Penal Modelo para Ibero-América na legislação latino-americana. Convergências e dissonâncias com os sistemas italiano e brasileiro", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, SP, RT, vol. 01, pp. 41 e ss.

²⁴ Esta a visão que largamente é aceita nos modelos recém reformados, como o italiano, onde o magistrado surge a fim de desempenhar o papel acima mencionado. Para uma visão global do tema, veja-se GREVI, V.: "Funzioni di garanzia e funzioni di controllo del giudice nel corso delle indagini preliminari", *Il Nuovo processo penale*, Giuffrè, Milão.

²⁵ Trata-se de inovação do texto constitucional através da qual impossibilitou-se a invasão domiciliar nas hipóteses mencionadas. A modificação não foi prontamente aceita nos meios policiais, onde se preconizava a perda da eficácia dos trabalhos de investigação. Certo é que a Constituição nada mais foi que coerente em relação aos princípios constitucionais que a inspirou e, cinco anos após sua edição, a aventada inoperância não chegou a se concretizar.

²⁶ Veja-se sobre a matéria da cautelaridade no processo penal, CAMPOS BARRIOS, Romeu Pires: *Processo Penal Cautelar*, Forense, RJ, 1.981.

nados com pena de reclusão, independentemente do quantum da pena prevista em lei. Trata-se de rito marcado pela dispersão dos atos processuais e pelo princípio da escrita, que torna forçosamente longo e burocratizado.

No processo penal brasileiro, como regra geral, dada a Lei 9261/96 não existe mais o julgamento à revelia. Não sendo o réu localizado, será citado por edital. Caso não compareça e não nomeie defensor, será o procedimento suspenso suspendendo-se igualmente o prazo prescricional. Poderão, nesse caso, ser produzidas provas em sede cautelar e mesmo se presentes os requisitos do artigo 312 do CPP, ser decretada a prisão preventiva do acusado.²⁷

Após o recebimento da denúncia (peça inaugural ofertada pelo Ministério Público ao juiz) é designada data para o interrogatório do acusado, ao qual se segue a oportunidade do oferecimento de uma primeira peça defensiva denominada "defesa prévia" (artigo 325 do Código de Processo Penal), cujo valor prático reside apenas em ser a oportunidade do oferecimento do rol de testemunhas que oportunamente serão ouvidas. A fase seguinte corresponde à oitiva das testemunhas, inicialmente as de acusação e, depois, as de defesa, em audiência. Encerrada esta etapa existe outra que corresponde aos últimos requerimentos (artigo 499 do Código de Processo Penal) e, por fim, as alegações finais do MP e da defesa (artigo 500 do mesmo Código), seguindo-se a sentença, que é recorrível por apelação (artigo 564).

2.4. Segue: Rito sumário (do CPP)

Ao lado do rito ordinário existe o sumário, cabível para apuração dos crimes apenas com detenção e prisão simples, marcado pela concentração dos atos processuais e pela oralidade. Nesse rito, após o recebimento da denúncia existe o interrogatório do acusado e, na seqüência, a audiência de instrução, debates e julgamento, com previsão legal de prolação de sentença em audiência. Deve-se acautelar o intérprete para não confundir este rito sumário com aquele

²⁷ A esse respeito GOMES FILHO, Antonio Magalhães: "Medidas cautelares da Lei 9.271/96: produção antecipada de provas e prisão preventiva", Encarte especial in *Boletim IBCCrim*, n° 42/05.

estabelecido na Lei 9099-95, que têm em comum apenas a oralidade. Com efeito, naquele rito existe antes do recebimento da denúncia um contraditório prévio para verificar a admissibilidade. Uma vez aceita a inicial acusatória, são produzidas provas e ao fim da relação será ouvido o acusado (trata-se de inversão única no direito brasileiro). Após, será prolatada sentença. Prevê-se igualmente a concentração e oralidade dos atos processuais

Procedimentos especiais. Tribunal do Júri²⁸

Há vários procedimentos especiais no processo penal brasileiro. Alguns exemplos são: lei de entorpecentes, lei de imprensa, lei de falências, crime de abuso de autoridade, ação penal privada por crime contra a honra e outros. De todos, o mais complexo é o que diz respeito ao julgamento pelo Tribunal do Júri, cujo reconhecimento está no artigo 5 da Constituição Federal, com as seguintes regras: XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. (no direito brasileiro, homicídio, infanticídio, aborto, auxílio-indizimento ou instigação ao suicídio).²⁹

O Tribunal do Júri (TJ) apresenta um rito de duas fases distintas. Na primeira, que possui basicamente a estrutura do rito ordinário, o procedimento se desenrola na presença do juiz singular (ainda não há jurados), e termina numa decisão cujo conteúdo será simplesmente de pronunciar se o caso é ou não de julgamento pelo Tribunal do Júri. Neste

²⁸ A obra mais densa na doutrina brasileira acerca do assunto é a de FREDERICO MARQUES, José: *Do tribunal do Júri*, SP, Saraiva, 1.959, dentre as contemporâneas destacam-se: SILVA FRANCO, et alii: *Júri*, SP, RT, 1997, e HERMÍNIO PORTO, A.: *Júri*, SP, Malheiros, 1995. Há proposta de reformulação do tribunal do Júri no Brasil. A respeito, vejam-se, entre outros, os seguintes textos. SILVA FRANCO, Alberto: A proposta de novo questionário no Tribunal do Júri, in *Boletim IBCCrim*, n° 24/03; e Arlosvaldo de Campos Pires: "A Reforma do Júri", in *Boletim IBCCrim*, n° 37/06.

²⁹ Assim, todos os crimes agravados pelo evento morte (v.g. roubo com morte da vítima e estupro com morte da vítima) são de competência do juiz singular togado, vez que, tecnicamente, não estão compreendidos no tópico 'crimes contra a vida' do Código Penal Brasileiro

contexto quatro podem ser as saídas: a) estão presentes os indícios e o caso será submetido a julgamento pelo júri (decisão de pronúncia); b) não estão presentes indícios de autoria (decisão de impronúncia). Nesta situação o processo sofre um arquivamento provisório, podendo ser reaberto se indícios de autoria forem encontrados contra aquele réu; c) há provas incontestes da ocorrência de legítima defesa ou outra causa de justificacao. O réu é absolvido (absolvição sumária) pelo próprio juiz togado; d) o crime não se configura como doloso contra a vida. Ocorre a desclassificação (desclassificação imprópria). Nesse caso o próprio juiz togado prolatará sentença. Todas essas decisoes são recorribéis através do Recurso em Sentido Estrito (artigo 581 do CPP).

Deve ser ainda mencionado que nos crimes inafiançáveis (v.g. homicídio) não se realizará a sessão de julgamento plenária sem a presença do acusado. Neste caso, após a decisão de pronúncia, não sendo ele encontrado para ser pessoalmente intimado, o processo será suspenso (não se suspende a prescricao) até que se seja localizado.

Terá, com a decisão de pronúncia, início a segunda etapa do procedimento, desenvolvida ao final em audiência, com jurados (sete) sorteados na data da sessão de julgamento³⁰ onde haverá oitiva de testemunhas e debates entre Ministério Público e defesa, findo os quais os jurados serão recolhidos a uma sala denominada de "secreta" na medida em que estranhos a ela não tem acesso e lá respondem a um tipo de questionário para verificação da decisão. Este é um dos pontos mais delicados do julgamento pelos jurados. Diferentemente de outros países onde se formula uma simples questão (culpado ou inocente), os jurados brasileiros são submetidos a um complexo de perguntas sobre as teses do MP e da defesa, respondendo a

³⁰ A escolha dos jurados no direito brasileiro é extremamente burocrática. Ao final de cada ano é realizada uma lista de até quinhentos nomes que fica a disposição do Poder Judiciário, escolhidos entre pessoas maiores de dezoito anos, alfabetizadas e sem antecedentes criminais. Para cada julgamento específico são determinadas (ao acaso) vinte e uma pessoas e, na sessão de julgamento, devem comparecer no mínimo quinze, dos quais são sorteados sete. As partes podem rejeitar, sem justificativa, até três jurados. Para os jurados existe uma série de impedimentos e incompatibilidades, que devem fazer com que sejam obrigatoriamente recusados (v.g., relação de parentesco).

o "sim" ou "não". Teses defensivas como a legítima defesa interpretam um questionário com dez ou doze perguntas, o que torna extremamente árdua a função de julgar para o leigo. O resultado alcançado o será por maioria de votos e está amparado pela soberania do julgamento e sigilo da votação.

3. Recursos e coisa julgada - meios de impugnação das decisões

Antes da análise da legislação de forma pontual, é necessário frisar algumas características do direito brasileiro dentro da chamada "teoria geral" dos recursos.

Inicialmente é preciso apontar que o direito brasileiro é regido pela unitariedade dos recursos, isto é, para cada tipo de decisão apenas um recurso é cabível e entre eles não há fungibilidade, isto é, não se pode, como regra, aceitar o recurso errado no lugar do correto.

Outro ponto de bastante discussão no direito brasileiro atual é a compatibilidade da atividade recursal com a liberdade do acusado no caso de sentença condenatória, em virtude de artigo (594) contido no Código de Processo Penal e que determinava o acusado condenado não poderia recorrer em liberdade. Tal não mais se dá em virtude da Constituição, com a adoção do princípio da presunção de inocência e da Convenção Interamericana dos Direitos do Homem (vide supra, fontes legislativas).

Por fim, dado interessante a ser levado em conta é que o próprio Ministério Público pode recorrer a favor do acusado (como pode pedir sua absolvição - vide supra, item ação penal) e poderá também ajuizar ação rescisória em favor do réu já condenado (vide parágrafos infra).

O modelo recursal brasileiro é dos mais caóticos pela inexistência de um critério claro de distinção dos atos decisórios e, desta forma, torna-se praticamente impossível sistematizar a variada gama de recursos existente no processo penal.

Sem embargo da dificuldade atrás apontada, as sentenças terminativas são recorribéis por meio do recurso de apelação, cujo prazo para interposição é de cinco dias, com mais oito para apresentação das razões fundamentadoras do recurso. Este é o recurso cabível por exemplo, das decisões de condenação e absolvição.

De forma geral a apelação não tem restrição material; a exceção das apelações de sentença do Tribunal do Júri. Com efeito, como visto no tópico anterior, as decisões dos jurados são soberanas, mas podem ser revistas quando forem frontalmente contrárias às provas dos autos. Apelando-se da sentença e sendo reconhecida a condição acima apontada, anula-se o ato decisório, determinando-se a realização de novo julgamento perante o TJ. Essa nova decisão será, então, definitiva.

Ao lado do desse recurso existe o denominado "recurso em sentido estrito", previsto no art. 581 do Código de Processo Penal, que, em tese, caberia das chamadas decisões interlocutórias, como a que denega um pedido de prisão cautelar. Cabe também das decisões que rejeitam a petição inicial penal (queixa-crime, no caso de ação penal privada ou a denúncia, na ação penal pública) e de algumas decisões proferidas no rito especial do Tribunal do Júri.

Há recursos menos utilizados como a carta testemunhável; cabível contra o não recebimento de outro recurso e a correção parcial, cuja natureza de recurso e a própria constitucionalidade vem sendo discutidas após a Constituição de 1.988. Em tese seria aplicável no caso do Juiz inverter a ordem processual, causando a chamada "inversão tumultuária" do feito.

Para o rito especial do Tribunal do Júri existe um recurso específico, denominado "protesto por novo júri", cuja aplicação se dá quando a pena pelo crime doloso contra a vida é superior a vinte anos. Fundado exclusivamente nesse dado objetivo, o "protesto", antes de ser um recurso genuíno é um pedido de clemência calcado na quantidade da pena imposta. É modalidade recursal das mais combatidas na atualidade.

Na lei das execuções penais existe um recurso específico, denominado "agravo" (art. 197), cabível contra as decisões tomadas ao longo do processo executivo ao deferir (ou indeferir) a progressão de regime, concessão de benefícios e outras questões específicas do regime de execução da pena.

Ao lado dos recursos acima, previstos na legislação ordinária — e por isso chamados de "ordinários" — existem os recursos de previsão constitucional, que são dois: recurso extraordinário e recurso especial. O primeiro é endereçado ao Supremo Tribunal Federal (STF) e o segundo ao Superior Tribunal de Justiça (STJ).

O recurso especial ataca as sentenças cujo conteúdo ofender a lei federal (há outras hipóteses, mas para o campo penal essa é de maior incidência), enquanto o recurso extraordinário ataca as decisões que tenham ofendido a Constituição Federal, realçando assim a característica do STF como corte constitucional (vide supra). Tem requisitos objetivos bastante diversos dos demais recursos e são regidos por lei própria.

Para atacar a coisa julgada penal não existe um recurso, mas sim uma ação desconstitutiva do trânsito em julgado que é a "revisão criminal" (art. 621 do Código de Processo Penal). Justamente porque se trata de meio de desestabilizar a imutabilidade da sentença (é cabível apenas de certas sentenças de mérito), tem requisitos específicos e hipóteses restritas de ajuizamento, como a descoberta de novas provas.

Como características fundamentais possui a de ser cabível apenas "pro reo", jamais "pro societate" e não estar sujeita a qualquer prazo para propositura podendo, inclusive, ser ajuizada após a morte do próprio sentenciado, por seus familiares, com o objetivo de resgatar seu "status dignitatis".

2.7. Soluções alternativas ao sistema penal: o subsistema processual da Lei 9099/95³¹

Fora de todo contexto acima mencionado existe o modelo da justiça consensual, criada com a Constituição em seu art. 98, marcada pela possibilidade da transação penal, oralidade, informalidade e concentração dos atos processuais, tudo isto aplicado aos crimes de menor potencial ofensivo.

Após muita polêmica sobre o que seria infração de menor potencial ofensivo, a Lei 9099/95 a definiu como aquele que tem pena igual ou inferior a um ano e cuja apuração não se realizasse através de rito especial. Mesclou-se na conceituação um critério de direito material (pena) e um processual (procedimento).

Na Lei 9099/95, para apuração dos delitos acima mencionados, são as seguintes as etapas procedimentais:

³¹ Para uma leitura de defesa dessa e subsistema, GRINOVER, et alii: *Juizado Especial Criminal*, SP, RT, 1996; GOMES, Luiz Flávio: *Suspensão condicional do processo*, SP, RT, 1996. Para um visão crítica: TUCCI, Rogério Lauria, et alii: *Juizados Especiais Criminais*, SP; Malheiros, 1.997.

- a) Lavratura, na unidade policial (delegacia de polícia) de um termo circunstanciado de ocorrência (TCO) onde constará um resumo dos fatos e depoimentos sumários dos envolvidos, com o encaminhamento imediato, se possível, (na prática não é) de todos os envolvidos para o Fórum;
- b) Realização de audiência única, desdobradas nas fases seguintes:
- tentativa de conciliação civil entre as partes, nos casos onde a reparação do dano material seja possível. A realização de acordo nesses casos (v.g. reparação dos gastos havidos no tratamento de lesão corporal culposa por acidente de trânsito) impede o prosseguimento do feito na esfera penal. Assim, nessas hipóteses, o acordo civil é óbice para o exercício da persecução penal;
 - realização de proposta de transação penal (se não for caso de arquivamento) a partir do Ministério Público para suposto autor do fato, desde que este não tenha se beneficiado de proposta em outro caso nos últimos cinco anos. A aceitação, a teor do que dispõe a lei, não implica em juízo de culpabilidade, apenas se traduz num "nemo contendere". É um dos pontos mais criticados da lei, vez que a proposta implica na aplicação de uma pena sem processo e sem a verificação da culpabilidade do agente. Cria-se uma situação paradoxal, na medida em que não se declarando "culpado" o autor do fato (a lei evita propositalmente chamá-lo de acusado) sofre a imposição de uma sanção, esta nunca de natureza corpórea, mas sempre de caráter patrimonial (multa)
 - Não é feita ou não é aceita a proposta. Nesse caso pode-se iniciar o processo com oferecimento da denúncia. O rito a ser seguido será sumário, marcado pela oralidade e concentração dos atos processuais, e prolação de sentença em audiência.

A lei 9099-95 ainda contempla, em seu artigo 89, mais uma forma de solução anômala do processo penal, que é a possibilidade da suspensão condicional da relação processual. Como efeito, mencionado dispositivo legal disciplina que nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do

processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (artigo 77 do Código Penal).

Outrossim, aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições: a) reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; b) proibição de freqüentar determinados lugares; c) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; d) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades, sendo que o juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado. Se, porventura o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.

A lei ainda disciplina que a suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano ou se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta. Findo o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade, sendo que não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.

2.8. Alguns aspectos da justiça militar

Não há, no direito brasileiro, julgamento penal por autoridade não judicial. Mesmo os Tribunais Militares são colegiados, com a presença de militares e juizes togados,³² com competência prevista no Código Penal Militar, basicamente em seu artigo 9. As turmas colegiada são compostas de cinco membros, divididos entre oficiais das armas e juizes togados. Important alteração na competência da Justiça Militar deu-se com a retirada dos crimes dolosos contra a vida praticados por

³² A Justiça Militar no Brasil sempre apresenta contornos de polêmica na doutrina. Para uma breve visão, NEVES, Antonio Augusto: "Em defesa da Justiça Militar", in Boletim *IBCCrim*, nº 07/01; FADIGAS CÉSAR, Paulo Roberto: "Justiça Militar e tribunal de exceção", Boletim *IBCCrim*, nº 11/02; GENOFRE, Roberto Maurício: "Justiça Militar só deve julgar crimes militares", in Boletim *IBCCrim*, nº 05/01.

militares contra civis que, agora, passam a ter julgamento como os demais crimes desta natureza, ou seja, pelo Tribunal do Júri.

2.9. Breve notícia sobre a execução penal

Qualquer que seja a espécie de pena (restritiva de liberdade, de direitos ou pecuniária), a execução penal é sempre jurisdicional,³³ com adoção dos princípios acusatórios (participação da defesa e do Ministério Público). A pena restritiva de liberdade é cumprida de forma progressiva, do regime mais gravoso (regime fechado) para o mais brando (regime aberto), de acordo com critérios objetivos (tempo decorrido do cumprimento da pena) e subjetivos (merecimento do condenado e sua capacidade de reinserção na sociedade). Há livramento condicional e suspensão condicional da pena amparados nesses critérios e as penas alternativas (ou substitutivas) também são previstas no Código Penal.

A Constituição proíbe penas perpétuas ou de caráter inumano (art. 5º, inc. XLVII Constituição), dispondo inúmeros direitos do preso, que acabam por ser detalhados na Lei das Execuções Penais, onde se prevêem, ainda, os deveres do condenado, disciplinando a fase executiva da seguinte forma: XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: *a)* privação ou restrição da liberdade; *b)* perda de bens; *c)* multa; *d)* prestação social alternativa; *e)* suspensão ou interdição de direitos;

O direito brasileiro ainda determina que não haverá penas *a)* de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; *b)* de caráter perpétuo; *c)* de trabalhos forçados; *d)* de banimento; *e)* cruéis, e que ela será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado, sendo assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral e às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação. Por fim, existe a previsão da pessoalidade do cumprimento da pena

³³ Consulte-se os seguintes textos: DE OLIVEIR, Médiçi Sérgio: "Processo de execução penal", Revista *IBCCrim*, Nº 02; SCARANÇE FERNANDES, Antonio Reflexos, relevantes de um processo de execução penal jurisdicionalizado Nº 03; CINTRA JÚNIOR, Dirceu Aguiar: "A jurisdicionalização do processo de execução penal - O contraditório e a ampla defesa", Nº 09.

(continua) pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido), bem como a previsão ao direito à indenização (o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença)

2.10. A prisão preventiva e sua função no processo penal³⁴

Como já apontando em termos anteriores, a liberdade é a regra geral constitucionalmente prevista, sendo a prisão decorrente apenas de hipóteses de flagrante e ordem escrita da autoridade judicial competente.³⁵ A prisão cautelar é gênero das quais são espécies as seguintes modalidades: prisão temporária (semelhante à *gard-à-vue* do direito francês), prisão preventiva (comentada a seguir) e a prisão em virtude de pronúncia (vide comentário na alínea 'e' acerca do Tribunal do Júri). Dada sua maior incidência prática, comenta-se a seguir a prisão preventiva.

O Código de Processo Penal disciplina três casos que autorizam a prisão preventiva: para garantir a ordem pública;³⁶ para garantir a instrução criminal e a futura aplicação da lei penal. Destas três, parte da doutrina considera o fundamento 'ordem pública' como inconstitucional, vez que estaria contrariando o princípio da presunção de inocência. Seria, neste contexto, uma espécie de pena antecipada, quebrando a natureza cautelar da prisão.³⁷ Sem embargo de tal postura doutrinária, a prática de primeiro grau e muitos julgados em grau de apelação ainda continuam a empregar o fundamento.

³⁴ Para uma visão acerca do temas que serão tratados a seguir, veja-se: NOGUEIS MOYANO, Helios: "Excesso de prazo na ulatimação do feito, atribuível à defesa", in Boletim *IBCCrim*, nº 13/40 (JC); SCARANÇE FERNANDES, Antonio: "Novo máximo de prisão cautelar: 180 dias", in Boletim *IBCCrim*, nº 32/03; FRANCO, Antonio Carlos: "A prisão preventiva não é para a elite", in Boletim *IBCCrim*, nº 12/36; Adauto Suannes: "Prisão preventiva obrigatória (como faltar a Constituição)", Boletim *IBCCrim*, nº 06/01.

³⁵ TOURINHO FILHO, Fernando: "Da prisão e da liberdade provisória", Revista *IBCCrim*, Nº 06.

³⁶ CHOUKR: "A 'ordem pública' como fundamento da prisão cautelar-Uma visão Jurisprudencial", Revista Nº 04.

³⁷ MAGALHAES: op cit.

Há uma grande discussão acerca da Lei 8072-90 (posteriormente acrescida em 1994 e 1998 para incluir mais crimes em seu rol) que disciplinou o artigo 5 da Constituição (XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem) no que tange aos crimes hediondos. O problema surge porque a regulamentação infraconstitucional foi além do permitido no texto maior, impondo a impossibilidade de concessão de liberdade provisória e criando entendimentos doutrinários (e aceitos jurisprudencialmente) no sentido de, nesses casos, ser a prisão preventiva uma imposição (e a liberdade, uma exceção). Parte da doutrina rechacou tais entendimentos.³⁸ Entretanto, a prática ainda aponta para uma certa 'obrigatoriedade' nessas situações³⁹

Não há prazo previsto no Código para a duração da prisão preventiva ao longo da ação penal propriamente dita.⁴⁰ No entanto, por entendimento doutrinário e jurisprudencial, para o rito ordinário, tal prazo é de oitenta e um dias (cálculo efetuado a partir da somatória de todos os prazos possíveis na hipótese de réu preso) e, em algumas leis especiais (v.g. tóxicos: tal prazo é de 36 dias). Quando, no entanto, se tratar de crime hediondo (v.g., homicídio), há possibilidade de dobrar-se o tempo da prisão preventiva. Vale lembrar também que na legislação de combate ao crime organizado (junho de 1995)⁴¹ o prazo inicialmente previsto para a prisão preventiva era de 180 dias, tendo sido posteriormente reduzido para 120. Tal prazo pode ser superado apenas se faltarem diligências defensivas a serem efetuadas. Caso contrário, sua superação constitui 'constrangimento ilegal', sanável por

³⁸ SILVA, Franco: *Crimes Hediondos*, São Paulo, Saraiva, 1.990.

³⁹ São exemplos de 'crimes hediondos': homicídio qualificado, estupro, atentado violento ao pudor, roubo com resultado morte e o tráfico de entorpecentes (assemelhado aos hediondos)

⁴⁰ No inquérito, havendo suspeito preso, o prazo de conclusão é de dez dias, tendo o Ministério Público cinco dias para oferecer a denúncia. A superação (fora dos casos de força maior) constitui constrangimento ilegal, sanável por habeas corpus. A dizer: a investigação poderá até continuar, mas com o suspeito solto.

⁴¹ GRINOVER: "A legislação brasileira em face do crime organizado", Revista *IBCCrim*, Nº 20.

'habeas corpus'. O resultado prático é a continuidade do processo, mas com a soltura do acusado.

Há poucos estudos empíricos sobre a relação entre a prisão preventiva e o resultado final do processo no direito brasileiro. Pode-se afirmar, no entanto, que nos grandes centros urbanos, os presos provisórios aguardam julgamento em celas das delegacias de polícia o que é ilegal. Tal situação transforma as unidades policiais em pequenos presídios, desnaturando as funções de polícia investigativa, vez que os policiais passam a fazer trabalho de carceragem. (vide item 4, *infra*)

3. A reforma vigente ou projetada^{42 y 43}

3.1. Problemas e deficiências do ordenamento vigente

No caso pátrio o descompasso entre o sistema constitucional e o Código é tão grande que não é mais possível a convivência de ambos, dificultando amplamente a atuação prática do processo penal. O sistema de colheita da prova é um exemplo, além de poderes persecutórios dados aos juízes de forma indireta, com a quebra da acusatoriedade. A verdade processual cede sempre lugar ao autoritário argumento da verdade material, em busca da qual muitas regras de imparcialidade são quebradas. O sistema recursal vigente também é caótico, merecendo completa reestruturação ante o grande número de recursos existente. Há falta de racionalidade nesse ponto. O procedimento ordinário é extremamente burocrático, com fases que poderiam ser suprimidas sem prejuízo da construção da verdade processual (v.g. últimos requerimentos, art. 499 do CPP). Ponto positivo é que a prisão cautelar é rigorosa quanto sua delimitação temporal, menos por virtudes do Código e mais por construção jurisprudencial e doutrinária. Por fim, o processo de execução, muitíssimo bem estruturado no plano legal, na prática encontra-se em estado falimentar pela falta de estrutura e recursos para cumprimento dos dispositivos da Lei de Execução Penal.

⁴² Para fins de perfeita adequação do presente texto ao formato de relatório solicitado, é de ser esclarecido, pelos motivos expostos acima, que ficam prejudicados os itens 3.3 a 3.7

⁴³ GRINOVER: "A reforma do Código de Processo Penal", Revista *IBCCrim*, Nº 10.

3.2. Projetos atuais e seus estados

O direito brasileiro optou, até o momento, por reformas parciais do processo penal, tentando resolver ponto a ponto os graves problemas decorrentes do descompasso entre o Código de Processo Penal e a Constituição, como já vista, de caráter acusatório. Nesse contexto, há inúmeros projetos em tramitação, alguns tendo se tornado lei há pouco tempo (v.g. interceptações telefônicas, combate ao crime organizado, lavagem de dinheiro, Juizados Especiais Criminais e a suspensão do processo em face da revelia, entre as mais importantes) e outros ainda em trânsito no Congresso (v.g. nova regulamentação do Tribunal do Júri e da investigação policial). Uma comissão foi criada pelo atual Ministro da Justiça para esboçar um projeto global, não tendo até o momento apresentado qualquer conclusão, até porque recentemente instituída (final de 1.997)

3.3. Correlação dos projetos com os princípios do Estado de Direito

Há profundos problemas de sistematização entre esses princípios e as leis pontuais fruto desse processo de reforma. Basicamente todos os projetos que se tornaram lei vêm sendo criticados por parte dos operadores do direito ante a alegados vícios de inconstitucionalidade. A lei 9099/95 é criticada, por exemplo, pela forma como disciplinou a transação penal prevista na Constituição, assim como a lei de interceptações telefônicas é acusada de ter extrapolado os limites constitucionais. Por outro lado, na lei 9271/96, que criou a suspensão do processo em virtude da revelia, parte da doutrina e jurisprudência detectou a ocorrência de casos de imprescritibilidade fora das hipóteses constitucionalmente previstas (para os crimes de racismo e atentatórios ao Estado Democrático æ art. 5º, incs. XLII e XLIV).

4. Breves observações empírico-jurídicas

4.1. Prisa preventiva

Não há fontes estatísticas seguras quanto ao relacionamento entre as prisões cautelares efetuadas e o resultado definitivo da persecução penal, ficando de forma prática impossibilitada a verificação do número de condenações/absoluções em proporção às prisões preventivas, temporárias ou em virtude de pronúncia

determinadas. Quanto à situação presidiária, são citados a seguir dados estatísticos absolutos em relação à população carcerária. Fonte: População dos Estados/IBGE PNAD 1995. Número de Presos/Secretarias Estaduais de Justiça e Segurança. Número de presos por Estado e por 100.000 habitantes

Nomes dos Estados	População do Estado	Presos Numero	% Presos	Presos por 100.000 hab.
Acre	455.200	389	0,24	84,80
Alagoas	2.685.400	475	0,32	17,50
Amapá	326.200	297	0,20	91,05
Amapazonas	2.327.200	601	0,40	25,90
Bahia	12.646.000	2.617	1,76	20,69
Ceará	6.714.200	3.456	2,32	51,40
Distrito Federal	1.737.800	2.291	1,54	131,83
Espirito Santo	2.780.700	1.770	1,19	63,52
Goiás	4.308.400	2.628	1,77	61,00
Maranhão	5.231.300	2.405	1,62	45,97
Mato Grosso	2.313.600	1.808	1,22	78,15
Mato G. do Sul	1.912.800	3.130	2,11	164,10
Minas Gerais	16.505.300	12.515	8,41	75,80
Pará	5.448.600	2.026	1,36	37,18
Paraíba	3.340.000	5.036	3,34	150,78
Paraná	8.712.800	8.160	5,49	93,66
Pernambuco	7.445.200	4.701	3,16	63,14
Piauí	2.725.000	551	0,37	20,22
Rio de Janeiro	13.290.400	10.408	11,07	123,45
Rio G. do Norte	2.582.300	795	0,53	30,70
Rio G. do Sul	9.578.600	10.914	7,34	113,94
Roraima	1.339.500	1.847	1,24	137,89
Roraima	262.200	123	0,08	46,91
Santa Catarina	4.538.800	3.521	2,37	72,80
São Paulo	33.699.800	58.778	39,51	174,42
Sergipe	1.605.300	1.101	0,74	68,59
Tocantins	1.007.000	349	0,23	34,66
Total	159.822.200	148.766	100,00	95,47

4.2. Organização judicial

As fontes a este respeito existem, mas são por demais esparsas. Um dos poucos trabalhos de compilação e sistematização desse material é feita pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), cujo resultado segue abaixo, no que tange à faixa etária e sexo dos magistrados brasileiros. O trabalho foi publicado em 1988.

Perfil da População Pesquisada - Idade Atual Juizes de Primeiro Grau em Atividade

Faixa Etária	Ramos da Magistratura				Total
	Justiça Comum	Justiça Federal	Justiça do Trabalho	Justiça Militar	
Até 30 anos	236 - 11,6 %	35 - 26,1 %	81 - 15,1 %	—	352 - 12,9 %
31 a 40 anos	775 - 38,0 %	46 - 34,3 %	228 - 42,4 %	3 - 18,8 %	1052 - 38,0 %
41 a 50 anos	678 - 33,2 %	31 - 23,1 %	171 - 31,8 %	9 - 56,3 %	889 - 32,0 %
51 a 60 anos	298 - 14,6 %	20 - 14,9 %	50 - 9,3 %	3 - 18,8 %	371 - 13,0 %
61 anos ou +	53 - 2,6 %	2 - 1,5 %	8 - 1,5 %	1 - 6,3 %	64 - 2,3 %

Juizes de Segundo Grau em Atividade

Faixa Etária	Ramos da Magistratura				Total
	Justiça Comum	Justiça Federal	Justiça do Trabalho	Justiça Militar	
31 a 40 anos	7 - 2,6 %	—	5 - 6,5 %	—	12 - 3,1 %
41 a 50 anos	62 - 23,0 %	5 - 35,7 %	19 - 24,7 %	1 - 20,0 %	87 - 23,9 %
51 a 60 anos	124 - 46,1 %	7 - 50,0 %	33 - 42,9 %	3 - 60,0 %	167 - 45,9 %
61 anos ou +	76 - 28,3 %	2 - 14,3 %	20 - 26,0 %	1 - 20,0 %	99 - 27,1 %

Perfil da População Pesquisada - Gênero Juizes de Primeiro Grau em Atividade

Gênero	Ramos da Magistratura				Total
	Justiça Comum	Justiça Federal	Justiça do Trabalho	Justiça Militar	
Masculino	1686 - 82,4 %	115 - 85,2 %	356 - 66,2 %	14 - 87,5 %	2171 - 79,3 %
Feminino	361 - 17,6 %	20 - 14,8 %	182 - 33,8 %	2 - 12,5 %	565 - 20,7 %

Juizes de Segundo Grau em Atividade

Gênero	Ramos da Magistratura				Total
	Justiça Comum	Justiça Federal	Justiça do Trabalho	Justiça Militar	
Masculino	257 - 95,9 %	11 - 78,6 %	58 - 75,3 %	4 - 80,0 %	330 - 90,7 %
Feminino	11 - 4,1 %	3 - 21,4 %	19 - 24,7 %	1 - 20,0 %	34 - 9,3 %

5. Bibliografia

- MOURA, Assis; ROCHA, Maria Thereza, e BASTOS, Valentim: Cleunice "Defesa penal: Direito ou garantia", *Revista IBCcrim*, Nº 04/ 1993 - out/dez.
- , E MORAES, Maurício Zanoide: "Direito ao silêncio no interrogatório", *Revista IBCCrim*, Nº 06/1994 - abril/junho.
- BARANCHUK, Márcio Gaspar: "A prova ilícita no Processo Penal - Breves comentários", *Revista IBCcrim*, Nº 02/ 1993 - abril-junho.
- CAMPOS BARROS, Romeu Pires: *Processo Penal Cautelar*, Forense, RJ, 1.981
- CAMPOS PIRES, Ariosvaldo de: "A Reforma do Júri", in *Boletim IBCCrim*, nº 37/06, 1996-janeiro.
- CERRETOCHIARO, Luiz Vicente: "Lei 9.296/96 - Interceptação telefônica", in *Boletim IBCCrim*, nº 47/03, 1996-outubro.
- CENTRA JÚNIOR, Dirceu Aguiar: "A jurisdicionalização do processo de execução penal - O contraditório e a ampla defesa", *Revista IBCcrim*, Nº 09/1995 - janeiro/março.
- CHOUER, Fauzi Hassan: *As garantias constitucionais na investigação criminal*, SP, RT, 1.995.
- "A 'ordem pública' como fundamento da prisão cautelar - Uma visão Jurisprudencial", *Revista IBCcrim*, Nº 04/ 1993 - outubro/dezembro
- "Ordem constitucional e o processo penal", *Revista IBCcrim*, Nº 08/1994 - outubro/dezembro.
- COELHO, Inocêncio Mártires: "O Controle Externo da Atividade Policial pelo Ministério Público", in *Justitia*, 154, pp. 26 e ss.
- CRETELLA JR., José: *Manual de Direito Administrativo*, SP, Forense, 3ª ed., 1.984.
- DE JESUS, Damásio E.: "Valor da prova obtida por escuta telefônica", in *Boletim IBCCrim*, nº 09.24/outubro-1993
- DELMANTO, Roberto, e DELMANTO JR., Roberto: "A permissão constitucional e a nova lei da interceptação telefônica", in *Boletim IBCCrim*, nº 47/02 - outubro/1996.
- ESTEVAM DA SILVA, João: "Polícia, Corregedoria da Polícia Judiciária e o Controle Externo da Atividade Policial como uma das Funções Institucionais do Ministério Público", in *Justitia* (1991)154, pp. 41 e segs.
- EVARISTO DE MORAES FILHO, Antonio: "O Ministério Público e o inquérito policial", *Revista IBCcrim*, Nº 19/1997 - julho-setembro.

- FADIGAS CÉSAR, Paulo Roberto: "Justiça Militar e tribunal de exceção", Boletim *IBCCrim*, nº 11/02 (1993 - dezembro).
- FRANCO, Antonio Carlos: "A prisão preventiva não é para a elite", in Boletim *IBCCrim*, nº 12/36 (1994-janeiro).
- FREDERICO MARGUES, José: *Do tribunal do Júri*, SP, Saraiva, 1.959.
- FREYSLEBEN, Márcio Luis Chila: *O Ministério Público e a Polícia Judiciária - controle externo da atividade policial*, Del Rey, Belo Horizonte, 1.993
- GENOFRE, Roberto Maurício: "Justiça Militar só deve julgar crimes militares", in Boletim *IBCCrim*, nº 05/01 (1993-junho).
- GOMES FILHO, Antonio Magalhaes: *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*, SP, Saraiva, 1991.
- "A violação do princípio da proporcionalidade pela Lei 9.296/96", in Boletim *IBCCrim*, nº 45/14 (1996 agosto).
- "A presunção de inocência e o ônus da prova em processo penal", in Boletim *IBCCrim*, nº 23/03 (1994-novembro).
- "Medidas cautelares da Lei 9.271/96: produção antecipada de provas e prisão preventiva Encarte especial", in Boletim *IBCCrim*, nº 42/05 (1996-junho).
- GOMES, Luiz Flávio: *Suspensão condicional do processo*, SP, RT, 1996.
- Grevi, V.: "Funzioni di garanzia e funzioni di controllo del giudice nel corso delle indagini preliminari", *Il Nuovo processo penale*, Giufrè, Milão.
- GRINOVER, Ada P.; DINAMARCO, Cândido Rangel, e ARAÚJO COSTA, A. C.: *Teoria Geral do Processo*, SP, Malheiros, 11 ed.
- ; GOMES FILHO, Antonio Magalhaes, e SCARANCA FERNANDES, Antonio: *Nulidades no Processo Penal*, SP, Malheiros, 1 ed. P. 111
- "Influência do Código de Processo Penal Modelo para Ibero-América na legislação latino-american. Convergências e dissonâncias com os sistemas italiano e brasileiro", *Revista IBCCrim*, SP, RT, vol. 01, (1993-janeiro/março), pp. 41 e ss.
- "A legislação brasileira em face do crime organizado", *Revista IBCCrim*, Nº 20 (1997-outubro/dezembro).
- "A reforma do Código de Processo Penal", *Revista IBCCrim*, Nº 10 (1995-abril/junho).
- GRINOVER, et alii: *Recursos e ações impugnativas no processo penal*, SP, RT, 1997.

- Juiz de Direito Especial Criminal, SP, RT, 1996.
- MARQUES PORTO, A. Hermínio: *Júri*, SP, Malheiros, 1995.
- MARQUES MEIRELLES, Hely: *Direito Administrativo Brasileiro*, SP, RT, 14ª ed.
- MACHADO COGAN, Damiao: *Mandado de Segurança contra ato jurisdicional penal*, SP, Saraiva.
- MARCEI DE QUEIROZ, Carlos Alberto: "A amplitude constitucional do direito ao silêncio", in Boletim *IBCCrim*, nº 46/02 (1996-setembro).
- MAZZILLI, Hugo Nigro: *O Ministério Público e a Constituição de 1988*, São Paulo, Saraiva, 1989.
- *Ministério Público*, Saraiva, 1990.
- MEDICI, Sérgio de Oiveir: "Processo de execução penal", *Revista IBCCrim*, Nº 02 (1993-abril/junho).
- MENKA BARRETO, João de Deus: "Presença de Promotores Públicos nas Delegacias de Polícia", in *Violência e Criminalidade*, Forense, RJ, pp. 180, pp. 86/87.
- MILTON DE BARROS, Antonio: "A defesa do acusado e sua intervenção no interrogatório judicial", *Revista IBCCrim*, Nº 14 (1996-abril/junho).
- MORAES, Alexandre de: "Interceptações telefônicas e gravações clandestinas - A divergência entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça", in Boletim *IBCCrim*, nº 44/06 (1996 - agosto).
- MOYANO, Helios Nogueis: "Excesso de prazo na ulitimação do feito, atribuível à defesa", in Boletim *IBCCrim*, nº 13/40 (1994-fevereiro).
- NEVES, Antonio Augusto: "Em defesa da Justiça Militar" in Boletim *IBCCrim*, nº 07/01 (1993-agosto).
- PETROMBO, Sérgio: "Sigilo das comunicações. Aspecto processual penal", in Boletim *IBCCrim*, nº 49/07 (1996-dezembro).
- PIERANGELI, H. José: *Processo Penal. Evolução histórica e fontes legislativas*, Jalovi, SP, 1.986.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco: *Teoria e Prática do Habeas Corpus*, RJ, Livraria Forense, 1954.
- SALAS, Denis: *Du procès pénal*, PUF, Paris, 1.992.
- SCARANCA FERNANDES, Antonio: "Interceptações telefônicas: aspectos processuais da nova lei", in Boletim *IBCCrim*, nº 45/15 (1996-agosto).
- "Novo máximo de prisão cautelar: 180 dias", in Boletim *IBCCrim*, nº 32/03 (1995-agosto).

- "Reflexos relevantes de um processo de execução penal jurisdicionalizado", Revista *IBCCrim*, N° 03 (1993-julho/setembro).
- SHECAIRA, Sérgio Salomão: "Interceptação telefônica", In Boletim *IBCCrim*, n° 44/155 (1996-agosto).
- SILVA FRANCO, Alberto: *Crimes Hediondos*, São Paulo, Saraiva, 1.990.
- "A proposta de novo questionário no Tribunal do Júri", In Boletim *IBCCrim*, n° 24/03 (1994-dezembro).
- , et alii: *Júri*, SP, RT, 1997.
- SUANNES, Adauto: "Prisão preventiva obrigatória (como finta a Constituição)", Boletim *IBCCrim*, n° 06/01 (1993-julho).
- TOURINHO FILHO, Fernando: "Da prisão e da liberdade provisória", Revista *IBCCrim*, N° 06 (1994-abril/junho).
- TUCCI, Rogério Lauria, et alii: *Juizados Especiais Criminais*, SP; Malheiros, 1.997.

6. Apêndice de Leis Mencionadas

- Constituição da República Federativa do Brasil, São Paulo, RT, 1998.
- Decreto Lei n° 3.689/41 - Código de Processo Penal, São Paulo, RT, 1998.
- Lei de Organização Judiciária do Estado de São Paulo, São Paulo, Atlas, 1996.

CHILE

POR CRISTIÁN RIEGO*

1. Bases político-jurídicas del procedimiento penal vigente

La característica principal de la legislación chilena en materia procesal penal es la de una fundamental contradicción entre sus dos sistemas normativos: por una parte están el texto constitucional y los instrumentos internacionales de derechos humanos de los cuales Chile forma parte, los que establecen un conjunto de principios y garantías que básicamente recogen los principios básicos reconocidos actualmente como estándares del debido proceso.

La Constitución que data de 1980 estableció una cláusula general por medio de la cual se estableció una obligación al legislador para regular en las diversas áreas del Derecho lo que llamó "un justo y racional procedimiento". Esta cláusula ha sido tradicionalmente interpretada como equivalente a una garantía general de respeto a los principios del debido proceso. Además estableció la Constitución explícitamente el derecho a la defensa; la excepcionalidad de la prisión preventiva, la garantía del juez natural, la necesidad de un proceso previo legalmente tramitado y el *habeas corpus*, además de las garantías penales de legalidad, tipicidad, irretroactividad de la ley penal y la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal.¹

* Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales.

¹ Art. 19, n° 2, Constitución Política de la República.

En cuanto a los tratados internacionales, Chile es parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los cuales establecen cada uno un catálogo de garantías del debido proceso, así como un conjunto de protecciones de la libertad y seguridad individuales aplicables al proceso penal. Entre los primeros se cuentan el derecho a un juicio frente a un tribunal independiente e imparcial, el derecho a la defensa, la presunción de inocencia, el derecho a recurrir contra la sentencia condenatoria entre los más importantes,² y entre los segundos, la legalidad de la detención, el derecho del detenido a ser conducido ante un juez y la prohibición de la tortura.³ Estos dos instrumentos han sido incorporados al Derecho interno chileno por medio de la reforma constitucional de 1989 que estableció la obligatoriedad que estas normas tienen para los órganos del Estado.⁴

Por otra parte, tenemos el sistema consagrado a nivel legal, fundamentalmente el Código de Procedimiento Penal, cuyo texto, con algunas pocas modificaciones posteriores, data de 1906. Este Código consagró básicamente un sistema inquisitivo bastante ortodoxo, reproduciendo las estructuras básicas de la legislación indiana que continuaron rigiendo en el país después de la independencia durante la mayor parte del siglo XIX. Este Código, que es el que en la práctica gobierna la actuación de los órganos del sistema de justicia criminal, no está estructurado sobre la base del reconocimiento de derechos básicos, sino que, por el contrario, da cuenta de una lógica preliberal en la cual el poder del Estado se ejerce de modo prácticamente absoluto respecto del imputado, quien queda sometido casi por completo frente a los órganos de la persecución en una condición de extrema vulnerabilidad. No obstante, durante los siglos XIX y XX se han dictado algunas normas legales que han establecido algunas garantías muy elementales destinadas a morigerar las expresiones más violentas del sistema. Así, por ejemplo, se han establecido re-

² Ver art. 8° de la Convención, y art. 14 del Pacto.

³ Ver arts. 5° y 7° de la Convención, y arts. 7° y 9° del Pacto.

⁴ No es polémico en Chile el carácter obligatorio de los derechos contenidos en los tratados (art. 5°, C.P.R.), lo que sí se discute es el rango de sus normas.

as destinadas a limitar las facultades policiales de detención, a regular la libertad provisional, a limitar el uso de la incomunicación (aislamiento), a permitir algunas expresiones específicas del derecho a defensa y a cautelar la privacidad frente a las investigaciones. Todas esas disposiciones, sin embargo, no han cambiado las características básicas del sistema, que sigue siendo fundamentalmente el mismo en todas sus estructuras básicas.

1.1. Persecución penal

En el sistema procesal penal chileno la persecución penal es, por regla general, de carácter público y se rige por los principios de legalidad e inexcusabilidad. El titular de esta persecución es el juez del crimen, quien está obligado a iniciarla de oficio ante cualquier noticia que recibiera de la comisión de un delito, aun aquellas que tuviera por vía privada. Existe un catálogo de delitos respecto de los cuales no rige esta regla y en los que se requiere que el agraviado ejercite privadamente la acción, en él se incluyen, por ejemplo, los delitos contra el honor.⁵ Además existen otros delitos en que la acción es pública pero la persecución penal no puede iniciarse sin que proceda a lo menos una denuncia por parte de los agraviados; un ejemplo es el de los delitos sexuales.⁶ También existen delitos especiales en que se requiere que una autoridad política de inicio a la persecución, teniendo también la facultad de interrumpirla, es el caso de los delitos contra la seguridad del Estado en que es el Ministerio del Interior quien cuenta con estas facultades.⁷

En Chile el Ministerio Público como entidad acusadora, fue suprimido en 1927 por estimarse que su función carecía de verdadera relevancia. En sustitución, la ley prescribió que la acusación estaría constituida por una resolución judicial del propio juez que hubiere conducido la instrucción y que luego deberá dictar el fallo. Actualmente, el Ministerio Público está reducido a una expresión mínima y está constituido por los fiscales de las cortes superiores, que son funciona-

⁵ Art. 18, Código de Procedimiento Penal.

⁶ Art. 19, Código de Procedimiento Penal.

⁷ Art. 26, Ley sobre Seguridad del Estado (N° 12.927).

rios judiciales y que cumplen el rol de emitir ciertos dictámenes durante la tramitación de los recursos. En algunos casos están autorizados a dar inicio a la persecución penal presentando un requerimiento ante el juez. Durante las últimas décadas, algunas funciones que tradicionalmente pertenecen a los fiscales han venido a ser asumidas por un organismo llamado Consejo de Defensa del Estado. Esta entidad, encargada de la defensa judicial de los intereses fiscales, ha sido comisionada por la ley para asumir un rol de impulsor de la acción penal respecto de ciertos delitos no vinculados directamente con su objetivo original. Los más importantes han sido los delitos vinculados a sustancias estupefacientes y las infracciones a la ley de alcoholes; recientemente estas facultades se han extendido a todo tipo de delitos, en los que el Consejo puede intervenir excepcionalmente si lo considera conveniente.

La función policial en Chile está en poder de dos organismos centralizados que funcionan en todo el territorio nacional. El más grande es Carabineros de Chile, que es una policía uniformada y militarizada, con más de 30.000 miembros, que cumple una gran cantidad de tareas entre las que se encuentran las labores de policía preventiva. Recientemente, Carabineros ha comenzado también a desarrollar tareas de investigación judicial creando al efecto cuerpos especializados. La otra organización es Investigaciones de Chile, policía civil con algo menos de 3.000 efectivos, que concentra la mayor parte de su actividad en la investigación judicial, aunque también cumple otras funciones, incluyendo algunas de carácter preventivo.

Ambas policías tienen una doble dependencia institucional; para todos los efectos administrativos su dependencia es del Ministerio de Defensa, pero operativamente están sujetas a la dependencia del Ministerio del Interior. Desde el punto de vista político es posible afirmar que Investigaciones es controlada por el Poder Ejecutivo, puesto que éste tiene la facultad de nombrar y remover a su director, en cambio, Carabineros está sujeto a un régimen de bastante autonomía puesto que su director es inamovible por un período de 4 años al cabo de los cuales el Poder Ejecutivo puede designar a su sucesor, pero sólo entre los 5 oficiales de mayor graduación, régimen que también es aplicable a las fuerzas arma-

das. Además, Carabineros no está sujeto en su actuación al control por parte de los tribunales ordinarios de justicia, sino que a la competencia de la justicia militar, lo que refuerza su autonomía y su vinculación al poder militar, que en el marco específico de la transición a la democracia en Chile aparece como un poder no subordinado completamente al control civil.

1.2. Garantías individuales

Como se ha dicho anteriormente, si bien el sistema jurídico chileno contempla las garantías básicas del proceso penal, ya sea en la Constitución o por la vía de la incorporación de los tratados internacionales, estas garantías no están consagradas en el nivel de la legislación específica y, por lo tanto no tienen ninguna operatividad práctica.

La defensa penal tiene un rol muy limitado que cumplir en el procedimiento. Durante la etapa de sumario, que es la más importante desde el punto de vista de la prueba, la regla general es que éste sea secreto, por lo tanto la defensa no tiene acceso a la práctica de las actuaciones ni aun a la lectura de las actas en las que éstas quedan registradas. La defensa entonces se limita en esta etapa a procurar evitar o levantar la prisión preventiva y a formular solicitudes de diligencias de indagación que pueden o no ser acogidas por el juez. Una vez concluido el sumario se abre la posibilidad de la defensa, la que se practica por escrito y en general se limita sólo a comentar la prueba acumulada durante el sumario, la que será valorada en la sentencia.

El sistema destinado a procurar defensa gratuita es extraordinariamente precario. Este servicio es prestado por dos vías: la primera es la de las corporaciones de asistencia judicial, que son organismos dependientes del Poder Ejecutivo que prestan atención jurídica gratuita a quienes no pueden pagarla en las diversas materias legales incluyendo la penal. Estas corporaciones cuentan con recursos muy escasos y en la práctica funcionan por medio de egresados de las escuelas de Derecho, que deben trabajar gratuitamente para ellas durante un período de 6 meses antes de obtener su título de abogados. Estos egresados trabajan bajo el control de un abogado y son ellos quienes en concreto ejercen la defensa de los imputados.

La segunda vía es la de los llamados abogados de turno que consiste en que el juez que conoce de una causa en que el imputado no tiene defensor puede designarle uno de la lista de abogados de la ciudad de acuerdo con un sistema de turno. Estos abogados no son remunerados por sus servicios y tampoco existe un sistema que controle la ejecución de los mismos, salvo la posibilidad que el juez tiene de hacerlo y de sancionarlo en caso de incumplimiento.

Los dos sistemas descritos presentan severos problemas en cuanto a la calidad de los servicios que prestan. En general, sólo se limitan a solicitar la libertad provisional del imputado y a contestar la acusación sin realizar un aporte probatorio importante, sino limitándose a comentar y analizar la prueba acumulada durante el sumario. Cabe hacer presente también que la defensa privada en materia penal también presenta serios problemas y que, salvo en el caso de algunos pocos estudios especializados y de muy alto costo, la calidad también es baja y tampoco existe un adecuado sistema de control para ella.

1.3. Juicio

En el sistema procesal vigente no existe nada que pueda ser calificado como juicio. La etapa en que se permite el ejercicio de la defensa (plenario) es escrita y discontinua. Además, como se ha dicho, no hay un sujeto que sustente la acusación que sea distinto del juez que la dictó y que luego dictará la sentencia, con lo que se elimina por una parte cualquier posibilidad de contradicción y por la otra la imparcialidad judicial. La Constitución Política del Estado establece la garantía de un "proceso previo legalmente tramitado" pero ésta siempre se ha interpretado en un sentido formal, es decir que la sentencia debe estar precedida por un rito reglado en la ley, sin que nunca se haya cuestionado el sentido político de ese rito. Desde el punto de vista de la prueba, en esta etapa de plenario se admite la presentación de pruebas por el imputado y se permite a éste confrontar las pruebas del sumario si es que lo solicita expresamente, no obstante aun en este último caso, si no es posible repetir la prueba que se ha pedido confrontar, ello no impide que pueda ser valorada en la sentencia.

En general es posible sostener que la garantía del juez natural aparece asegurada, puesto que las causas son entregadas a los jueces según reglas de competencia preexistentes y no se admite que órganos administrativos puedan abocarse al conocimiento de causas o que alteren la asignación de las causas a los diversos tribunales.

1.4. Independencia de los tribunales

Formalmente, la independencia de los tribunales aparece asegurada por diversas reglas de carácter constitucional.⁸ Los jueces son inamovibles en sus cargos, pertenecen a un poder del Estado autónomo del Ejecutivo y del Legislativo y son seleccionados de acuerdo con un procedimiento

En la práctica es posible afirmar que efectivamente los tribunales penales están suficientemente cautelados para poder resistir las presiones que sobre ellos puedan ejercitar los órganos y grupos políticos. No obstante, es posible cuestionar la independencia de los jueces penales en cuanto a la falta de autonomía que éstos tienen al interior del propio sistema judicial. En efecto, los jueces de los niveles inferiores están sometidos a un conjunto de controles por parte de las cortes superiores, que permiten a éstas ejercer una influencia decisiva sobre las decisiones de los primeros. Entre estos sistemas de control, destacan los sistemas de calificaciones por medio de los cuales los tribunales superiores deben cada año asignar un puntaje a cada juez de acuerdo con lo que consideran ha sido su desempeño. Estas calificaciones condicionan fuertemente la posibilidad de ascenso y pueden conducir incluso a la expulsión del juez mal calificado. Además los ascensos de los jueces dependen de sus superiores, por cuanto son éstos quienes elaboran las listas (ternas o quinas) de las cuales el Poder Ejecutivo elige a quienes deban llenar las vacantes en los cargos superiores. También constituye una presión muy fuerte sobre los tribunales inferiores la posibilidad de que sus superiores puedan sancionarlo disciplinariamente por faltas cometidas en el desarrollo de su trabajo e incluso por sus decisiones jurisdiccionales. En la práctica

⁸ Arts. 73-80, Constitución Política de la República.

el sistema judicial funciona con un grado extremo de jerarquización que limita severamente la independencia de los tribunales inferiores y concentra el poder en los superiores, que tienen una gran capacidad para influir en la resolución de los casos particulares, condicionando el trabajo del juez y orientando sus decisiones.

2. Síntesis del procedimiento tradicional

2.1. Fuentes del Derecho procesal penal

La fuente principal del procedimiento penal es el Código de Procedimiento Penal que data de 1906 y que ha sido objeto de diversas modificaciones, ninguna de ella de carácter estructural. La organización de los tribunales penales se rige por el Código Orgánico de Tribunales y existen numerosas leyes especiales que fijan reglas de procedimiento excepcionales para ciertos tipos de delitos. Entre las más importantes están la Ley de Estupefacientes, la Ley Antiterrorista, la Ley de Seguridad Interior de Estado y el Código de Justicia Militar, todas las cuales restringen diversas garantías para los casos en que se trate de los delitos especiales que esas mismas leyes establecen.

2.2. Estructura del procedimiento común

El sistema actualmente vigente está caracterizado por la concentración de poder en un juez individual que posee diversas facultades que en otros sistemas están siempre divididas entre diversas agencias públicas. El juez recoge las pruebas durante el período de investigación o sumario, y, al menos en teoría, dirige la investigación realizada por la policía. Cuando decide que la investigación está concluida, el mismo formula la acusación y otorga al acusado la oportunidad de responderla y de presentar sus pruebas. Finalmente el juez decide sobre la culpabilidad o absolución del acusado, y en caso de ser pertinente determina la pena que deberá aplicarse.

Además de las funciones que el juez debe cumplir en el procedimiento criminal, la organización de los tribunales establece que cada juez debe administrar su propio juzgado.

En esta función el juez debe dirigir un grupo de empleados y toda la tarea administrativa del tribunal, para ello cuenta con el auxilio de un secretario, que es otro abogado en el inicio de su carrera judicial.

El sistema en general es caracterizado como un procedimiento escrito. Las pruebas recolectadas se registran en actas escritas principalmente durante el sumario. El imputado no tiene acceso al expediente que contiene las actas durante el sumario, que es por regla general secreto, y todas sus peticiones son presentadas y resueltas por escrito. Los registros escritos se transforman en la práctica en el proceso mismo y las decisiones judiciales se toman sobre la base de su lectura por parte del juez del crimen o de las cortes superiores.

En el sistema chileno la ley no permite que los funcionarios que intervienen en el proceso puedan no perseguir o abandonar casos ni conducir el proceso de ningún otro modo que no sea el de conducirlo hasta su últimas consecuencias. Los casos deben ser investigados y conducidos hasta la sentencia. El juez sólo puede cerrar un caso anticipadamente si hay evidencias que prueban positivamente que el delito no ha ocurrido, que los hechos no constituyen delito u otras circunstancias que otorgue suficiente base para una absolución (sobreseimiento definitivo).⁹ En los casos en los que la investigación fracasa y no se consigue suficiente evidencia ya sea para cerrar el caso o para acusar a alguien, el juez debe suspender temporalmente el caso a la espera de encontrar más antecedentes (sobreseimiento temporal).¹⁰

La situación del imputado durante el proceso es bastante precaria. El juez puede detenerlo hasta por 5 días si tiene fundadas sospechas de su participación en un delito. Después de ese tiempo el juez debe decidir si es que le formula cargos sometiéndolo a proceso, caso en el cual debe declarar la existencia de presunciones fundadas de su participación. Desde ese momento el imputado quedará formalmente sometido al proceso y será objeto de un conjunto de privaciones de derechos establecidas por la ley. La principal de estas

⁹ Art. 408, Código de Procedimiento Penal.

¹⁰ Art. 409, Código de Procedimiento Penal.

privaciones es la prisión preventiva. El juez siempre puede liberar al imputado, pero aun en ese caso él no podrá salir del país sin autorización y tiene la obligación de comparecer periódicamente a reportarse al tribunal. La resolución que somete al imputado a proceso será anotada en su prontuario y tratándose de delitos de cierta gravedad suspenderá sus derechos políticos, además de otras restricciones impuestas por leyes específicas.¹¹ Este *status* (procesado) no tiene limitación temporal y es comúnmente visto por el público como el efecto más importante del proceso porque la demora de la decisión final contenida en la sentencia transforma sus efectos, en especial la prisión preventiva, en el verdadero castigo.

Tradicionalmente, el sistema ha tenido un sistema de valoración de las pruebas bastante rígido (prueba tasada), lo que constituía una forma de control sobre la actividad del juez. El Código chileno establece esta clase de reglas, pero al mismo tiempo permite al juez evitarlas por la vía de admitir el uso "excepcional" de prueba de indicios. En la práctica, el sistema de prueba tasada terminó por ser llevado a su mínima expresión en los años '50 cuando la Ley de Estudios Antisociales estableció que en los casos de delitos contra la propiedad el juez debería apreciar la prueba "en conciencia", lo que significa enfatizar la convicción personal del juez por sobre los criterios tradicionales de plena prueba.

El único control que el sistema establece sobre el tremendo poder del juez está constituido por una intensiva supervisión de las cortes superiores. La organización del Poder Judicial es jerárquica con tres niveles en materia criminal. La base está constituida por los jueces del crimen, en el segundo nivel están las cortes de apelaciones y encima de ellas la Corte Suprema. Durante el proceso penal prácticamente todas las decisiones de cierta importancia pueden ser revisadas y potencialmente revocadas o modificadas por la corte de apelaciones si cualquiera de las partes lo pide por la vía del recurso de apelación. También es posible recurrir a la Corte Suprema para obtener la reforma de decisiones tomadas por la corte de apelaciones durante el sumario. Pero las decisio-

¹¹ Por ejemplo, una persona procesada no puede acceder a un empleo público ni puede ser director sindical.

nes más importantes como son las de otorgar la libertad provisional al imputado, cerrar el caso (sobresimiento), y sobre todo la sentencia, son automáticamente revisadas por la corte cuando revisten cierta gravedad, aunque nadie lo solicite (consulta). Este sistema intensivo de controles permite espacios importantes para que la defensa pueda atacar las decisiones del juez pero también contribuye de modo importante a la demora en la resolución de los casos. Por otra parte, este sistema de controles no permite una estandarización de las prácticas judiciales debido a que las cortes actúan divididas en salas, cada una de las cuales puede sostener criterios diferentes.

2.3. Procedimientos especiales

El Código de Procedimiento Penal contempla diversos procedimientos especiales (faltas, acción privada), ninguno de los cuales constituye una verdadera alteración de la lógica central del sistema descrito. El procedimiento sobre faltas constituye una versión muy simplificada del procedimiento común por la que fundamentalmente se faculta al juez a la resolución del caso inmediatamente después de producida la comparecencia y la declaración del imputado frente a él. El procedimiento de acción privada tiene como diferencia fundamental del común el que la carga procesal corresponde al querellante, quien debe promover su avance, de no hacerlo en un plazo de 30 días el procedimiento se tiene por abandonado. Tampoco se contemplan vías alternativas a la solución de los conflictos penales.

En cuanto a los procedimientos que están fuera del ámbito judicial, sin duda el área más problemática, está constituida por el fuero militar. Este fuero tiene competencia para conocer de los delitos militares propiamente dichos pero además se extiende a diversas hipótesis de delitos comunes cometidos por militares y de figuras especiales en las que pueden ser imputados civiles. Pero además de esta extensión de la competencia militar, esta jurisdicción presenta gravísimos problemas estructurales que implican violaciones a las garantías más elementales. La principal de ellas es la de independencia del tribunal, ya que los órganos que intervienen en el proceso penal (fiscales y jueces militares) están consti-

tuidos por oficiales en servicio activo que se encuentran sujetos a la estructura jerárquica de las Fuerzas Armadas. En la práctica, la justicia militar en Chile funciona como una expresión del poder militar, que se caracteriza por no estar sujeto plenamente al control civil y cumple una función de protección de los intereses militares frente a posibles interferencias emanadas del sistema judicial. Este sistema se extiende a buena parte de los asuntos policiales debido a que la mayor de las policías (Carabineros de Chile), se encuentra sujeta para estos efectos al estatuto de las Fuerzas Armadas.

2.4. Ejecución penal

En Chile, la ejecución penal está entregada a órganos administrativos y no existe un sistema de control judicial especializado. Tampoco existen reglas legales que regulen la ejecución penal, sino que ésta queda bajo una regulación de carácter administrativo y, por lo tanto, su exigibilidad no es suficientemente fuerte. En los años recientes se ha comenzado a desarrollar una práctica por medio de la cual se han comenzado a cuestionar diversas decisiones de la autoridad penitenciaria por medio de recursos constitucionales (recursos de protección) con lo cual incipientemente comienza a producirse una forma de control judicial sobre algunos aspectos de la ejecución.

3. La reforma

3.1. Los proyectos

En 1993, un grupo de ONG's que se encontraban trabajando en temas de reforma judicial y de seguridad ciudadana, convocaron a un foro con el fin de trabajar en propuestas destinadas a mejorar el desempeño de la justicia criminal. Este grupo estaba compuesto por jueces, abogados, profesores de Derecho y funcionarios gubernamentales de diversas orientaciones políticas e ideológicas. El grupo trabajó por tres años, estudiando las evaluaciones disponibles, examinando modelos comparados y, finalmente, elaborando un conjunto de borradores de propuestas para una completa reforma del procedimiento criminal. Durante este tiempo el gobierno co-

comenzó a involucrarse en el trabajo y cuando las propuestas estuvieron completas, el Presidente de la República las trasladó al Congreso de la República para que fueran debatidas. En el Congreso en 1995. En 1997 se aprobó una reforma constitucional para establecer el nuevo Ministerio Público.

La principal propuesta contenida en el paquete de reformas es un nuevo Código Procesal Penal. Este Código fue elaborado siguiendo las direcciones del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, que fue a su vez producto de un largo trabajo desarrollado por los más importantes especialistas de la región y cuya versión final fue preparada por el profesor argentino Julio Maier. El Código Modelo está fundamentalmente basado en el sistema alemán y ha sido usado como orientación principal prácticamente en todas las reformas llevadas a cabo en América latina en las dos últimas décadas.

El proyecto de nuevo Código ingresó al Congreso nacional en 1995 y fue aprobado por unanimidad en la Cámara de Diputados en 1997. Actualmente se encuentra siendo objeto de discusión en la comisión de legislación y justicia del Senado, la que lo ha aprobado en general, y ésta ha dado comienzo a la discusión en particular.

3.2. Los principios básicos de la reforma

El nuevo Código propuesto define un sistema completamente nuevo, basado en la introducción de un conjunto de garantías básicas hasta ahora desconocidas en la legislación procesal penal chilena. La base de este sistema de garantías es la introducción de un juicio oral y público como un derecho básico del acusado. El juicio se llevará adelante frente a tres jueces profesionales que no han tenido participación en las etapas anteriores del proceso. El fiscal debe participar en el juicio presentando las pruebas que sustentan la acusación y el acusado por su parte tiene el derecho a ejercer su defensa, confrontar las pruebas de cargo y presentar otras que lo favorezcan.

También se explicitan en el Código un conjunto de otros derechos del imputado que constituyen las bases sobre las cuales se han diseñado los procedimientos. Los más importantes de estos derechos son la presunción de inocencia, el

derecho a ser asistido por un abogado en todas las etapas del procedimiento y a obtener defensa gratuita en caso de no contar con medios para pagarla, la prohibición de doble persecución y un conjunto de resguardos especiales frente a la intervención policial como el derecho a guardar silencio, el derecho a contar con la presencia de su abogado y el de ser informado de estos mismos derechos.

En materia de medidas cautelares el proyecto de Código también introduce un sistema de garantías que no existía previamente, se suprime el auto de procesamiento y sus efectos coercitivos automáticos, todas las medidas cautelares pasan a tener un carácter excepcional, deben ser solicitadas por el fiscal y pueden ser concedidas por el juez por resolución fundada previo debate con participación de la defensa. Se establecen además límites temporales a las medidas cautelares relacionados con el monto de la pena probable y se excluyen en aquellos casos en que ésta no deba traducirse en una privación de libertad de cumplimiento efectivo.

La persecución penal es predominantemente pública y la tarea de llevarla a cabo se traspassa desde los jueces a los fiscales del Ministerio Público, órgano que se crea según se explicará más adelante. El Código permite a los fiscales clasificar ciertos casos de poca gravedad sobre la base de ciertas condiciones, introduciendo una expresión muy limitada del llamado principio de oportunidad.

Se mantiene en la propuesta la posibilidad de la persecución particular por medio de la presentación de una querrela por parte de la víctima y en algunos casos por parte de cualquier ciudadano. Este querellante particular puede también acusar particularmente o adherirse a la acusación del fiscal y se lo faculta aún para pedir al juez el forzamiento de la acusación del fiscal en aquellos casos en que éste no la considere procedente.

3.3. Procedimiento común

El Código elimina el sumario judicial y entrega la tarea de recopilar los antecedentes del caso al fiscal con la colaboración de la policía. La actividad del fiscal en la recolección de pruebas es informal, no hay pasos obligatorios establecidos en la ley y debe ser conducida del modo en que resulte

de acuerdo con los criterios que el propio Ministerio Público desarrolle. Esta actividad de preparación del juicio se desarrolla bajo el control de un juez, llamado juez de control de la instrucción, que está encargado de resolver cualquier conflicto que se pueda producir entre el fiscal y el imputado, en especial aquellos relacionados con la afectación de derechos individuales. Toda esta actividad de recolección de pruebas tiene un carácter preparatorio respecto del juicio, que constituye la etapa principal del proceso. En consecuencia, la evidencia reunida por el fiscal no tiene valor alguno si no es presentada y examinada en el juicio.

Durante la etapa de preparación el fiscal está obligado a judicializar el procedimiento cada vez que considere necesario realizar una actividad que implique conflicto con los derechos del imputado, esta judicialización requiere del fiscal una formulación precisa de cargos con la que se delimita el objeto de la persecución a un conjunto de hechos que no pueden ser ampliados sorpresivamente en la acusación. Las resoluciones adoptadas durante la etapa preparatoria son sólo excepcionalmente susceptibles de recursos ante los tribunales superiores.

Concluida la etapa preparatoria por parte del fiscal éste procede a cerrar la investigación y puede optar por proponer un sobreseimiento o una acusación. En materia de sobreseimiento el principal cambio consiste en que si bien se permite la suspensión temporal por falta de antecedentes, ésta se transforma automáticamente en definitiva por el solo transcurso de un plazo de 6 meses (la Cámara de Diputados excluyó de esta regla a un conjunto de delitos de extrema gravedad).

En el caso de formularse acusación se otorga la posibilidad de adherir o acusar particularmente a quienes tuvieren derecho a ello y se otorga al imputado un plazo para la preparación de su defensa, al cabo del cual se produce una audiencia preparatoria ante el mismo juez de control de la instrucción. En esta audiencia preparatoria se examina la posibilidad de salidas alternativas o procedimientos abreviados y en caso de que no se produzcan se procede a la preparación del juicio determinándose en una resolución las acusaciones que serán objeto del mismo, las partes involucradas, el tribunal competente y las pruebas ofrecidas por las partes y declaradas admisibles por el juez.

El juicio tendrá lugar ante un tribunal compuesto por 3 jueces profesionales y se desarrollará en forma continua, en él deberán presentarse todas las pruebas que hayan de ser objeto de valoración prohibiéndose la lectura de actas de declaraciones producidas en las etapas anteriores, con algunas excepciones cuya amplitud es objeto de gran discusión en el Congreso. Durante el juicio los jueces tienen facultades limitadas para introducir pruebas no ofrecidas por las partes y pueden participar en el examen de los declarantes al término de las interrogaciones formuladas por las partes. El imputado puede hacer uso de su derecho a declarar personalmente y en tal caso deberá someterse a la interrogación por parte de la contraparte y de los jueces, pero puede también optar por guardar silencio.

Una vez examinada la prueba el tribunal deberá escuchar las conclusiones de la partes, conceder la última palabra al acusado y deberá retirarse a deliberar para entregar su decisión de absolución o condena inmediatamente después. Una vez comunicada la decisión se abre un plazo para entregar los fundamentos del fallo y fijar la pena en su caso, durante este tiempo las partes pueden pedir la agregación de antecedentes relevantes para la determinación de la pena.

Finalmente, el Código propuesto limita de modo importante la intervención de las cortes superiores. Desaparecen las posibilidades de revisión sin la previa solicitud de las partes, y se concentran las posibilidades de revisión fundamentalmente en la sentencia definitiva. El recurso de revisión que se establece es el de casación ante una corte superior y actualmente se discute arduamente acerca de la inclusión de un recurso extraordinario destinado a obtener la realización de un nuevo juicio cuando el tribunal se haya apartado arbitrariamente de la evidencia.

3.4. Procedimientos especiales y soluciones alternativas

El procedimiento común puede ser simplificado mediante un acuerdo entre el fiscal y el acusado, limitado a aquellos casos en que la pena máxima no exceda de 5 años de privación de libertad. El acuerdo consiste en que el acusado acepta que el juez de control de la instrucción decida el caso ba-

ndose en los antecedentes reunidos por el fiscal en la etapa preparatoria. El juez puede rechazar el acuerdo y enviar el caso a juicio o aceptarlo y fallar luego de un debate entre las partes. El fallo puede condenar al acusado a una pena igual o inferior a la solicitada por el fiscal, pero puede también absolverlo si es que considera que la evidencia no es suficiente.

También se permiten acuerdos entre la víctima y el imputado, poniéndose término al caso cuando se ha producido una reparación satisfactoria en aquellos delitos de carácter patrimonial o culposos sin resultados de muerte o daño permanente para el afectado.

Finalmente, se establece la posibilidad de suspensión condicional del procedimiento en aquellos casos en que sea de prever la aplicación de una medida sustitutiva a la privación de libertad en caso de condena (imputado no reincidente y pena inferior a 5 años), esta suspensión se basa en un acuerdo por medio del cual el imputado acepta los hechos y se compromete a someterse durante un plazo a un conjunto de condiciones fijadas por el juez. De cumplirse el plazo sin que se hubieren violado las condiciones, el caso termina extinguiéndose la acción penal; de no cumplirse éstas se continuará el proceso llegándose muy probablemente a una condena.

3.5. Participación del ofendido

El proyecto de Código plantea dos situaciones posibles para la intervención del ofendido. La primera, que ya existía en el sistema vigente, es que el ofendido presente una querrela designando un abogado que lo represente y adquiriendo con ello todas las facultades propias de las partes en el proceso, entre ellas, colaborar en la etapa preparatoria con el fiscal, acusar adhesiva o particularmente, intervenir en el juicio oral, presentar pruebas y recurrir contra la sentencia. Además puede presentar la demanda civil de indemnización en el proceso penal si es que lo considera conveniente.

La segunda situación es la de aquella víctima que no es querellante, que en el actual sistema carece de prácticamente todo derecho. En el proyecto se contempla que la víctima goza de ciertos derechos por el solo hecho de serlo, los más

importantes de ellos son: el derecho a ser informado de las actuaciones más importantes del proceso y de sus resultados, el derecho a ser oída por el fiscal antes de decidir cualquier actuación que ponga término anticipado al procedimiento, el derecho a reclamar contra diversas actuaciones del fiscal ante los superiores de éste o ante el juez de control de la instrucción, el derecho a que el fiscal presente la demanda civil en su nombre en caso de manifestar interés en ello, y el derecho a recurrir contra la sentencia absolutoria.

3.6. Ejecución penal

La reforma en actual discusión no se hace cargo de la ejecución penal, la que permanece regida por el mismo sistema actualmente vigente. El Código propuesto sólo contiene una norma que otorga competencia al tribunal que dictó el fallo para conocer de reclamaciones que el imputado pudiera hacer relativas a la ejecución de la misma.

No obstante, dentro del programa de reformas que el gobierno ha planteado como necesarias en toda el área judicial en diversas ocasiones se ha incluido el dictado de una legislación penitenciaria y la creación de una justicia especializada, de hecho existe un borrador de proyecto que ha sido estudiado por algunos especialistas. No obstante en el momento actual la reforma penitenciaria no aparece programada con una fecha cierta dentro del calendario legislativo.

3.7. La nueva organización judicial, el nuevo Ministerio Público y el nuevo sistema de defensa pública

El nuevo Código Procesal Penal supone una transformación bastante importante de la estructura de los tribunales penales; éstos abandonan una parte importante de las tareas que actualmente desarrollan, fundamentalmente la tarea de llevar adelante los sumarios, y en cambio asumen nuevas obligaciones, básicamente el control de la actividad del fiscal y la policía durante la instrucción y la dirección y posterior resolución de los juicios orales. La característica fundamental de este cambio consiste en que los jueces pasan de cumplir un gran conjunto de actividades administrativas, consistentes fundamentalmente en la conducción y

supervisión de todo el sistema de instrucción, a dedicar prácticamente todo su tiempo a presidir audiencias con las partes y a resolver las cuestiones que éstas le presenten.

Los cambios planteados suponen el término de los actuales juzgados del crimen y la creación de dos nuevos tipos de tribunales: los juzgados de control de la instrucción y los tribunales orales. Pero además estos nuevos tribunales serán organizados de un modo completamente diferente al tradicional, cada uno de ellos albergará un número variable de jueces, quienes serán apoyados en su labor por un personal administrativo dirigido por un administrador especializado. De este modo todas las tareas administrativas de preparación de las audiencias, atención de público, recepción de escritos, archivo, etc., serán llevadas a cabo de modo centralizado por un sistema profesional especializado, dejando el tiempo de los jueces reservado para la conducción de los casos mediante su participación en las audiencias.

Las modalidades específicas del cambio aún no están completamente definidas y no se han traducido aún en un proyecto de ley que haya sido enviado al Congreso, un anteproyecto bastante avanzado se encuentra aún en estudio en el Poder Ejecutivo y se espera que sea enviado en su versión definitiva durante 1998.

La implementación del procedimiento propuesto requiere de la creación de un órgano que se haga cargo de la función acusatoria. Como ya se dijo, la primera reforma aprobada es la enmienda constitucional que crea el Ministerio Público; este cambio constitucional resultó necesario debido a que se redistribuyen funciones entre los poderes estatales, privándose al Poder Judicial de la función de instrucción que antes poseía. La ley que desarrolla la estructura del nuevo Ministerio Público está actualmente siendo discutida en la Cámara de Diputados.

El nuevo órgano es una agencia autónoma, separada de todas las demás ramas del Estado. A su cabeza se encuentra el fiscal nacional y se divide regionalmente en 16 oficinas regionales (1 por cada región y 4 en Santiago) cada una de las cuales está dirigida por un fiscal regional. El fiscal nacional será elegido por un procedimiento que contempla la participación de la Corte Suprema de Justicia, del Presidente de la República y del Senado y durará en sus

funciones un período de 10 años. Los fiscales regionales, que también durarán 10 años, serán elegidos por el fiscal nacional de una terna propuesta por la corte de apelaciones respectiva.

El fiscal nacional contará con la facultad de elaborar políticas generales de persecución penal y deberá además apoyar y supervisar el trabajo de las diferentes fiscalías regionales. Sólo en situaciones excepcionales podrá el fiscal nacional intervenir en casos particulares, el control de los casos específicos está entregado a las fiscalías regionales, pero éstas estarán obligadas a seguir las políticas generales definidas por el fiscal nacional. Tanto el fiscal nacional como los fiscales regionales estarán sujetos a la posibilidad de ser removidos por el Congreso mediante acusación constitucional.

La implementación del nuevo proceso supone también un cambio fundamental en el ejercicio de la defensa pública. El nuevo Código supone que en cada uno de las audiencias judiciales que se lleven a cabo deberá participar un abogado en representación del imputado y en el caso de que éste no pueda solventarlo deberá serle procurado por el Estado en forma gratuita.

Este requerimiento del nuevo sistema implica la creación de un sistema destinado a procurar la defensa pública que hoy no existe. Durante los trabajos de diseño de la reforma se han elaborado diversas propuestas para el nuevo sistema de defensa y la decisión ha sido la de avanzar en una propuesta de un sistema de defensa que combine diversas modalidades de prestación del servicio. El anteproyecto de nuevo sistema de defensa pública, también aún en etapa de estudio en el Ejecutivo, contempla la creación de un consejo nacional de la defensa pública como órgano encargado de administrar un fondo destinado a procurar defensa gratuita a todos aquellos que no puedan solventarla.

El consejo administrará el fondo destinándolo a financiar la defensa en diversas modalidades: en primer lugar se destinará una parte del fondo a reforzar a las actuales corporaciones de asistencia judicial, que son quienes prestan actualmente la defensa en los casos penales, estas entidades deberán modificar su forma de trabajo puesto que en el nuevo sistema cada caso deberá ser manejado por un abogado y no por un

agregado, como ocurre hoy. En segundo lugar se abrirán licitaciones por medio de las cuales se asignarán paquetes de casos a organizaciones de diverso tipo, incluyendo sociedades privadas, que deseen prestar servicios de defensa, estas organizaciones deberán competir por los fondos de acuerdo con ciertos parámetros destinados a garantizar la calidad de los servicios. Finalmente para aquellos casos que no sean cubiertos por los dos sistemas anteriores se establecerá una lista de abogados a los cuales se podrán asignar casos individuales contra el pago de una arancel fijado por el consejo.

4. Observaciones jurídico-empíricas

4.1. Breve desarrollo jurídico-empírico

Como resultado de la concentración de múltiples funciones en el juez y el enorme aumento de casos en el tiempo transcurrido desde la instalación del sistema, se han desarrollado ciertas prácticas *de facto* que les han permitido continuar funcionando. Algunas de estas prácticas son claramente contrarias a la ley, no obstante, se encuentran tan extendidas que se han transformado en elementos integrantes del sistema, asimismo son conocidas y toleradas por todas las autoridades del sistema judicial, así como por los demás órganos del Estado.

Una de estas prácticas es la delegación de funciones judiciales en los empleados subalternos del tribunal. El procedimiento escrito permite al juez el asignar a los empleados de su dependencia diversas tareas de los procesos, cuyos resultados ellos registran en el expediente, que será leído después por el juez. Lo común es que el juzgado funcione con un grupo de empleados que realizan y registran las diferentes etapas de los procesos, incluyéndose interrogar al imputado, interrogar a los testigos y preparar los borradores de las decisiones. El juez dirige la oficina del tribunal y actúa como un supervisor, chequeando la actividad de los empleados y participando directamente en el procedimiento en aquellos casos en que considere que se trata de una evidencia o de un caso especialmente importante.

Hay otras prácticas que permiten abandonar casos informalmente. En algunos tribunales existen criterios amplios

en cuanto a abandonar un caso sin una investigación completa cuando se trata de casos que difícilmente podrán ser resueltos. En algunos tribunales existe la práctica de no abrir un expediente (partes de mesón) mientras la víctima no acusa y ratifique su denuncia. Estas prácticas y los casos a que se aplican no son uniformes entre los distintos tribunales y dependen del criterio de cada juez.

De acuerdo con la ley el juez puede asignar a la policía tareas de investigación de modo bastante amplio. En la práctica, algunos jueces prácticamente delegan toda la investigación en la policía otorgándole facultades amplias, incluyendo facultades para detener o para ingresar a recintos privados respecto de quienes aparezcan como sospechosos. Por otra parte, la policía por su lado ha desarrollado prácticas que implican invadir funciones judiciales; por ejemplo: algunas denuncias presentadas por víctimas de delitos no son recibidas o no son enviadas a los jueces, mientras en otros casos las órdenes de investigación no son respondidas oportunamente, o son respondidas sólo formalmente sin haber realizado ninguna actividad destinada a la obtención de nueva información. Las prácticas descritas son comunes pero no se encuentran estandarizadas. Por ejemplo, los tribunales de ciudades grandes funcionan de modo diverso de aquellas de lugares pequeños, pero también es posible encontrar diferencias entre diferentes tribunales de una misma ciudad.

En cuanto a la proporción de jueces penales por cada 100.000 habitantes ésta no es fácil de calcular debido a que sólo en un conjunto de ciudades grandes existen tribunales especializados. En el resto del país la justicia penal es llevada a cabo por jueces no especializados que deben conocer además de los asuntos penales los civiles y en ocasiones también los laborales y de menores. En todo caso para una población de 15 millones de habitantes existen actualmente 64 jueces penales especializados y 171 de competencia común.

En cuanto a la prisión preventiva, aproximadamente la mitad de la población que se encuentra encarcelada en los recintos penitenciarios chilenos en un día cualquiera lo está en calidad de procesada. No existe una estimación oficial de la duración promedio de la prisión preventiva, pero no es inusual que se prolongue por varios meses e incluso años.

Es también común que el imputado sea liberado antes de la sentencia cuando el juez o la corte de apelaciones estiman que el tiempo servido en prisión preventiva ha sido suficiente castigo por el delito cometido. En este caso, cuando la sentencia llega finalmente, en general se limita a legitimar retroactivamente el tiempo que el imputado permaneció privado de libertad preventivamente. En general es posible afirmar que el sistema procesal penal chileno tiene una incapacidad estructural para tomar decisiones oportunas en cuanto a la absolución o condena y para determinar las penas en su caso, en reemplazo de esto la práctica de los tribunales se ha traducido en que la verdadera respuesta a la criminalidad es la prisión preventiva, aplicada por los jueces de acuerdo con criterios más o menos estandarizados de acuerdo con lo que ellos mismos conciben como una cierta respuesta necesaria frente a la demanda ciudadana por control de la criminalidad.

Desde el punto de vista del sistema legal en los últimos años han existido algunos avances importantes en cuanto al régimen de prisión preventiva especialmente en cuanto se han suprimido los llamados delitos inexcusables como producto de cláusulas constitucionales que establecen que el juez siempre puede otorgar la libertad provisional. No obstante, estas cláusulas no han significado un cambio en la práctica de los tribunales y de hecho los porcentajes de presos no condenados se han mantenido constantes.

No existen de modo general medidas alternativas a la prisión preventiva, pero en el caso de los procesados liberados también se les aplica un régimen de control que les impide, por ejemplo, salir del país sin autorización judicial y les genera otras restricciones.

En cuanto a la eficacia del sistema en cuanto a la persecución del delito, no existe al respecto información concluyente. Actualmente este tema es objeto de una gran discusión pública, existiendo una fuerte tendencia orientada a caracterizar al sistema como ineficaz en la persecución de los delitos que más inquietan a la población.

4.2. Problemas y deficiencias del sistema vigente

Hasta hace algunos años existía la percepción más o menos común de que el sistema procesal penal si bien no era técnicamente apropiado, no se encontraba en una situación

de crisis debido a que la razonable eficiencia y honestidad de los jueces había permitido que funcionara sin inconvenientes mayores. Esta percepción cambia junto con el fin del gobierno militar en 1990. Hay varias razones para esto.

En primer lugar cabe mencionar el proceso mediante el cual un conjunto de normas internacionales de derechos humanos se incorporan al ordenamiento jurídico chileno y se hacen obligatorias para el Estado. Entre ellas se contienen estándares de debido proceso que resultan claramente incompatibles con el sistema procesal vigente a partir de lo cual surge la necesidad de adecuar las leyes para dar cumplimiento a los compromisos internacionales contraídos. Además, los abusos de derechos humanos cometidos contra enemigos políticos durante el gobierno militar pusieron en el tapete problemas como el uso de la tortura, la prisión sin juicio, los abusos policiales y otros que hasta ese momento no eran considerados como prioridades políticas. Después de la ocurrencia de esos hechos existió mucha sensibilidad acerca de ese tipo de hechos y se ha tendido a generalizar la percepción de que ese tipo de situaciones son comunes en el funcionamiento ordinario de la justicia criminal.

Algunas investigaciones empíricas han dado sustento a la percepción de que en la operación diaria del sistema de justicia criminal existirían importantes grados de brutalidad e inhumanidad. En 1993 una encuesta realizada en sectores populares urbanos mostró que entre los varones entrevistados un 44,3 % declaraba haber sido objeto de detención policial sin que se hubiera producido ninguna intervención judicial posterior. Adicionalmente, un 13,8 % de los varones dijo haber sido detenido y haber sido llevado a un tribunal con posterioridad. En ambos grupos la mayoría de quienes habían sido detenidos había experimentado distintas clases de abusos: cobros ilegales de dinero, golpes y otras formas de maltrato. En el grupo de quienes fueron detenidos y enviados al tribunal, la mayoría declaró no haber tenido acceso a un abogado, y un grupo dijo no haber tenido siquiera acceso al juez.¹² Una investigación más específica realizada en 1994

¹² CORREA, Jorge, y BARROS, Luis (editores): *Justicia y marginalidad, percepción de los pobres*, Corporación de Promoción Universitaria y Dirección de Estudios Sociológicos Universidad Católica de Chile, Santiago, 1993, pp. 251-263.

realizó una encuesta a los reclusos de los distintos recintos penitenciarios de Santiago y una entrevista a la mayoría de los jueces del crimen de esa misma jurisdicción. Esta investigación mostró la práctica de la tortura. Tanto los prisioneros (71 %) como los jueces (85 % y 95 % dependiendo del organismo policial) se mostraban de acuerdo en sostener que en su experiencia la policía utiliza apremios al momento de interrogar a los sospechosos.¹³ Además el Estado chileno ha sido cuestionado por el relator especial de las Naciones Unidas para las cuestiones relacionadas con la tortura. En un reporte especial realizado en 1995 el relator reconoció los avances hechos por los gobiernos democráticos, pero indicó también que la brutalidad policial sigue siendo una práctica aplicada con cierta amplitud respecto de los delincuentes comunes.¹⁴

Finalmente, la transición a la democracia ha sido realizada en el contexto de un importante aumento de la preocupación por el crimen. Después del cambio de régimen político el temor a ser objeto de atentados criminales se transformó en la primera prioridad de entre las preocupaciones del público. Al mismo tiempo, algunos organismos públicos, así como organizaciones privadas, comenzaron a realizar evaluaciones acerca de la capacidad del sistema para investigar y castigar los delitos percibidos por la gente como los de más común ocurrencia y como los de mayor peligrosidad. De ese trabajo resultaron algunas conclusiones importantes: por una parte, el sistema procesa una gran cantidad de casos y no tiene la posibilidad de priorizar entre ellos. El resultado es que cada caso es tratado en forma burocrática, siguiendo los pasos formalmente establecidos por la ley para el procedimiento pero sin una seria preocupación por los resultados en términos de la obtención de pruebas. Aparentemente existen algunas excepciones en que el juez dedica tiempo a conducir personalmente el caso, esto ocurre en casos graves como homicidios o en aquellos que tienen un alto perfil público.

¹³ Ver JIMÉNEZ, María Angélica: "El proceso penal chileno y los derechos humanos", vol. II, Estudios Empíricos, *Cuadernos de análisis jurídico*, n° 4, pp. 195 y 218-219.

¹⁴ Reporte presentado a la Comisión de Derechos Humanos de acuerdo con la resolución 1995/37. E/CN.4/1996/35/ Add.2, 4 de enero de 1996.

Por otra parte, el sistema sólo resuelve una proporción limitada de los casos (aproximadamente un 30 % del total) pero en los casos de mayor preocupación pública (robos) los resultados son mucho más limitados (menos de un 5 %). Los mejores resultados son obtenidos en casos en los que no existe una investigación, en los que la policía detiene al sospechoso en el momento mismo de cometerse el hecho (conducir en estado de ebriedad o ebriedad en la vía pública).

En una ocasión, un conocido y respetado ministro de la Corte Suprema dijo que la justicia criminal había colapsado, refiriéndose a la incapacidad del sistema de procesar de manera adecuada y de obtener evidencia en los casos comunes.¹⁵ Esa declaración tuvo amplia difusión en la prensa y se transformó en una especie de síntesis de una percepción bastante generalizada.

Las falencias del sistema en cuanto a su capacidad para perseguir los delitos tiene una clara expresión en la utilización del sistema de ministros de corte como jueces especiales. De acuerdo con la ley, hay algunos casos en los que por la importancia del conflicto o por la posición de las personas involucradas, se requiere la intervención de un juez con una más alta jerarquía con el fin de garantizar de mejor manera su independencia de posibles presiones. En la práctica, el sistema, que consiste en designar como juez especial a un ministro de la corte de apelaciones o de la Corte Suprema en ciertos casos, es utilizado en todos aquellos casos en que por la importancia política del caso o por su connotación pública se requiere la realización de una investigación verdaderamente sistemática. Cuando uno de estos jueces especiales es designado, el caso es tratado de acuerdo con el sistema previsto en la ley, con un juez que puede efectivamente dedicarle tiempo, que puede tomar un contacto directo con la evidencia y que puede ejercer un control efectivo sobre la policía. La percepción general es que en estos casos la efectividad del sistema es muchísimo mayor que en aquellos conducidos por los jueces normales, como producto de ello se ha vuelto usual que algunas víctimas, la prensa o grupos políticos demanden

¹⁵ Ver comentarios de GARRIDO, Mario: *El Ministerio Público para una nueva justicia criminal*, CPU- FCP- UDP, Santiago, 1993, pp. 125 a 130.

designación de jueces especiales para aquellos casos en que tienen interés. Actualmente esto ha significado que una parte importante del tiempo de los jueces de las cortes de apelaciones está dedicado a actuar como jueces especiales.

Bibliografía

- ANDER, Alberto: "Crisis y transformación de la justicia penal en Latinoamérica", en *Reformas Procesales en América Latina: la oralidad en los procesos*, CPU, Santiago, 1993, pp. 67-95.
- : "Perspectivas de la reforma procesal penal en América latina", en *Justicia penal y Estado de Derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, pp. 201-230.
- BOFFIL, Jorge: "Garantías constitucionales y proceso penal", en *Gaceta Jurídica*, n° 146, Cono Sur, Santiago, 1992, pp. 7-13.
- BUSTOS, Juan: "Principios garantistas del Derecho penal y proceso penal", en *Proceso Penal y Derechos Fundamentales*, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago, 1994, pp. 185-193.
- ESTRUCHENBERG, Alfredo: "Exposición crítica al sistema procesal penal chileno", en *Revista de Ciencias Penales*, t. XXIV, Santiago.
- FONTECILLA, Rafael: *Tratado de Derecho procesal penal*, 2ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1978.
- GARCIA, Gonzalo: "La respuesta judicial de los delitos del Gran Santiago, un análisis de las estadísticas criminales de los años 1989-90", Documento de discusión del Centro de Estudios del Desarrollo, Santiago, 1992.
- HERMOSILLA, Germán: "Los procedimientos de designación, calificación y ascenso de los jueces y de los integrantes de los tribunales superiores. Situación actual y proposiciones", en *Proyecto de capacitación, formación, perfeccionamiento y política judicial. Documentos y materiales*, t. I, Corporación de Promoción Universitaria, Santiago, 1990, pp. 395-411.
- JIMENEZ, María Angélica: "El proceso penal chileno y los derechos humanos", vol. II, Estudios Empíricos, *Cuadernos de Análisis Jurídico*, serie Publicaciones Especiales n° 4, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, 1994.

- MAIER, Julio B. J.: *Derecho procesal penal*, t. I, Fundamentos, 2ª ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996.
- "Democracia y administración de justicia penal en Iberoamérica: los proyectos para la reforma del sistema penal", en *Reformas Procesales en América Latina: la oralidad de los procesos*, CPU, Santiago, 1993, pp. 25-66.
- MERA, Jorge: "Propuestas de reforma al sistema procesal penal chileno desde la perspectiva de los derechos humanos", en *Proceso Penal y Derechos fundamentales*, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago, 1994, pp. 349-371.
- MINISTERIO DE JUSTICIA, UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO: "Estudio jurídico estadístico para la proposición de reformas procedimentales. Informe final", t. I, Proceso Penal, 1987, inédito.
- PAILLAS, Enrique: *Derecho procesal penal*, t. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1984.
- PENA, Carlos: "Poder Judicial y sistema político: la reforma de la judicatura en Chile", en *Situación y políticas judiciales en América latina*, Cuadernos de Análisis Jurídico, serie especial n° 2, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, 1994.
- RIEGO, Cristián: "La prisión durante el proceso penal en Chile", *Cuadernos de Análisis Jurídico*, n° 16, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, 1990.
- "El proceso penal chileno frente a la Constitución Política del Estado y la Convención Americana de Derechos Humanos", en *Proceso Penal y Derechos Fundamentales*, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago, 1994, pp. 317-347.
- SOTO, Miguel: "Ministerio Público y política criminal" en *Ministerio público para una nueva justicia criminal*, Santiago, 1994, pp. 135-157.
- TAVOLARI, Raúl: "Necesidad inmediata de una reforma procesal penal", en *Gaceta Jurídica*, n° 91, Ediar-Cono Sur, Santiago, 1988.
- VARGAS, Juan Enrique: "Reforma procesal penal en América latina: la adecuación de las legislaciones al programa de los derechos humanos", en *Proceso Penal y Derechos Fundamentales*, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago, 1994, pp. 275-315.

3. Legislación

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (resolución 2200 [XXI] de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 16 de diciembre, 1996).
- Convención Americana de Derechos Humanos "Pacto San José de Costa Rica"* (aprobada en la Conferencia de Estados Americanos de San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969).
- Constitución Política de la República de Chile 1980*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994.
- Código de Procedimiento Penal*, 12ª ed. oficial, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994.
- Código Orgánico de Tribunales*, 12ª ed. oficial, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990.
- Código Penal*, 12ª ed. oficial, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993.
- Proyecto de Ley "Código de Derecho Procesal Penal"* (Anexo Boletín n° 1630-07-1).

COLOMBIA

POR OSCAR JULIÁN GUERRERO PERRALTA

Bases político-jurídicas del procedimiento penal

Como bien lo ha anotado el profesor Roxin¹ la tarea principal para el futuro en esta materia jurídica es el ajuste del procedimiento penal a una concepción material constitucional del principio del Estado social de Derecho. Ciertamente esta concepción no ha sido ajena a lo consagrado en la Constitución colombiana de 1991 que estableció una fisonomía nueva de la administración de justicia y particularmente del marco constitucional de la justicia penal.

Dentro de este nuevo marco han pasado a tener una vigencia más definida que la anterior Constitución de 1886, los llamados derechos fundamentales que la Constitución consagra para adelantar el procedimiento penal, de tal manera que las relaciones entre Derecho procesal penal y el Derecho constitucional² se han hecho más estrechas, y tal como sucede en otros ordenamientos se debe entender que la investigación y juzgamiento de las personas que se ven comprometidas en los hechos por los que debe indagar en la justicia

¹ ROXIN, Claus: *Strafverfahrensrecht*, Verlag C.H. Beck, Munich, Auflage 24, p. 11. En una versión más desarrollada, pero sobre los mismos presupuestos véase HASSEMER, Winfred: "Lineamientos de un proceso penal en el Estado de Derecho", *Crítica del Derecho penal de hoy*, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 63-92.

² Véase a este respecto TIEDEMANN, Klaus, y otros: *Introducción al Derecho penal y al Derecho penal procesal*, Ariel, 1989, pp. 140-145. En el mismo texto aparecen las referencias de Gómez Colomer, Juan-Luis, para el caso español, pp. 229-230.

penal, no se puede hacer a cualquier precio, sino protegiendo la dignidad humana y los derechos fundamentales de los inculpados.

1.1. Principios procesales penales y debido proceso constitucional

La noción de debido proceso ha sido marcada por la propia Constitución de 1991 en el art. 29, el cual establece su aplicación a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Esta disposición ha establecido como contenido del debido proceso una serie de principios propios del procedimiento penal, así como un conjunto de garantías individuales para la investigación y juzgamiento. Concretamente la disposición constitucional enumera los principios de legalidad, juez natural, presunción de inocencia, derecho de defensa, asistencia judicial, publicidad, discusión y controversia probatoria, recurso en caso de sentencia condenatoria, *non bis in idem*, irretroactividad y favorabilidad.

Frente a una norma constitucional tan amplia en su contenido, ha sido necesario que tanto la doctrina como la jurisprudencia ensayen una decantación del precepto, de tal forma que la primera ha advertido una división del concepto del debido proceso en sus sentidos formal y material,³ mientras que la jurisprudencia constitucional se ha orientado por la recurrente noción del "núcleo esencial de los derechos fundamentales",⁴ a efecto de establecer la relación intrínseca que existe entre el concepto genérico del debido proceso entendido como una serie de pasos necesarios para llegar a un fin establecido y los derechos constitucionales fundamentales de las personas.

Para algunos entendidos el sentido formal del debido proceso se agota en la sumatoria de todos los actos que debe cumplir el funcionario competente, con el objeto de materializar el postulado de un juzgamiento conforme a la ritualidad previamente establecida (observancia de la plenitud de las

³ Véase la extensa exposición de SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto: *El debido proceso penal*, Universidad Externado, 1998, pp. 185-256.

⁴ Véase MARTÍNEZ RAVE, Gilberto: *Procedimiento penal colombiano*, Temis, 1994, pp. 11-12.

formas propias de cada juicio) mientras que un contexto más genérico de apreciación formal del debido proceso, simplemente lo relaciona con la existencia anterior de los procedimientos de investigación y juzgamiento a los que deben ser sometidos los imputados. El sentido material, en cambio, ha adquirido mayor peso desde la Constitución de 1991 y comprende no sólo la preexistencia de los ritos y procedimientos, sino los límites impuestos a la función punitiva del Estado, a través de las garantías constitucionales y legales, lo cual implica el respeto a los fines superiores que impone la Constitución, tales como la libertad, la justicia, la dignidad humana, la igualdad y los derechos fundamentales de las personas.⁵

La jurisprudencia de la Corte Constitucional le ha fijado un alcance al debido proceso, en cuyo núcleo esencial se encuentra extensamente protegida la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio, pero reafirmando siempre los componentes objetivos desde donde adquiere concreción tal postulado. Esta noción reafirma lo dicho por la jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia al referirse al debido proceso en el sentido de que el principio no se suscribía únicamente a garantizar las "formas propias de cada juicio", ni la protección del procesado o del perjudicado, sino también la defensa de los intereses de la sociedad, a efecto de que tenga realidad y operancia el significado esencial de la seguridad jurídica.⁶

En lo que corresponde a las líneas más recientes de interpretación, la Corte Constitucional ha recalcado que algunos de los postulados que aparecen en el art. 29, no necesariamente se compadecen con el llamado núcleo esencial del debido proceso, por ejemplo, la doble instancia se adecua al precepto siempre que se trate de impugnación de sentencias condenatorias, mientras que existen otros postulados que complementan la noción de debido proceso, haciéndose inescindibles de su núcleo esencial, por ejemplo, el acceso de los ciudadanos a la administración de justicia en condiciones de igualdad.

⁵ SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto: ob. cit., pp. 45-63.

⁶ Corte Suprema de Justicia. Sentencia julio 27 de 1992. Magistrado Ponente: Dídimo Paéz, V.

Por otra parte, la noción de debido proceso no sólo se tiene que entender en el marco del Derecho interno, sino también en el marco de Derecho internacional. La Constitución política colombiana dispone en el art. 93 que los tratados y convenios internacionales que reconocen los derechos humanos y prohíben sus limitaciones en el estado de excepción y hayan sido ratificados por Colombia prevalecen en el orden interno. La misma disposición consagra que los derechos establecidos en la Constitución se han de interpretar de conformidad con los tratados internacionales sobre la materia ratificados por el país.

Desde ese punto de vista corroboran la noción del debido proceso en Colombia el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, celebrado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, que entró en vigor el 23 de marzo de 1978, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica que entró a regir en Colombia el 18 de julio de 1978 (ley 16 de 1972).⁷

1.1.1. COMPONENTES DE DEBIDO PROCESO PENAL

Si queremos establecer la misma clasificación utilizada por Roxin,⁸ podemos hablar de principios relativos al proceso, principios relativos a la investigación, principios relativos de la prueba, principios relativos a la forma de rituar el procedimiento.

1.1.2. PRINCIPIOS RELATIVOS AL PROCESO

1.1.2.1. Principio de oficialidad y persecución penal privada

En Colombia, al igual que en otras legislaciones, impera el concepto de promoción de la acción penal por órganos del Estado constituidos para las labores de persecución criminal. Tal tarea la realizan en el país la Fiscalía General de la Nación, los tribunales militares, algunas autoridades policiales para el caso de contravenciones, la Corte Suprema de

⁷ Véase SAAVEDRA ROJAS, Edgar, y otro: *Derecho penal internacional*, t. I, Gustavo Ibáñez, 1995.

⁸ ROXIN, Claus: ob. cit., p. 67.

Justicia, y la Cámara de representantes del Congreso de la República. Las dos últimas en relación con las personas que poseen fuero constitucional.

Respecto al principio de oficialidad, la regla general es que la mayor parte de los delitos son perseguibles oficiosamente, aunque la legislación procesal impone el deber de denunciarlos a todos los habitantes del territorio nacional mayores de 18 años.

El principio de impulso oficioso es relativo, pues algunos delitos exigen para la iniciación de la acción, querrela de parte, petición especial o declaratoria de quiebra. La querrela reserva la titularidad de la acción al sujeto pasivo del hecho posible o titular del bien jurídico que resulta afectado. Cuando el sujeto pasivo del delito querellable sea la sociedad, le corresponde la instauración de la querrela al defensor del pueblo. Y cuando el sujeto pasivo de la conducta es el Estado, la petición especial la debe entablar el procurador general de la Nación. La querrela es desistible y en el evento de presentarse extingue la acción penal con consentimiento del sindicado. A diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones, en donde existe la división entre delitos públicos, semipúblicos y privados, o delitos perseguibles únicamente a instancia de parte y delitos de acción privada, en la legislación procesal penal colombiana las excepciones al principio de persecución oficiosa se enmarcan dentro del concepto de condiciones de procedibilidad o procesabilidad, esto es, presupuestos para el ejercicio de la acción penal, según los cuales la iniciación de la investigación depende de la iniciativa de los afectados o sus representantes. No se compadece esta noción con la de delitos de acción privada, puesto que una vez instaurada la querrela o petición, el Estado asume el trabajo de investigación penal y lo lleva hasta sus últimas consecuencias, sin que al querellante le asista la obligación de comprobación del hecho de su acusación (carga de la prueba) claro está, si el querellante desiste, la acción culmina con las decisiones legales correspondientes.

1.1.2.2. Principio acusatorio

En la legislación procesal penal colombiana ha alcanzado mayor desarrollo teórico la noción genérica de sistema

acusatorio, entendida como separación de las funciones de investigación y juzgamiento que el principio acusatorio entendido como presupuesto de la iniciación de la fase de encausamiento. En efecto, la Constitución política, en su art. 250 estableció como tareas propias de la Fiscalía General de la Nación investigar y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes. Tal división tiene un carácter absoluto, toda vez que el art. 252 prohíbe taxativamente, aun dentro de los estados de excepción la supresión o modificación de los organismos y las funciones básicas de acusación y juzgamiento.

El principio acusatorio, como presupuesto formal de la fase de juzgamiento y por ende, como protección del imputado al que se le definen unos cargos que debe conocer anticipadamente para ejercer su legítimo derecho de defensa y a los que debe corresponder la sentencia, se contempla en los arts. 440, 441 y 442 del C.P.P. que establecen las formas de notificación, los requisitos sustanciales y las formalidades de la resolución de acusación.

Ahora bien, la realización absoluta del principio acusatorio como fijación del objeto del juicio oral y la variación de la calificación de los hechos en sede de juzgamiento, por prueba sobreviviente, es uno de los puntos que mayor debate ha suscitado en la legislación procesal penal colombiana. La ley establece como requisito formal de acusación la calificación provisional de los hechos realizada por el fiscal, sin establecer las consecuencias de una modificación posterior, con respecto al derecho de defensa y al mantenimiento de la imparcialidad del funcionario que juzga. En todo caso, el principio se cumple en sus variantes de conocimiento de la imputación y separación funcional, pero por los problemas que ha presentado es uno de los puntos considerados como importantes y dignos de reforma.

1.1.2.3. Principio de legalidad

El principio de legalidad en la legislación procesal penal colombiana se identifica con el viejo aforismo latino *nullum crimen, nulla poena sine lege* que, como es obvio, se concreta en el conocimiento por parte de los asociados de la ley penal positiva, realizando así el postulado de la seguridad jurídica.

El principio de legalidad en su variante de completo necesario de los principios de oficialidad y acusación, por ausencia del concepto de "oportunidad", tal y como sucede en las legislaciones germana y española.⁹ Por lo tanto, se debe entender que el principio de legalidad como obligatorio deber jurídico de la Fiscalía General de la Nación para promover la acción penal y acusar los infractores, no acepta excepciones, toda vez que la Constitución le asigna la labor de investigación y acusación, mediante las facultades de impulso oficioso, querrela de parte o denuncia.

En este contexto la Fiscalía General de la Nación debe asumir la investigación de todos los hechos que lleguen a su conocimiento, reservándose en el curso de la investigación preliminar la posibilidad de inhibirse de iniciar la instrucción formal por inexistencia del hecho, atipicidad, improcedencia de iniciación o demostración de antijuridicidad o culpabilidad. Esta facultad, así como las modalidades de preclusión de la investigación, no se compadecen con la aplicación del llamado "principio de oportunidad"¹⁰ de otras legislaciones, pues el fiscal no tiene la posibilidad de disposición sobre la acción penal, en el sentido de prescindir de la obligación de persecución.

Para hacer más efectivo el principio de legalidad, en lo que respecta a la acción penal el estatuto orgánico de la Fiscalía General de la Nación en su art. 5° establece que la Fiscalía General debe actuar con sujeción a la Constitución, a las leyes y demás normas que integran el ordenamiento jurídico, velando en todo momento para que se actúe de conformidad con el respeto de defensa, los derechos humanos y haciendo prevalecer el Derecho sustancial (arts. 5° y 6°, decreto 2699 de 1991).

1.1.2.4. Principio del juez natural

En otras legislaciones se le conoce como principio de juez legal. En Colombia este principio se cumple en desarrollo de

⁹ Véase por ejemplo GIMENO SENDRA, Vicente, y otros: *Derecho procesal penal Constitución y proceso penal*, Colex, Madrid, 1996, pp. 59-79.

¹⁰ Mantienen esta posición, entre otros, BERNAL CUÉLLAR, Jaime: *Comentarios a la ley 81 de 1993*, Escuela Judicial R.L.B., *Revista Minjusticia*, 1994, p. 14.

art. 29 de la Constitución Nacional que establece como componente del debido proceso el juzgamiento ante juez o tribunal competente. En consecuencia, la misma Constitución Nacional no permite la creación de jurisdicciones excepcionales y además prohíbe taxativamente la investigación o juzgamiento de civiles por parte de la justicia penal militar. Esta prohibición es el producto de la reacción en contra de la atávica conducta de ciertos gobiernos que aplicaban la justicia castrense a los delitos políticos. En la legislación procesal penal, el principio constitucional se desarrolla en toda su extensión al determinar las competencias por diversas variables (sujeto investigado, distribución territorial, tipo de delito, cuantía).

Complemento obligatorio de este principio es la prohibición constitucional contenida en el art. 252 de suprimir o modificar los organismos, ni las funciones básicas de acusación y juzgamiento.

1.1.3. PRINCIPIOS RELATIVOS A LA INVESTIGACIÓN

1.1.3.1. *Averiguación de la verdad material*

El último inciso del art. 150 de la Constitución Nacional obliga a la Fiscalía General de la Nación a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado, así como a respetar sus derechos fundamentales y las garantías procesales que le asistan. Algún sector de la doctrina ceñido estrictamente al análisis exegético identifica esta exigencia constitucional del proceso penal como principio de "investigación integral", el cual obliga al fiscal a un esfuerzo doble que para los partidarios de un estricto proceso acusatorio de partes, en el campo penal, es criticable desde el punto de vista de la labor de una Fiscalía que debe circunscribir su actuación a la búsqueda de pruebas de cargo para acusar ante los jueces competentes, librando la tarea de investigación de lo favorable al defensor. *A contrario sensu*, otros que se identifican más con el concepto de averiguación de la verdad material, entienden este postulado constitucional como parte estricta del debido proceso, pues reconocen el objeto del procedimiento penal como un conjunto de pasos para dilucidar hechos y

determinar responsabilidades, obligando al fiscal y al juez a una declaración estricta de lo acaecido en la realidad.¹¹

Al igual que en otras legislaciones, el desarrollo legal de este principio implica la libertad de práctica probatoria, tanto del fiscal en la etapa instructiva, como la del juez en la etapa de juzgamiento, pero, siempre en la búsqueda de la verdad real (art. 249, C.P.P.). En consecuencia para no desvirtuar este principio, la prueba de confesión no tiene carácter absoluto en la apreciación sobre los hechos, pues la ley exige al funcionario la práctica de las diligencias pertinentes para determinar la veracidad de la misma y las circunstancias del hecho.

1.1.3.2. *Principio de audiencia judicial*

Este principio se puede apreciar dentro del contexto amplio del derecho de defensa, pero en lo que respecta a la intervención del imputado en las diversas fases del procedimiento, el ordenamiento procesal penal establece varias posibilidades. Así, durante la investigación preliminar puede recibírsele al imputado una versión por parte de la Fiscalía, o quien tenga conocimiento de que se ventilan imputaciones en su contra tiene la posibilidad de solicitar la versión libre para que se le escuche de inmediato (art. 322, C.P.P.), en ambos casos con asistencia de defensor. Durante la fase instructiva se encuentra la llamada diligencia de indagatoria, reservada para las personas a quienes en virtud de los antecedentes y desarrollo de la investigación se les pueda considerar autores o partícipes del hecho punible. También para quienes han sido sorprendidos en flagrancia. Al igual que en la versión libre, la indagatoria puede ser solicitada y ampliada por el funcionario o el imputado.

En la fase de juicio este principio adquiere su máxima expresión, pues es obligatoria la asistencia del procesado privado de libertad (art. 452). En la celebración de audiencia el acusado es interrogado por el juez y los sujetos procesales, y tiene derecho a intervenir y presentar resúmenes de las razo-

¹¹ Obsérvese que en otras legislaciones como la alemana, el § 160 StPO obliga también a la averiguación de las causas de exculpación.

nes de su defensa, junto con el apoderado de acuerdo con lo establecido en el art. 451 C.P.P. Cuando no se quiera hacer uso de la palabra, se tiene derecho a nombrar vocero. Tratándose de la práctica de pruebas orales (interrogatorio) es posible que los sujetos procesales contrainterroguen (art. 292, C.P.P.).

1.1.3.3. Principio de aceleración y concentración

Como componente estructural del debido proceso la Constitución Nacional consagra en favor de los sindicados el derecho a un proceso público sin dilaciones injustificadas. Este principio se concreta en las exigencias que impone la misma Constitución a las actuaciones de la administración de justicia, tales como observancia estricta de los términos judiciales y la prevalencia del Derecho sustancial sobre las formalidades (art. 228, C.N.) también con la posibilidad de corrección de los actos irregulares por parte del funcionario judicial respetando lógicamente el debido proceso (art. 13, C.P.P.).

El principio de concentración se realiza en toda su extensión durante la audiencia pública (art. 448, C.P.P.) de juzgamiento, ya que la ley procesal penal establece la práctica de pruebas en sede de juicio, con excepción de las que deban realizarse fuera del juzgado, en un término breve.

1.1.4. PRINCIPIOS RELATIVOS A LA PRUEBA

1.1.4.1. Libertad y controversia probatoria

La Constitución Nacional en su art. 29 establece que el sindicado tiene derecho a presentar pruebas y controvertir las que se presenten en su contra y además consagra la sanción de nulidad de pleno Derecho para las pruebas obtenidas con violación del debido proceso. En el ordenamiento procesal penal se hace explícita la libertad de prueba, al decir que cualquier medio probatorio es viable para demostrar la responsabilidad del imputado, los elementos del hecho punible y la cuantía de los perjuicios. Como complemento del principio de averiguación de verdad material, existe posibilidad de rechazar las pruebas inconducentes, así como las obtenidas ilegalmente. Siempre rige la necesidad de la prueba como soporte de las decisiones judiciales, además de la exigencia

de eficacia de las mismas que se refiere a la posibilidad de certeza que brinden las pruebas en la demostración del hecho y la responsabilidad.

En Colombia, opera el sistema de apreciación racional e integral del material probatorio (art. 253, C.P.P.) de acuerdo al cual, las pruebas se aprecian con las reglas de la sana crítica, asignando el mérito que cada una tenga en el conjunto de lo demostrado.

1.1.5. PRINCIPIOS RELATIVOS A LA FORMA DE RITUAR EL PROCESO

La publicidad como componente del debido proceso aparece en la Constitución, aunque en la legislación procesal mantiene la reserva de la fase instructiva y la publicidad del juicio. Así en la fase de investigación previa e instrucción, el ordenamiento determina la reserva de las diligencias (arts. 321, 331, C.P.P.) permitiendo el acceso a la actuación únicamente a los intervinientes en el proceso. En consecuencia es factible imponer sanciones para quienes revelen aspectos sometidos a la reserva sumarial. En cuanto a la oralidad se debe anotar que su desarrollo es mínimo, pues la legislación procesal no la asume como un modo de relación ágil de los intervinientes en el proceso (lo que lo aleja más del modelo acusatorio), sino simplemente como una formalidad en la fase de juicio, la que por otra parte, también aparece ritualizada por la escritura.

1.1.6. MONOPOLIO ACUSATORIO Y PERSECUCIÓN PENAL PRIVADA

En Colombia la Constitución Nacional establece claramente en el art. 250 el concepto de monopolio acusatorio, al definir el contexto en el que actúa la Fiscalía General de la Nación, el cual se entiende como actuación de oficio (principio de oficiosidad), o mediante denuncia o querrela. El contenido del mandato constitucional atribuye a la Fiscalía la investigación y acusación de todos los delitos, con las únicas excepciones taxativas de las personas que gozan de algún fuero (congresistas, miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio, altos funcionarios del Estado, tales como fiscal general, ministros, magistrados, agentes diplomáticos).

La delimitación exacta de las funciones de investigación y acusación, correspondientes a la Fiscalía General de la

Nación, y las de juzgamiento correspondiente a los jueces de la República, no implican que necesariamente todos los procesos deban someterse al mismo trámite, en cuanto a términos, notificaciones, actividad probatoria y decisiones. Por algún sector de la doctrina, lo fundamental es mantener la separación funcional, razón por la cual no resultan violatorias de la Constitución Nacional las terminaciones anormales del proceso penal (sentencia anticipada y audiencia especial), aunque algunos ponen en duda esta concepción, en la medida en que la Constitución Nacional exige para toda persona que sea sindicada el derecho a un debido proceso público, en un sentido absoluto.¹²

En cuanto al ejercicio de la acción penal, el principio de legalidad, tal y como se expuso arriba, cobra toda su vigencia, lo cual significa que la formulación de la acusación no depende de la discrecionalidad del funcionario o la conveniencia o no de la acusación, sino que depende exclusivamente de la aparición de prueba que permita fundamentar la resolución acusatoria. En el contexto en el ejercicio de la acción penal le corresponde a la Fiscalía General definir sobre los dos extremos fundamentales de ésta, vale decir, la posibilidad de iniciar el trámite que originalmente le está atribuido o precluir el proceso mediante decisión que hace tránsito a cosa juzgada. En un correlato lógico, la mayor parte de la doctrina en Colombia ha entendido que no tiene lugar la aplicación del principio de oportunidad, en el sentido de la existencia de criterios que permitan llevar a cabo la selección de casos para persecución penal conforme a ciertas decisiones de política criminal adecuadas, aunque algunos observen erróneamente las terminaciones anticipadas como una manifestación de la oportunidad reglada.¹³

¹² Véase BERNAL CUÉLLAR, Jaime: ob. cit., p. 14. Aunque esta posición no es del todo sólida, si se observa la gran ambigüedad de la sentencia de la Corte Constitucional C-425 de 1996, referente a la constitucionalidad de la sentencia anticipada. En el caso de otras legislaciones véase el importante estudio de WEIGEND, Thomas: *Absprachen in ausländischen Strafverfahren*; Max Planck Institut, Friburgo, 1995.

¹³ En el mismo sentido se ha planteado la discusión en España. Véase al respecto el muy completo análisis de BARONA VILAR, Silvia: *La conformidad en el proceso penal*, Tiran lo Blanch, 1995. Para el caso latinoamericano: Rico, José María: *Justicia penal y transición democrática en América latina*, Siglo XXI, 1997, pp. 251-253.

En relación con lo que otras legislaciones suelen denominar como persecución penal privada lo que resulta más claro, sin que coincida exactamente con este concepto es llamado querellante legítimo. La legislación colombiana ha considerado en este sentido que para cierta clase de delitos es necesario dejar a voluntad de la víctima la disposición de la acción penal. Ésta es una situación de excepción a la regla general del principio de oficiosidad como se definió anteriormente. El art. 33 del Código de Procedimiento Penal consagra los delitos que son querellables, aunque para el caso de contravenciones especiales (ley 228 de 1995) y las contravenciones policiales, también se requiere querrela de parte a efectos de la iniciación de la acción.

El grado de disponibilidad de la acción penal por cuenta del querellante se concreta en la figura de desistimiento, vale decir, la posibilidad de terminar la acción penal una vez iniciada, con algunos requisitos, tales como: a) el desistimiento puede ser condicionado; b) debe presentarse por escrito o verbalmente durante la actuación antes de la sentencia de primera instancia; c) requiere del consentimiento expreso del demandado; d) no admite retractación.

1.7. ORGANIZACIÓN DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Lo que en buena parte de las legislaciones extranjeras se conoce como Ministerio Público,¹⁴ en Colombia corresponde a la Fiscalía General de la Nación, mientras que el Ministerio Público o Procuraduría General de la Nación (art. 117, C.N.) tiene funciones de control sobre la actuación y vigilancia de la conducta del juez y el fiscal. El Ministerio Público tiene calidades de sujeto procesal y se hace partícipe en el proceso penal en defensa de los intereses de la sociedad, el orden jurídico, el patrimonio público y los derechos y garantías fundamentales (arts. 131-135, C.P.P.).

¹⁴ A éste véase el trabajo comparativo de ILANUD: *El Ministerio Público en América latina*, San José, 1991. En una perspectiva de ventajas y desventajas GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: "La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: aspectos estructurales a la luz del Derecho comparado", *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n° 5, 1995.

La creación de la Fiscalía General de la Nación se remonta a 1979,¹⁵ año en el que una reforma constitucional estableció, pero fue declarada inexecutable a través de las funciones de control constitucional que tenía la Corte Suprema de Justicia. En el año de 1991 la Asamblea Nacional Constituyente diseñó toda una estructura nueva de la administración de justicia que incluyó la Fiscalía General como parte de la rama judicial, reviviendo el viejo problema de duplicación institucional de los órganos de persecución penal, cuyas incidencias se aprecian en la nominación de los funcionarios judiciales y la independencia, tanto interna, como externa de los mismos.

Actualmente, la Fiscalía General de la Nación tiene un diseño institucional, según el cual debe cumplir una serie de funciones dentro del proceso penal (art. 250, C.N.), tales como la investigación y acusación de los infractores de la ley penal ante los tribunales competentes, pero además en desarrollo de dichas funciones, la Constitución le exige el aseguramiento de la comparecencia de los presuntos infractores mediante decisiones restrictivas de la libertad de los procesados y las referentes a sus bienes, la calificación y la preclusión de las investigaciones, así como la dirección y coordinación de las funciones de policía judicial. Las funciones relativas a la imposición de medidas de aseguramiento que en otras latitudes son propias de los jueces, han suscitado multiplicidad de críticas por el excesivo poder del fiscal en el ámbito investigativo y, por lo tanto, han tenido que moderarse a través de algunas reformas legales que exigen un control de legalidad por parte del juez,¹⁶ sobre dichas decisiones, además de los recursos (414 a C.P.P.).

¹⁵ Para una historia véase GUERRERO PERALTA, Oscar Julián: "Descripción histórico-jurídica de la evolución de instrucción criminal y medicina legal", Oficina de investigaciones socio-jurídicas, *Revista Minjusticia*, n.º 2, 1990, pp. 51-77. Más recientemente FERNÁNDEZ, Wanda L.: *Fiscalía juez y parte*, Librería del Profesional, 1996. Y SINTURA VARELA, Francisco José: *La Fiscalía General de la Nación, una realidad jurídica en Colombia*. GRANADOS, Jaime: *El sistema acusatorio en el Derecho comparado y la nueva Fiscalía General en Colombia*, G. Ibáñez, 1996.

¹⁶ En la ley 81 de 1993 se dispuso que las medidas de aseguramiento proferidas por la Fiscalía, una vez ejecutoriadas, pueden ser revisadas en su legalidad por el juez del conocimiento.

El Fiscal General es elegido para un periodo de 4 años por la Corte Suprema de Justicia, de terna enviada por el presidente de la República, y no puede ser reelegido, a él se exigen las mismas calidades que cumplen los magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Dentro de las funciones especiales que la Constitución le asigna, están las de investigar a los funcionarios con fuero constitucional, las relativas a la administración de la entidad, el participar del diseño de la política criminal y la de otorgar atribuciones de policía judicial a ciertos entes públicos (art. 251, C.N.).

La estructura de la Fiscalía General de la Nación se compone del fiscal general, el vicesfiscal y los fiscales delegados ante las instancias de juzgamiento (art. 66, C.P.P.) que se distribuyen de acuerdo con la competencia que les asigne la ley, funcional y territorialmente. De esta forma, la Fiscalía tiene competencia en todo el territorio nacional y cumple sus funciones a través de los fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia, los tribunales superiores de distrito judicial y ante los jueces penales del circuito, municipales y regionales. La Fiscalía hace parte de la rama judicial y tiene autonomía administrativa y presupuestal. El estatuto orgánico establece que las funciones administrativas las cumplen los fiscales delegados y el personal auxiliar conforme a los principios de unidad de actuación, y dependencia jerárquica sujetos en todo caso a los principios de legalidad e imparcialidad.

A pesar de la amplia publicidad con que ha contado en los últimos 4 años, no han faltado las voces críticas,¹⁷ a esta novedosa institución, así como a su funcionamiento, pues para algunos su estructura burocrática jerarquizada niega las posibilidades de una administración de justicia absolutamente imparcial. De otra parte, resulta bastante contradictorio que en la fase instructiva del proceso penal la Fiscalía tenga funciones de juez y parte (en lo respecta a las decisiones sobre la libertad de las personas o la preclusión de investigación cuando se alegan causales de exoneración de responsabilidad) situación ésta que niega los supuestos más esenciales del procedimiento contradictorio, cuya manifesta-

¹⁷ Proyecto de ley de reforma constitucional referido a la Fiscalía General de la Nación. Senado de la República, 1995. Ponente senador Gómez Gallo Luis.

ción más moderna en la tendencia acusatoria, no es la instrucción del sumario, sino el aseguramiento del debido proceso.¹⁸

1.1.8. LA POLICÍA JUDICIAL

Las funciones de policía judicial¹⁹ en Colombia, también cuentan con entidad constitucional, en la medida en que la carta política dispone, como parte de las funciones de la Fiscalía General, aquella referente a dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente cumple la policía nacional y los demás organismos que señale la ley (art. 250.3, C.N.). Esta norma constitucional no es gratuita, se observa que uno de las principales dificultades de la investigación criminal en Colombia, es la multiplicidad de organismos que pueden cumplir labores de policía judicial. En la práctica cotidiana de investigación criminal, al menos 6 entes adelantan pesquisas y, en consecuencia, para darle efectiva aplicación a la Constitución, la normatividad orgánica de la Fiscalía General de la Nación establece el Consejo Nacional de Policía Judicial bajo la dirección del fiscal general.

En lo referente a la coordinación, el mismo Consejo Nacional es el encargado de asesorar al fiscal general en la definición de competencias y responsabilidades asignadas a las diferentes entidades del Consejo, buscando el aprovechamiento de ventajas de cada entidad, la eliminación de duplicidades y los vacíos del sistema.

Ahora bien, la Fiscalía General de la Nación cuenta con su propio Cuerpo Técnico de Policía Judicial (C.T.I.), el cual depende directamente del fiscal general y del director respectivo, pero las otras entidades como la policía nacional o el Departamento Administrativo de Seguridad (D.A.S.) no tienen una relación directa con la rama judicial, sino que dependen del Poder Ejecutivo. Estas labores son complementadas por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, dependiente de

¹⁸ De esta opinión es CARNELUTTI, Francisco: *Poner en su puesto al Ministerio Público*, Buenos Aires, 1961.

¹⁹ Véase al respecto el interesante estudio comparativo de Rico, José María: *La policía judicial. Perspectivas para América latina y Ecuador*, Corporación latinoamericana para el desarrollo, CDL, Quito, 1994.

Fiscalía General, pero dotado de personería jurídica y autonomía administrativa y patrimonial, organizado bajo el carácter de establecimiento público del orden nacional.

En cuanto al control sobre las actuaciones de policía judicial en el procedimiento penal, la ley procesal (arts. 312-317, C.P.P.) establece en la etapa de investigación previa, la validación probatoria sin necesidad de providencia previa, pero para los casos de flagrancia. En la etapa instructiva y de juzgamiento la policía judicial sólo puede actuar por instrucciones del fiscal y con ciertas restricciones para la práctica de otras pruebas o diligencias que surjan del cumplimiento de la comisión. Siempre se deben realizar las diligencias con acatamiento estricto de las garantías constitucionales.

2. Garantías individuales del imputado

2.1. DERECHO DE DEFENSA

El derecho de defensa penal le asiste a todo imputado para oponerse a una acusación y recoge todo un conjunto de garantías y derechos instrumentales para contradecir las pretensiones penales del opositor. La extensión de esta garantía se predica de toda la actuación penal e implica, como lo ha dicho Maier, "la facultad de ser oído, el control de las pruebas de cargo, la presentación de las pruebas de descargo con el fin de excluir o atenuar la reacción penal, etcétera".²⁰

En la legislación procesal penal colombiana el conjunto de derechos que rodean esta garantía se resumen de la siguiente manera: a) Derechos del capturado (ser informado de los motivos de la captura y el funcionario que la ordenó, comunicación inmediata del capturado con el defensor, obligación de comunicar la aprehensión, derecho a no ser incomunicado, derecho a rendir versión libre en investigación previa y derecho al silencio, siempre con presencia de defensor, art. 377, C.P.P.). b) Derecho de asistencia de abogado, designado por el mismo o de oficio. Son varias las normas que consagran la necesidad de una defensa efectiva, y por lo tanto

²⁰ MAIER, Julio B. J.: *Derecho procesal penal argentino*, t. I-B, p. 311.

esta noción se compadece con el concepto de conocimiento necesario sobre las cuestiones jurídico-procesales y materiales, llamados también defensa técnica.²¹ En la legislación colombiana, actuaciones como la indagatoria, y en general todas las actuaciones de carácter testimonial que afecten al imputado, deben ser asistidas por profesionales del Derecho. c) Derecho a la información, esta noción implica la comunicación al procesado sobre los hechos que se le imputan y la calificación jurídica de los mismos para que pueda ejercer la correspondiente contradicción (art. 440, C.P.P.). d) Derecho a la impugnación: igualmente tanto las normas constitucionales como procesales consagran la posibilidad de impugnar la sentencia condenatoria y de apelar toda sentencia judicial (art. 31, C.N.). En la ley procesal penal esta facultad se le otorga no solo al defensor, sino también al procesado, de tal forma que en materia de defensa el sindicado tiene los mismos derechos de su defensor, excepto para la sustentación del recurso de casación. En el caso que existan peticiones contradictorias entre el sindicado y el defensor prevalece las últimas (art. 137, C.P.P.).

En Colombia existe la defensoría pública de oficio, organizada en la Defensoría del Pueblo de acuerdo con lo regulado en el art. 282 de la Constitución Nacional. El art. 140 del C.P.P. establece que este servicio se presta a quienes carecen de recursos económicos para proveer su propia defensa, en las instancias del sindicado, el Ministerio Público o el funcionario judicial. Cuando no existe posibilidad de defensor público o hay imposibilidad de designación inmediata, al sindicado se le nombra defensor de oficio.

1.2.2. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El art. 2º del Código de Procedimiento Penal dispone que toda persona se presume inocente, y debe ser tratada como tal mientras no se produzca una declaración definitiva sobre su responsabilidad penal.²² Esta garantía se recal-

²¹ Al respecto la jurisprudencia ha reclamado idoneidad profesional y personal del defensor. Corte Constitucional. Sentencia C-592 de 1993. Magistrado Fabio Morón Díaz.

²² La jurisprudencia constitucional relaciona este aspecto con el contexto del derecho de defensa y particularmente con la posibilidad de controversia probatoria. Sentencia C-150 de 1993 de la Corte Constitucional.

en el art. 445 referente a la presunción de inocencia en la etapa de juzgamiento y se complementa con el principio *in dubio pro reo*. Incluso dentro del contexto estructural de la administración de justicia, la Constitución consagra que únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales de forma definitiva tiene la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales.

1.2.3. PROHIBICIÓN DE AUTOINCRIMINACIÓN

La Constitución establece en el art. 33 la garantía según la cual nadie puede declarar contra sí mismo y la extiende a las personas del cónyuge, compañero permanente o parientes dentro de cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

El desarrollo de esta garantía en el Código de Procedimiento Penal implica que para los casos de la prueba de confesión, la persona que confiese haya sido informada del derecho a no declarar en contra de sí misma (art. 296, C.P.P.) y en el mismo sentido cuando se adelanten pruebas testimoniales, el funcionario respectivo tiene la obligación de hacer saber esta garantía a todo imputado que vaya a ser interrogado y a toda persona que deba rendir testimonio.

1.2.4. LIBERTAD PERSONAL

La Constitución consagra la vieja regla según la cual nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni privado de su libertad, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento de autoridad judicial competente, expedido por las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley (art. 28 C.N.) el desarrollo de este principio en la legislación procesal adquiere concreción en relación con las funciones de policía judicial, y las garantías que deben rodear la captura, las medidas de aseguramiento restrictivas de la libertad de las personas y el *habeas corpus*. Desde este punto de vista la legislación procesal debería haber acuñado un modelo en el que la libertad fuese la regla y el encarcelamiento preventivo la excepción, sin embargo en realidad sucede lo contrario, lo que predica una excesiva aplicación del Derecho penal sin consideración a la noción de *ultima ratio*.

La misma disposición constitucional consagra que la persona detenida debe ser puesta a disposición del juez competente dentro de las 36 horas siguientes para que adopte la decisión que legalmente corresponda, y en cuanto al *habeas corpus* se consagra que quien estuviere privado de su libertad y creyere estarlo ilegalmente, tiene derecho a invocar ante cualquier autoridad judicial, en todo tiempo, por sí mismo o por interpuesta persona, una acción pública para que se decida dentro de las 36 horas siguientes sobre su libertad.

1.2.5. PROHIBICIÓN DE *REFORMATIO IN PEIUS*

La Constitución consagra un límite a la posibilidad de control de los actos jurisdiccionales por cuenta de los superiores jerárquicos que deben conocer de los recursos. En este caso concreto se prohíbe agravar la pena impuesta en perjuicio de quien promovió el recurso de apelación, vale decir, el sindicado o su defensor indicándose que no se puede hacer más gravosa la situación cuando el condenado apelante sea el único.

1.2.6. DOBLE INSTANCIA

El art. 31 de la Constitución Nacional dispone que toda sentencia judicial puede ser apelada o consultada, incluso como complemento de la *reformatio in peius*. La norma procesal que consulta este postulado lo hace extensivo a cualquier decisión de carácter interlocutorio.

Además de las disposiciones constitucionales que garantizan los derechos del imputado y del sindicado, el Código de Procedimiento Penal establece como principios rectores la finalidad del procedimiento, el principio de favorabilidad, la corrección de actos irregulares, la cosa juzgada, el restablecimiento del Derecho, la lealtad, la gratuidad y la igualdad.²³

²³ Una exposición más amplia de este particular en: ESPITIA GARZÓN, Fabio: *Derecho procesal penal*, Oxford University, México, 1997, pp. 9-20. Respecto a todos los principios véase VELÁSQUEZ, Fernando: *Principios rectores de la nueva ley procesal penal*, Temis, 1987.

Aspectos relativos a la imparcialidad de los funcionarios en el proceso penal

En materia de jurisdicción y competencia la ley procesal colombiana define de acuerdo con las distribuciones territoriales y las variables funcionales, la distribución del trabajo judicial para el conocimiento de las causas. En cuanto a las labores de instrucción, la ley dispone que la Fiscalía General de la Nación asuma lo correspondiente a la dirección, realización, y coordinación de la investigación en materia penal. Substantivo, también la Fiscalía General de la Nación dispone de unas reglas de competencia de acuerdo al territorio, la función y el factor subjetivo (arts. 122, 127, C.P.P.).

La jurisdicción y los factores de competencia, poseen unas características que realizan el principio constitucional del juez natural, de tal manera que como derecho fundamental constitucional éste debe ser fijado mediante ley material, cada vez que la propia Constitución establece la prohibición de modificar los organismos y las funciones básicas de acusación y juzgamiento o la creación de organismos jurisdiccionales especializados (art. 252, C.N.).

Sin embargo, para mantener un estricto control sobre la imparcialidad de los jueces y fiscales la ley ha establecido reglas relativas a impedimentos y recusaciones, mediante las cuales se neutralizan las posibles situaciones de parcialidad originadas dentro de la actuación que comprometan a intervinientes en el proceso con intereses contradictorios. Las llamadas causales de impedimento y recusación se aplican tanto a los jueces y magistrados como al fiscal general de la Nación y sus delegados y se hacen extensivas a los miembros del Cuerpo Técnico de Policía Judicial, los agentes del Ministerio Público, los empleados de los despachos judiciales y las fiscalías delegadas, así como a cualquier otro funcionario que ejerza funciones transitorias de policía judicial.

Las causales de impedimento y recusación puede tener su origen en diferentes intereses (personal, crediticio, parentesco, profesional, sucesoral) o en situaciones de carácter jurídico, tales como pronunciamiento anterior, vinculación a actuaciones penales o disciplinarias o prejuzgamiento institucional. Este último fue ampliamente discutido en la jurisprudencia, de tal manera que por esta vía se aclaró que quien

haya calificado la actuación o haya intervenido como fiscal en la fase de investigación preliminar o instrucción, se encuentra impedido para participar en la fase de juzgamiento.

El impedimento se declara a instancias del propio funcionario, mientras que la recusación procede de un sujeto procesal que lo promueve, en ambos se requiere de un trámite para decidir sobre los fundamentos, lo que en algunos casos implica la suspensión de la actuación procesal (arts. 103, 117, C.P.P.).

1.4. Reglas relativas a la independencia judicial

Como ha sido teóricamente tradicional, la noción de independencia judicial²⁴ comporta dos conceptos: a) la independencia externa ligada al principio clásico de separación de poderes, pero cuya materialización implica inamovilidad de jueces, autonomía presupuestal, seguridad de funcionarios etc.; b) la independencia interna, en cambio hace referencia al concepto de autonomía en las decisiones jurisdiccionales. En Colombia impera el principio constitucional conocido como la sujeción del juez al imperio de la ley respecto de las decisiones que tomen los funcionarios, sin olvidar como criterios auxiliares de la actividad judicial, a la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del Derecho y la doctrina. En este sentido la necesaria independencia de los jueces y fiscales está desarrollada en la ley estatutaria de la administración de justicia que recalca la independencia y autonomía de la rama judicial en la función constitucional y legal de administrar justicia y define la independencia entera en el sentido de que ningún superior jerárquico en el orden administrativo o jurisdiccional podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un funcionario judicial para imponerle las decisiones o criterios que deba adoptar en sus providencias (art. 5° ley 270 de 1996).

En cuanto a los problemas de independencia externa, el funcionamiento de la administración de justicia penal no ha motivado mayores controversias que las relativas a las dis-

²⁴ Véase a este respecto Rico, José María: *Independencia judicial en América latina. Replanteamiento de un tema tradicional*, Miami CAJ, Florida International University, 1990.

posiciones presupuestales y en menor medida las de elección del fiscal general de la Nación. En materia de independencia interna han existido varias discusiones en razón a la conjunción de actividades jurisdiccionales y administrativas que desempeña la Fiscalía General de la Nación, de tal forma que en la ley estatutaria de la administración de justicia introdujo varios correctivos, entre otros, la reiteración de que los principios constitucionales que regentean la acción de la rama jurisdiccional son aplicables a la Fiscalía, así como los tratados internacionales vigentes por Colombia, y la ley estatutaria. En el mismo sentido la ley estatutaria recalcó el principio de la doble instancia e impuso un plazo perentorio a efecto de que la estructura judicial incorporara funcionarios dedicados exclusivamente a los trámites de apelación. Por último definió los supuestos del régimen disciplinario, y las actividades de dirección, coordinación y control de las funciones de policía judicial.

2. Procedimiento vigente y Estado social y democrático de Derecho

2.1. Estructura del proceso penal

Siguiendo los lineamientos de los procesos mixtos con tendencia a la formalidad acusatoria el proceso penal colombiano se estructura en dos fases, una de investigación y otra de juzgamiento. No obstante la asimilación de esta tendencia moderna, existen diferencias bien marcadas con las estructuras procesales de otras latitudes que se inscriben en el marco de lo acusatorio como en adelante se puede observar.²⁵

2.1.1. ETAPA DE INVESTIGACIÓN PREVIA

La fase investigativa propiamente dicha, tiene la posibilidad de dividirse en una etapa preliminar o preprocesal y una etapa de instrucción formal, dependiendo del conocimiento que

²⁵ En Colombia el debate todavía está vigente, pero no es examinada con detenimiento la incorporación de los procedimientos con tendencia acusatoria en los países de Derecho continental. Un ejemplo claro en el caso italiano lo da AMODIO, Ennio: *Un accusatorio all'europea. Per la riforma della procedura penale continentale*, Giuffrè, 1991.

las autoridades tengan sobre las variables de esclarecimiento del hecho punible. Sucede lo primero, es decir, la investigación previa, cuando es necesario determinar si el hecho ha tenido ocurrencia; si está descrito en la ley como punible; si es procedente iniciar la acción penal, así como cuando no existe suficiente material probatorio indispensable para determinar la identidad (coincidencia de nombre y descripción) o la individualización (descripción física) de los autores o partícipes del hecho punible. *A contrario sensu*, cuando no existan dudas sobre la existencia del hecho, su carácter punible, los factores de procedibilidad y se encuentren identificados autores y partícipes, no es necesario agotar la investigación previa, sino iniciar el proceso penal mediante la apertura a instrucción. Como lo han entendido algunos tratadistas esta etapa es esencialmente contingente, su ejecución depende de las valoraciones probatorias existentes en la actuación y su omisión no constituye violación al esquema del proceso.²⁶

Atendiendo a las finalidades que trae la ley sobre la investigación previa, lo que resulta relevante para los efectos del proceso penal es la práctica de pruebas que permitan continuar a la fase de instrucción o inhibirse de emprender la acción. A este respecto la ley procesal penal faculta al funcionario para practicar todas las pruebas necesarias tendientes a esclarecer los hechos (art. 323, C.P.P.) sin desmedro del derecho de controversia probatoria que le asiste a quien resulte imputado. De allí se desprende que a pesar de tratarse de una fase preprocesal, las pruebas que se practiquen deben cumplir con las formalidades legales relativas a su aducción, publicidad y contradicción. Justamente el art. 322 del ordenamiento procesal penal, en concordancia con el art. 324 permite que el fiscal reciba en versión libre al imputado o que este último haga la solicitud para que se le escuche, en ambos eventos con la asistencia de defensor. La policía judicial puede recibir esta versión pero únicamente si se trata de casos de flagrancia o cuando el imputado mismo lo solicita.²⁷

²⁶ Obsérvese a este respecto, BERNAL CUÉLLAR, Jaime, y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo: *El proceso penal*, Universidad Externado, 1997, pp. 48-50.

²⁷ Desde el punto de vista del Estado social de Derecho y su aplicación al proceso penal, véase SAMPEDRO ARRUBLA, Julio A.: "El Estado social de Derecho y la estructura del proceso penal de primera instancia en Colombia", *Universitas*, n° 86, de 1994, Universidad Javeriana, pp. 61-85.

Esta fase la puede adelantar cualquier autoridad a la que se le puedan atribuir funciones de policía judicial, pero no la dirección del fiscal y la intervención del Ministerio Público (art. 320, C.P.P.). Por lo tanto, se entiende que la fase de investigación previa pertenece a la Fiscalía General, en tanto no se pierda de vista que el monopolio de la dirección y coordinación de la policía judicial le corresponde al fiscal general a tenor de lo dispuesto en la Constitución Nacional (art. 250 n. 3° C.N.) y en consecuencia con este principio, los únicos funcionarios competentes para proferir decisiones de inhibición, apertura o suspensión de la investigación previa son los fiscales delegados o las unidades de fiscalía correspondientes (art. 325, C.P.P.).

La duración de la investigación previa con imputado conocido no puede exceder de 2 meses, aunque en la justicia regional ese término es de 4 meses. Cuando no exista persona determinada, la investigación previa continúa hasta la obtención de identidad. Agotado el término el funcionario está en la obligación de decidir la apertura a instrucción o resolución inhibitoria. Lo primero se hace cuando el material probatorio recolectado permite al funcionario la apreciación de certeza sobre la comisión de un hecho punible y sobre la cual la jurisprudencia ha enfatizado la necesidad de conocimiento serio sobre la posible violación de la ley penal, a propósito de la prevalencia constitucional de la presunción de inocencia. Si no existen estos presupuestos, lo procedente es la resolución inhibitoria, que culmina en forma condicionada la etapa de investigación preliminar, toda vez que es factible su revocatoria y además no hace tránsito a cosa juzgada material, vale decir, que tomada la decisión inhibitoria, la ejecutoria precluye únicamente la facultad de interponer recursos por parte de los interesados. Una decisión alternativa a la inhibición o la apertura a instrucción, es la suspensión de la actividad de investigación por las autoridades de Fiscalía (art. 326, C.P.P.) que se puede presentar cuando no se ha logrado individualizar al menos uno de los partícipes y hayan transcurrido más de 180 días desde el momento en que la autoridad tuvo conocimiento de la existencia del hecho. Se trata de una vía opcional, cuyo objeto es adecuar la utilización de las facultades de investigación en el tiempo, permitiendo al funcionario pronunciarse sobre la imposibilidad temporal de iniciación del proceso por ausencia de sujeto a quien hacerle imputaciones.

Las causales que determinan la decisión de resolución inhibitoria están determinadas en la ley procesal penal y son las siguientes: inexistencia del hecho, atipicidad, imposibilidad de iniciación de la acción o prosecución y demostración plena de una causal excluyente de antijuridicidad o culpabilidad. La jurisprudencia anterior a la expedición del Código discutió sobre todo con aquellas causales relativas a los componentes del hecho punible, toda vez que algunos no compartían la posición relativa a tomar decisiones sobre la responsabilidad penal sin la existencia formal de un proceso, pero de todas formas la tesis hizo carrera hasta el actual Código. Por lo tanto, debe entenderse que en la legislación vigente los fiscales en la etapa preprocesal de investigación previa tienen competencia para evaluar y decidir sobre los supuestos de responsabilidad penal, sin intervención judicial posterior.

Un último punto sobre la investigación previa es el relativo a la revocatoria de la resolución inhibitoria. Esta posibilidad opera cuando aparecen nuevas pruebas que desvirtúan el fundamento sobre el cual se fundamentaba la decisión e implica una nueva valoración por parte del mismo funcionario que profirió la resolución. Procede de oficio o a petición del denunciante o querellante.

2.1.2. ETAPA DE INSTRUCCIÓN

La iniciación del proceso penal, formalmente hablando, implica un grado de convicción sobre el hecho punible más avanzado que aquel que se requiere para la investigación previa. Por lo tanto, puede surgir como consecuencia de las diligencias adelantadas durante la investigación previa o puede iniciarse cuando la información sobre el hecho punible es lo suficientemente sólida, como para no agotar las indagaciones preliminares. La ley exige la necesidad de una resolución (conocida como apertura de instrucción) para llevar adelante esta etapa y a partir del momento en que se dicte se deben practicar todas las pruebas conducentes al establecimiento de la verdad sobre los hechos (averiguación de verdad material) y en especial los siguientes aspectos: *a)* existencia real de una infracción penal; *b)* quienes son autores o partícipes del hecho, motivos y factores que influyeron en la violación de la

ay; *c)* circunstancias de modo, tiempo y lugar de la realización del hecho; *d)* condiciones del imputado y daños y perjuicios causados con el delito (art. 334, C.P.P.).

Esta fase del proceso también está en manos de la Fiscalía General de la Nación y atribuye el conocimiento del proceso al mismo funcionario que adelantó la investigación previa (art. 329, C.P.P.) o al que haya dirigido las diligencias de policía judicial, quienes están facultados para tomar una serie de decisiones que aseguren el éxito de la instrucción y la comparecencia de los autores o partícipes del hecho que se investiga (art. 330, C.P.P.). Las facultades del fiscal en el ámbito de la investigación son justamente uno de los puntos más controvertidos en el sistema procesal penal colombiano, toda vez que la amplitud y el tipo de actuaciones que puede adelantar están más cercanas a las de un juez que a las de un funcionario investigador, desdibujando la tendencia propiamente acusatoria. Así por ejemplo, en esta etapa, como en la investigación previa, es factible hacer valoraciones sobre la responsabilidad penal, tales como las relativas a las causas de exculpación o justificación del hecho punible sin posterior control judicial. También ha resultado controvertible desde el punto de vista de los modelos de investigación contradictorios, la posibilidad que tienen los fiscales de tomar decisiones de fondo que afecten la libertad de las personas o sus bienes, pues si nos atenemos al contexto acusatorio, las decisiones que afectan derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente como la libertad individual requieren de fundamentación judicial.²⁸

En desarrollo de las facultades que le otorga la ley al fiscal para adelantar la instrucción, éste puede practicar todas las pruebas que sean pertinentes para el objeto de la investigación. Lógicamente adquiere relevancia dentro de esta etapa procesal la investigación de autores y partícipes del hecho punible (art. 352, C.P.P.) que se concreta en la vinculación de los imputados al proceso penal, lo que se hace mediante indagatoria o declaración de persona ausente. Cuando los antecedentes y las circunstancias consignadas en la

²⁸ Durante esta fase tiene lugar la captura y las medidas de aseguramiento. También lo referente a las causales de libertad y el control judicial sobre la aprehensión.

investigación permiten al funcionario apreciar la relación entre hechos y las personas que aparecen en la actuación como posibles responsables, o en los eventos en que existe flagrancia, el funcionario encargado de la investigación debe llamar a indagatoria. En algunos casos es procedente la citación o la captura para adelantar esta diligencia y si no es posible llevarla a cabo por ausencia física del sindicado, el funcionario puede optar por emplazar al interesado para que comparezca; si no se presenta se le declara persona ausente y se le designa defensor de oficio para continuar el proceso.

La indagatoria tiene un doble carácter dentro del proceso penal, pues es un medio de defensa para el imputado y un medio de prueba para el funcionario y dada su importancia en la fase de instrucción está sometida a ciertas reglas que la cualifican más allá de un simple interrogatorio. En efecto, durante esta actuación se debe estar asistido de defensor, no se administra juramento (art. 357, C.P.P.), se le debe prevenir al indagado sobre el privilegio contra la autoincriminación (art. 358, C.P.P.) y se deben hacer una serie de preguntas obligatorias relativas a la situación social, personal y patrimonial de quien se interroga (art. 359, C.P.P.). A diferencia de otras legislaciones en donde la labor del defensor es más activa, el único que tiene posibilidad de interrogar al indagado es el fiscal, mientras que la actividad de la defensa se circunscribe a objetar las preguntas que no se hagan en forma legal y correcta (art. 363, C.P.P.). El imputado puede solicitar la ampliación de la indagatoria las veces que desee y en la misma forma el fiscal puede decretar las que considere convenientes. Finalizada la actuación, el fiscal tiene un término para resolver la situación jurídica del imputado, la cual puede tener efectos respecto de la libertad y revestir varias formas dependiendo de la valoración que haga el fiscal sobre el grado de compromiso del indagado con los hechos.

Practicadas las pruebas que se consideren pertinentes por parte de la Fiscalía, así como las que se soliciten por el procesado y resuelta la situación jurídica de las personas llamadas a indagatoria, el proceso entra en la fase de calificación, cuyo primer supuesto es el cierre de investigación (art. 438, C.P.P.). Éste es otro de los puntos críticos de la estructura del proceso penal colombiano, pues en la práctica judicial se discute, si es necesario agotar exhaustivamente

la investigación de los hechos como lo exigen los objetivos de la instrucción, proyectados a la averiguación de veracidad del material o por el contrario, basta que el fiscal tenga apecho a la prueba necesaria para acusar librando a la fase del juicio oral. La posibilidad de perfeccionar los componentes de la investigación. Al parecer, la tesis con más adeptos es la segunda, la cual cifra su fundamento en una interpretación exegética del texto legal que establece la procedencia de la clausura de la instrucción supeditada a dos condiciones: a) definición de la actuación judicial de los indagados, y b) recaudación de prueba necesaria para calificar (art. 438, C.P.P.), aunque en el otro extremo de la discusión están quienes pregonan que un cierre de investigación apenas con prueba necesaria para calificar la actuación, va en desmedro del derecho de defensa del sindicado, pues sin duda el fiscal sin ningún control judicial, puede decidir el grado de suficiencia probatoria con fines de calificación, desatendiendo las solicitudes de la defensa en lo relativo a la integración total del material antes de clausurar la etapa.²⁹

Una vez que se cierre la investigación, las partes tienen cinco días para presentar las solicitudes que se consideren necesarias con relación a las pretensiones sobre la calificación que deba adoptarse. Acto seguido el rito procesal exige que el funcionario califique la instrucción, es decir, se requiere por parte del fiscal la adopción de una decisión de fondo sobre la investigación en uno de los siguientes sentidos: a) proferir resolución de acusación (principio acusatorio) o preclusión de la instrucción³⁰ (art. 439, C.P.P.). La providencia de calificación también se exige cuando se agota el término de 18 meses para instruir contado a partir de su iniciación. Esta decisión debe notificarse personalmente al procesado y aceptar los recursos de apelación y reposición.

Para dar cumplimiento al principio acusatorio es necesario que la resolución de acusación cumpla con algunos

²⁹ Obsérvese cómo en la mayor parte de los proyectos de reforma al procedimiento penal ordinario en América latina se incorpora un control judicial sobre las decisiones sustanciales de la Fiscalía y sobre todo a la acusación. Por ejemplo: Bolivia, Perú y Chile. AMBOS, Kai: *El proceso penal alemán y la reforma en América latina*, Gustavo Ibáñez, 1998.

³⁰ Corresponde al archivo definitivo o sobreesimiento de otras legislaciones.

presupuestos sustanciales y con los requisitos formales establecidos en la ley, de tal forma que permita fundamentar la sentencia que imponga el juez en la fase de juzgamiento de acuerdo al principio de congruencia entre acusación y sentencia. Los requisitos sustanciales son: demostración de la ocurrencia del hecho y prueba que comprometa la responsabilidad del imputado (art. 441, C.P.P.). Respecto a la ocurrencia del hecho la doctrina ha interpretado que se trata de la existencia fáctica del hecho punible que se identifica con los componentes externos de la tipicidad,³¹ sin la exigencia de una adecuación plena. En cuanto a la prueba que comprometa la responsabilidad del imputado, la ley procesal es más concreta, pues enumera algunos eventos para la valoración probatoria que debe realizar el fiscal, como son: la existencia de confesión, testimonio que ofrezca motivos de credibilidad, indicios graves, documentos o peritaciones.

En cuanto a los requisitos formales, la ley establece que la resolución de acusación debe contener: a) circunstancias de modo tiempo y lugar de los hechos; b) indicación y valoración del material probatorio que obre en la investigación; c) calificación jurídica provisional, y d) las razones por las cuales se comparten o rechazan los alegatos de las partes (art. 442, C.P.P.). En el contexto del principio acusatorio el proceso penal colombiano presenta otro punto de controversia,³² esta vez por la exigencia de calificación provisional y la posible variación de la calificación en la etapa del juicio. A pesar de que en el Derecho comparado esta situación ha tenido vías de solución claras, en Colombia se le ha prestado una atención insuficiente, producto de la incompreensión teórica sobre el significado de la acusación como presupuesto formal de encausamiento y como fijación del objeto del plenario o juicio oral. El problema se plantea, en virtud de que la Constitución Nacional escinde tajantemente las funciones de acusación y juzgamiento, así como las autoridades competentes para actuar en cada etapa, Fiscalía y juez, respectivamente. De esta forma el único

³¹ BERNAL CUÉLLAR, Jaime, y MONTEALEGRE, Eduardo L.: ob. cit., pp. 475-490.

³² Una buena exposición del asunto en BERNAL CUÉLLAR, Jaime: *Comentarios a la ley 81 de 1993*, pp. 25 a 49. Respecto a los supuestos de calificación provisional véase GONZÁLEZ AMADO, Iván: "Calificación de la instrucción y el proceso penal acusatorio", *Universitas*, ob. cit., pp. 37-61.

competente para mantener la acusación es el fiscal, pero en los eventos en que se originen nuevas pruebas en etapa de juzgamiento que afecten la calificación, el juez no tiene opción de dictar sentencia conforme a los hechos probados en juicio, hecho que rompe la congruencia entre acusación y sentencia, y el fiscal no puede variar libremente la acusación, sin desconocer el debido proceso y el derecho de defensa del imputado. Hasta el momento y sin que exista una solución satisfactoria al problema, se han planteado algunas respuestas, entre otras, la nulidad de la acusación por error en la denominación jurídica, absolución por el delito que se imputa, y modificación de la acusación en juicio, dado el carácter provisional de la calificación del sumario.

La segunda forma de calificación por la que puede optar el fiscal es la preclusión de investigación, también conocida en otros ordenamientos procesales como sobreseimiento. Esta decisión concluye el proceso con efectos de cosa juzgada y se profiere, a tenor de lo expuesto en la ley procesal penal, en los mismos eventos previstos para dictar cesación de procedimiento (art. 443, C.P.P.). Esos eventos son los de plena comprobación de la inexistencia del hecho, inocencia del imputado, atipicidad de la conducta, demostración plena de una causal de antijuridicidad o culpabilidad y, por último, imposibilidad jurídica de iniciar la acción o su prosecución (art. 36, C.P.P.). Es de destacar que estos eventos se pueden presentar en cualquier momento de la investigación, y cuando sucedan el fiscal debe declarar la extinción de la acción penal, si los eventos suceden en la etapa del juicio el juez debe dictar cesación de procedimiento. Sin embargo, tratándose de la preclusión de investigación como forma de calificación, lo normal es que el fiscal se encuentre frente a hipótesis diversas a las que comentamos, pues la referencia obligada para precluir son los requisitos sustanciales de la resolución de acusación y, en consecuencia, cuando alguno de éstos falle, lo propio es dictar preclusión, es decir, cuando no exista prueba que comprometa la responsabilidad penal del imputado o no aparezca demostrada la facticidad del hecho.

2.1.3. ETAPA DE JUZGAMIENTO

La etapa de juzgamiento se inicia cuando la resolución de acusación se encuentre en firme, es decir, cuando haya

transcurrido el tiempo necesario para impugnarla sin que hayan interpuesto los recursos, o cuando éstos se encuentren resueltos en el sentido de permitir el avance del proceso penal. En esta fase, la Fiscalía General, por intermedio de sus fiscales delegados, adquiere la calidad de sujeto procesal y pierde su calidad de director de la investigación (art. 44 C.P.P.). La variación de las calidades del fiscal durante el proceso es un punto que también se ha prestado a crítica en el modelo estructural colombiano, pues durante la etapa investigativa al fiscal se le exige un máximo de imparcialidad en su actuación como impulsor de la acción penal, mientras que en la etapa de juicio su rol se traslada al de un acusado puro. Lógicamente, el problema se presenta por la tensión existente entre los dos papeles que debe desempeñar el fiscal, especialmente en lo relativo al decreto de pruebas y a la valoración de las mismas. Así, el fiscal puede desestimar la práctica de pruebas que la defensa considere fundamentales, pensando en que la carga de la prueba y la demostración de responsabilidad penal del sindicado son trabajo del mismo fiscal en la etapa de juzgamiento.

Un día después de recibido el proceso, el expediente queda a disposición de los sujetos procesales por un término de 30 días hábiles para la preparación de la audiencia pública³³ y para solicitar las pruebas que sean conducentes, pero además dentro de este lapso opera el control judicial sobre la etapa instructiva que consiste en un examen formal de la actuación investigativa donde el juez tiene posibilidad de declarar la invalidez del proceso por violación de cualquiera de los elementos del debido proceso, a través de la declaración de nulidad (art. 446, C.P.P.).

Vencido el término anterior, si el control judicial no determina la nulidad de la etapa instructiva, se fija la fecha para la audiencia pública, la cual no podrá exceder de 10 días hábiles, y en la misma providencia el juez decretará las

³³ Este momento procesal no tiene el mismo significado de la "fase preparatoria de audiencia" de otros ordenamientos como el que aparece en el proyecto venezolano, ni tampoco con lo que se ha denominado "procedimientos intermedios", pues, el control judicial sobre la acusación sólo se hace a partir de la violación al debido proceso, de lo contrario el juez está obligado a aceptar la acusación. Respecto a la situación de los proyectos de reforma, véase *Ambos, Kai*: ob. cit., pp. 43-52.

pruebas que considere necesarias. Con la facultad probatoria del juez en esta fase, se cumple el principio de concentración de la prueba durante la audiencia oral, de tal manera que la ley procesal permite que se practiquen en la etapa del juicio las pruebas que no se solicitaron en la etapa de instrucción, las que surjan del debate público, y las que el juez de oficio crea que se deban practicar con el transcurrir del debate (arts. 446-448, C.P.P.).

El rito de la audiencia exige la lectura de la resolución de acusación y los documentos procesales que soliciten los sujetos y/o los que el juez considere necesarios, luego se interrogará al sindicado por parte del juez y los demás sujetos procesales, se practican las pruebas que deban tener lugar en la audiencia pública y se concluye con la intervención del fiscal, el Ministerio Público, la parte civil, el sindicado y el defensor. Con posterioridad a esta actuación el juez tiene 10 días para dictar sentencia. Como concreción del principio de la doble instancia, la sentencia acepta el recurso de apelación, aunque como se había dicho antes la mayoría de las providencias interlocutorias son apelables. El recurso se surge solicitando ante el mismo funcionario la segunda instancia y manifestando el deseo de sustentarlo en forma oral o por escrito. En el primer caso se debe señalar fecha para la audiencia la cual debe realizarse dentro de los 15 días siguientes, luego de los cuales el *ad quem* debe decidir. En caso de sustentación escrita, el proceso se pone a disposición del funcionario de segunda instancia, quien debe resolverlo dentro de los 15 días siguientes. Es necesario sustentar la apelación siempre justificando los argumentos que llevan al impugnante a proponer el recurso, so pena de que se declare desierto.

También procede contra las sentencias el recurso extraordinario de casación cuando el delito por el cual se procede tenga señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de 6 años o por vía discrecional de la Corte Suprema de Justicia. Se debe anotar que en el proceso penal colombiano no existe participación popular o jurado de conciencia en la audiencia de juzgamiento, luego la decisión con la cual culmina el proceso es de estricto Derecho (arts. 449-456, C.P.P.).

La ley le da amplias facultades al juez para que actúe como director de la audiencia, a la vez que le impone el deber

judicial de esclarecimiento. Su labor de presidente le obliga a salvaguardar la actuación oral de las intervenciones inconducentes de las partes, o de aquellas innecesariamente extensas, así como de las interrupciones o actos de los asistentes que alteren el normal desarrollo de la diligencia. Dentro de las mismas facultades, se le permite diferir para el momento de sentencia algunas decisiones que no afecten el trámite sustancial, y también le asiste la potestad de suspender la audiencia, cuando existan recursos pendientes de decisión (arts. 454-455, C.P.P.).

Sin duda, la etapa de juzgamiento, en el proceso se ajusta a los supuestos de la tendencia acusatoria, al menos en su ritualidad, pero eso no obsta para decir que en la práctica judicial el juez no ha alcanzado el importante papel protagónico que le corresponde dentro del proceso penal, pues el diseño de la estructura procesal potencia mucho más la labor del fiscal, en la medida en que conjuga labores propias del juzgamiento con las de instrucción. Por otra parte, las formalidades para el desarrollo de la audiencia aun son muy rígidas, y en esa misma medida existe una continua preocupación por implantar una oralidad ágil que no se identifique con el ritual de una audiencia, plagada todavía con una severa profusión de actos escriturarios, sino con una nueva relación interpersonal de los sujetos procesales proyectada al objeto del juicio y sobre todo a la práctica de las pruebas necesarias para que el acusado ejerza su derecho de defensa.³⁴

2.2. Procedimientos especiales

En Colombia a diferencia de otras legislaciones, no existen procedimientos abreviados o procedimientos especiales que se deban entender como excepciones al procedimiento ordinario, con el objeto de permitir la aceleración de cualquiera de las dos fases para llegar a una decisión. Simplemente las modalidades del hecho punible divididas en deli-

³⁴ Ha sido una continua preocupación en Colombia desritualizar la actividad escrituraria en el proceso penal, para entrar dentro de un verdadero procedimiento oral sin embargo la misma ley procesal contiene normas que obligan a llevar la actuación escrita por duplicado, exigencia de llevar por escrito lo que pueda recaudarse por otros medios técnicos, etcétera.

tos y contravenciones (faltas) imponen el tipo de procedimiento regular.

Ahora bien, una excepción al procedimiento ordinario es el sumario que se lleva a cabo en la llamada justicia especializada que entró a regir el pasado 29 de junio de 1999 con la promulgación de la ley 504 remplazando la antigua justicia regional. Se han definido una serie de delitos que deben ser investigados y juzgados por los fiscales y jueces penales del sumario especializados, los delitos contra el estatuto nacional de estupefacientes, algunos delitos contra la seguridad pública (terrorismo, porte ilegal de municiones y explosivos), delitos contra la vida e integridad personal cuyo móvil sea terrorista, delitos contra la libertad individual (secuestro y extorsión) y la conformación o pertenencia a grupos paramilitares. Como decíamos anteriormente, este procedimiento no tiene como objeto la aceleración de las fases procesales por la existencia de prueba o confesión del sindicado, como sucede en otras latitudes, sino una especie de salvaguardas de la independencia judicial dado el poder intimidatorio del tipo de delincuencia asignada a su competencia. La antigua justicia regional tenía una vigencia limitada, pues la ley estatutaria de la administración de justicia estableció su expiración, a más tardar el 30 de junio de 1999. Durante los últimos años la justicia regional recibió toda suerte de críticas de diversos sectores, tanto de la jurisprudencia,³⁵ como de la política,³⁶ pues se consideraba el trámite procesal de esta competencia violatorio de las garantías fundamentales de los procesados e incluso lesiva de los derechos humanos de quienes resultaron sometidos a ella. Y en verdad, los estudios de sociología jurídica que se adelantaron recientemente coinci-

³⁵ A este respecto obsérvese el análisis de LONDOÑO JIMÉNEZ, Hernando: *La Fiscalía General y el sistema acusatorio*, G. Ibáñez, 1995. En el campo de los estudios evaluativos se puede destacar el realizado bajo la dirección de Gabriel Ricardo Nemoga en la Universidad Nacional de Colombia para la Cámara de Representantes, el cual contrasta con el presentado por Joaquín Polo para el Ministerio de Justicia y el Derecho: *Crimen organizado y justicia*, 1995.

³⁶ El Congreso de la República se ha manifestado al menos en tres oportunidades dentro de la anterior legislatura para acabar este procedimiento especial, a propósito de los informes de violación a los derechos humanos de los procesados en esta jurisdicción. Véase *Informe sobre derechos humanos, Colombia 1997*, Departamento de Estado USA, 1998, pp. 14-15.

dieron en afirmar la inconveniencia de este procedimiento especial, no sólo porque estaba lejano a cumplir los objetivos para los que fue creado (prestar seguridad a los funcionarios judiciales y desarticular la criminalidad organizada), sino porque su capacidad de investigación estaba limitada a los delitos para los que ella fue creada no representan en el conjunto un verdadero problema de criminalidad organizada, pues tan sólo se castigaban los eslabones más débiles de la cadena y, en fin, por la índole profundamente antidemocrática de un procedimiento que niega el concepto mismo del Estado social de Derecho que pregona la Constitución Nacional.

El procedimiento que se adelanta en la nueva justicia especializada, cumple con las mismas fases del procedimiento ordinario, lo adelantan funcionarios que para casos especiales y en determinadas conductas pueden tener relevancia de identidad cuando el fiscal general considere que se pone en grave riesgo la integridad física del funcionario que adelanta el procedimiento y se tenga el aval del Ministerio Público. También se establece en la nueva ley la posibilidad de recibir testimonios con reserva de identidad, pero éstos no pueden servir de base para dictar sentencia condenatoria ni proferir medida de aseguramiento. En cuanto a la garantía de contradicción probatoria se establece plenamente durante la investigación y el juzgamiento, diferenciándose del anterior procedimiento en la justicia regional donde no existía el debate oral. En cuanto al derecho a libertad personal, la ley establece en este tipo de procedimiento como medida de aseguramiento únicamente la detención preventiva, con posibilidades de excarcelación restringidas sólo al vencimiento de los términos. Además siempre procede la captura para investigación y un término más amplio para que el funcionario defina la situación jurídica del capturado.

2.2.1. SOLUCIONES ALTERNATIVAS AL SISTEMA PENAL

2.2.1.1. Sentencia anticipada

A diferencia de los procedimientos abreviados y especiales que se pueden observar en el Derecho comparado, Colombia entró en la moda de las terminaciones anticipadas

del procedimiento penal con incentivos de rebaja de pena. No obstante, la doctrina ha encontrado serios parentescos entre algunas modalidades abreviadas del Derecho foráneo y aquéllas. Algunos la terminación anticipada del proceso penal, por ejemplo, se identifica con un trámite en el cual se prescriben determinadas actuaciones para culminar abreviadamente el proceso.³⁷ Pero esa connotación es criticable desde el punto de vista según el cual, la terminación anticipada del proceso culmina siempre en sentencia condenatoria, a diferencia de los procesos abreviados en los que hay todavía posibilidad restringida de demostrar la inocencia del procesado. Para otros la institución se puede identificar con una figura del Derecho hispánico conocida como allanamiento a los cargos,³⁸ sin reparar en las consideraciones teóricas que los mismos juristas españoles han hecho a la similitud de la institución de la conformidad. Incluso se llega a comparar la terminación anticipada con algunas modalidades de los procedimientos especiales del proceso penal italiano, particularmente con la aplicación de pena a instancia de parte, aunque las finalidades de los dos son diversas.

Sin que hasta el momento exista consenso doctrinal en torno a la naturaleza jurídica de la terminación anticipada del proceso y particularmente de la sentencia anticipada, se puede decir que ésta es una institución procesal que le permite al procesado renunciar al proceso integral, aceptando los cargos que en su contra le formula la Fiscalía y que se deben encontrar probados para fundamentar una sentencia condenatoria. Esta actuación es controlada por el juez del conocimiento y tiene un incentivo de rebaja de pena para quien la solicite dependiendo de la oportunidad en que se prometa.

³⁷ Así por ejemplo, BERNAL CUÉLLAR, Jaime, en las dos obras citadas recalca que se trata de un procedimiento abreviado.

³⁸ Es el caso de Fabio Espitia Garzón en su obra citada, p. 269. Tanto en uno como en otro caso la jurisprudencia ha recalcado el acortamiento de las fases procesales, sin recabar mucho en el contexto problemático de ciertos principios procesales como el privilegio contra la autoincriminación. Una exposición teórica detallada de estos problemas en: GUERRERO PERALTA, Oscar Julián: *Procedimiento acusatorio y terminación anticipada del proceso penal*, G. Ibáñez, 1998.

El Código de Procedimiento Penal establece en el art. 373 la posibilidad de que el procesado solicite sentencia anticipada en dos oportunidades: a) desde que la resolución es firme que define la situación jurídica y hasta antes del cierre de la investigación. En este caso la rebaja de pena equivale a una tercera parte del total que le imponga el juez en la dosificación punitiva; b) desde que se dicte resolución de acusación y hasta antes de que se fije fecha para la celebración de audiencia pública, en este caso la rebaja de pena es de una sexta parte de la pena que imponga el juez.

El procedimiento implica que el procesado realice la solicitud, y si el fiscal lo considera necesario puede recaudar más elementos de certeza probatoria, ampliando la indagatoria y practicando pruebas en un plazo máximo de 8 días. Luego la práctica judicial indica que el fiscal fija una fecha para la diligencia de sentencia anticipada, a la cual él debe llevar los cargos en contra del procesado y éste debe aceptar los integralmente dejando constancia de la actuación en un acta equivalente a la resolución de acusación que suscriben los intervinientes (fiscal, procesado y defensor). El resultado de la diligencia se envía al juez para el respectivo control y para dictar la sentencia conforme a los hechos y circunstancias aceptados. El control judicial comporta dos aspectos, la posible violación de garantías fundamentales (no autoincriminación, lealtad de la fiscalía y el sometido, libre apremio de la solicitud, *in dubio pro reo*) y también una especie de control formal que se refiere al cumplimiento de la actuación con el lleno de los requisitos legales (ejecutoria de la providencia de resolución, asistencia del defensor a la diligencia, firma del acta, fundamentación de la actuación). Si el juez encuentra ajustado a Derecho el procedimiento sin violación de garantías, dicta sentencia y hace el respectivo descuento de pena, de lo contrario puede rechazar la actuación continuando el cauce normal.

Situación diferente se presenta cuando el procesado realiza la solicitud en el segundo evento, esto es, con posterioridad a la resolución de acusación. En este caso el proceso está en manos del juez y, por lo tanto, basta la aceptación de los cargos definidos en la resolución de acusación, para que el juez dicte la sentencia con el correspondiente descuento de la sexta parte. La sentencia de terminación anticipada

permite el recurso de apelación por el fiscal, el Ministerio Público, el procesado o el defensor, aunque cuando estos dos últimos sean los apelantes la materia del recurso se restringe a la dosificación de la pena, el otorgamiento de la condena a ejecución condicional, pago de perjuicios y extinción del dominio sobre bienes.³⁹

2.1.2. Audiencia especial

Esta institución se identifica profundamente con las modalidades negociadas de la alegación de culpabilidad del Derecho norteamericano, aunque en los antecedentes de elaboración de la norma, también hay referencias al *patteggiamento* del Derecho procesal penal italiano.⁴⁰ En la práctica la recurrencia a esta institución ha sido escasa por varias razones, entre otras, porque el control judicial hace que sea más insegura la posibilidad de terminar el proceso por esta vía y porque el máximo de descuento punitivo es igual al de la sentencia anticipada, lo que hace que esta última sea preferida, por quienes pretenden una opción de sometimiento. No obstante estas razones prácticas, existen consideraciones teóricas de fondo que la hacen difícilmente aplicable, por ejemplo, la que predica que un acuerdo entre la Fiscalía y el procesado, levantado sobre las dudas probatorias equivale a un flagrante desconocimiento de la garantía del *in dubio pro reo* y consecuentemente al desconocimiento de la carga de la prueba en cabeza del Estado. También se han escuchado argumentos, que como los esbozados en el Derecho germano,⁴¹ apuntarían a que un acuerdo de este tipo se opone a principios de clara índole constitucional como averiguación de verdad material y a la vinculación determinante del juez a la ley y no a los acuerdos negociados entre los participantes procesales.

Pero más allá de las críticas que se esbozan para defender o impugnar la existencia de la institución procesal, ésta

³⁹ La exposición más completa desde el punto de vista del derecho comparado en: BARONA VILAR, Silvia: *La conformidad en el proceso penal*, ob. cit., pp. 73-218.

⁴⁰ Al menos así aparece en CUERVO PONTÓN, Luis Enrique: *Código de Procedimiento Penal comentado*, Minjusticia, 1992, p. 104.

⁴¹ Una exposición de todas las posiciones en: RONNAU, T.: *Die Absprache im Strafprozeß*, Nomos-Recht, 1990.

se define como un procedimiento de negociación, mediante el cual se llega a un acuerdo sobre el grado de participación y los componentes del hecho punible en el que intervino el procesado, a efecto de llegar a una sentencia condenatoria.

La audiencia especial (art. 37 A, C.P.P.) se solicita por el procesado, pero la aceptación por parte del fiscal es discrecional, también se puede disponer oficiosamente por el fiscal, durante la etapa instructiva, en el lapso comprendido entre la ejecutoria que defina la situación jurídica y hasta antes del cierre de investigación. La ritualidad obliga a celebración de una audiencia en la que el fiscal presenta los cargos contra el procesado, llegando a un acuerdo, sobre la tipicidad, la participación, la culpabilidad, las circunstancias, la pena, la condena de ejecución condicional y la preclusión por otros comportamientos de menor entidad, siempre que exista duda probatoria sobre su existencia. Al igual que en la sentencia anticipada se debe suscribir un acta que contenga el acuerdo y se remite al juez para el respectivo control de legalidad que comporta idénticas situaciones a las de la sentencia anticipada, pero aclarando que como se trata de un acuerdo el juez tiene un control más extenso que le permite formular objeciones al acuerdo. De presentarse el evento de observaciones se devuelve la actuación al fiscal para que éste discuta en audiencia con el procesado las indicaciones del juez y, de aceptarlas, el juez dictará sentencia de acuerdo con lo aprobado, en caso de que no se acepten las observaciones el juez puede improbar el acuerdo mediante auto susceptible del recurso de apelación.

2.2.1.3. Conciliación

Esta institución puede corresponder a una disposición de la acción penal, por cuenta de las partes, si no a una modalidad más de la terminación anormal del proceso penal cuando los intereses patrimoniales en juego pueden verse satisfechos a través de un acuerdo. De conformidad con la ley procesal el funcionario judicial, sea fiscal o juez, según el caso, puede disponer en cualquier tiempo la celebración de audiencia de conciliación, en aquellos delitos que admitan desistimiento, en los casos de homicidio y lesiones personales culposas y delitos contra el patrimonio económico en cuan-

ta mínima. También procede la celebración de esta audiencia a instancias del procesado o imputado o los titulares de la acción civil. Si se obtiene la conciliación, el funcionario suspende las actuaciones durante un término máximo de 30 días, a efecto de que se busquen los medios para garantizar las prestaciones que surjan de lo acordado, tales como constitución de pólizas, garantías reales, fianzas, etc. Cumplido lo pactado el proceso termina con cesación de procedimiento, preclusión de investigación o resolución inhibitoria, de acuerdo a la etapa del procedimiento en que haya tenido lugar la conciliación. Si no se cumple lo pactado el proceso continúa el trámite que corresponda.

Esta audiencia no es necesaria en los eventos en los que el perjudicado haya sido indemnizado o haya estado de acuerdo con el monto propuesto por quien debe indemnizar.

2.2.1.4. Indemnización integral

Esta modalidad de la terminación anticipada se aplica a los delitos de homicidio y lesiones culposas no agravadas y en delitos contra el patrimonio económico cuando la cuantía no exceda de 200 salarios mínimos. No se acepta para el hurto agravado y la extorsión. Al igual que la conciliación esta institución se puede utilizar en cualquier fase procesal y tiene como efecto la extinción de la acción penal para todos los implicados cuando cualquiera repare integralmente el daño ocasionado con el delito.

Cuando se indemniza integralmente el proceso concluye con preclusión de la instrucción o con cesación de procedimiento y sólo es aplicable si dentro de los 5 años anteriores no se ha proferido resolución de preclusión o cesación por la misma causal.

2.2.2. PROCEDIMIENTOS CONTRAVENCIONALES

En la legislación penal colombiana se distinguen 2 regímenes contravencionales: los relativos a contravenciones administrativas y el de las contravenciones especiales. Los primeros los llevan las autoridades de policía, mediante un procedimiento sumario que incluye escuchar los descargos del contraventor y el examen de las pruebas que pueda adu-

cir en el interrogatorio que debe realizar el funcionario competente. El procedimiento culmina así, con la imposición de una medida correccional pronunciada mediante resolución motivada que sólo acepta el recurso de reposición para algunos casos.

Las contravenciones especiales están constituidas por una serie de hechos punibles de menor entidad asimilables a lo que en otras legislaciones se conoce como criminalidad de bagatela y que vulneran, entre otros, los bienes jurídicos de la integridad personal (lesiones con incapacidad menor de 30 días) el patrimonio económico (hurtos de menor cuantía, estafas, fraudes, etc.) y la salud pública (estatuto nacional de estupefacientes).

La continua variación de competencias en materia de contravenciones muestra la ausencia de un planteamiento coherente en la política judicial penal, producto de la utilización de parámetros igualmente incoherentes de política criminal. Así algunas veces se convierten delitos en contravenciones, proyectando un modelo de descongestión judicial (por lo tanto trasladan el conocimiento de los juzgados a las autoridades de policía) en el entendido de que es muy costoso para el aparato formal de justicia asumir las cargas de la criminalidad de bagatela y que por supuesto es la criminalidad de mayor entidad la que merece toda la atención de los notables operadores judiciales. En contraste con esta proyección y guiados por un irresponsable discurso sobre la seguridad ciudadana, se encuentran los argumentos de quienes creen que en el ámbito de la criminalidad menor hay que reforzar las medidas punitivas, postulando de esta forma una lamentable y autoritaria concepción del Derecho penal que como ya lo ha demostrado la criminología se enseña con los sectores marginales de la estructura social. En Colombia parece haber hecho carrera esta última contextualización, a juzgar no sólo por la cantidad de normas que se han expedido aumentando penas y creando delitos y contravenciones, sino también por medidas tan extremas como la prohibición de los subrogados penales para quienes resulten condenados por delitos menores. Las consecuencias son lógicas, hoy se vive un problema de hacinamiento carcelario sin posibilidades de solución a corto plazo y, lo que es peor, desde el punto de vista lógico-jurídico, la criminalidad menor o delin-

encia de bagatela tiene un tratamiento que en la práctica resulta más severo que el de la criminalidad mediana o incluso el de la misma criminalidad organizada.⁴²

La última ley relativa a contravenciones especiales atribuye su conocimiento a los jueces penales y establece que el procedimiento se puede adelantar por dos cauces: a) oficiosamente si la persona es capturada en flagrancia; b) a través de querrela de parte, interpuesta por el interesado dentro del día siguiente a la ocurrencia del hecho. En el primer caso se debe legalizar la captura de la persona a más tardar dentro de las 36 horas siguientes a la aprehensión, lo cual quiere decir que el funcionario competente (juez) dicta un provvedimento de apertura del proceso y debe escuchar al imputado sobre la situación de la captura, además de una versión libre sobre los hechos. Con la información recaudada el funcionario debe proceder a calificar la situación de flagrancia y si ésta es positiva le formulará cargos al imputado, escuchará sus descargos y tomará una decisión con respecto a su libertad. Con posterioridad hay un lapso de tiempo para solicitar pruebas por parte de los sujetos procesales, así como las que el juez decreta de oficio, las cuales se pueden practicar en la misma actuación o en la audiencia pública de juzgamiento que debe tener lugar dentro de los 10 días siguientes a la diligencia de calificación de la situación de flagrancia.

Cuando la acción es instaurada por querrela, se inician los trámites de investigación policial, en caso de no existir imputado conocido. Si transcurren 6 meses sin posibilidad de individualización o identificación de autores o partícipes de la contravención, la policía debe enviar la actuación al juez para que disponga el archivo de las diligencias. No obstante, si dentro de los 6 meses siguientes aparecen nuevas pruebas que permitan la identificación el trámite puede

⁴² La legislación procesal consagra una serie de beneficios por colaboración eficaz con la administración de justicia que se proyectaron como incentivo para la criminalidad organizada, aunque su efecto ha sido reducido en este campo. La llamada política de sometimiento ha tenido más efecto en la criminalidad común que actúa en delitos complejos donde existe algún grado de complicidad. Una visión crítica desde el punto de vista criminológico en MARTÍNEZ, Mauricio: *Estado de Derecho y política criminal. La política de sometimiento en Colombia*, G. Ibáñez, 1995.

reiniciarse. En los casos con imputado conocido se realiza una audiencia preliminar en la que se debe abrir el procedimiento para escuchar la versión del imputado sobre los hechos, incluso bajo medidas de coerción personal como la captura. Se procede a la práctica de pruebas en la misma forma que para los eventos de flagrancia y se fija fecha para la audiencia pública de juzgamiento. En esta audiencia se practican las pruebas que sean necesarias y se interroga al procesado. Acto seguido interviene su defensor y el Ministerio Público. Terminada la diligencia se puede decretar un receso de 3 días y luego dictará sentencia que acepta recurso de apelación.

2.3. Ejecución penal

En Colombia la ejecución de penas y medidas de seguridad impuestas mediante sentencia ejecutoriada corresponden al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) en lo que respecta a ciertas funciones administrativas, mientras que las decisiones de carácter jurisdiccional se reservan a los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad. Una vez que esté ejecutoriada la sentencia, el juez del conocimiento debe enviar copia al INPEC y el director de este instituto define el lugar de internamiento, así como los trámites administrativos referentes a la misma actuación.

Para el cumplimiento de la sentencia el juez de ejecución de penas debe celebrar una audiencia con el condenado y su defensor, a efecto de definir los aspectos relacionados con el tratamiento penitenciario, la internación y sitio donde sea conveniente el cumplimiento de la pena. El mismo funcionario es competente para decidir los eventos de aplazamiento o suspensión de ejecución de la pena o medida de seguridad para inimputables, así como lo relativo al control sobre la amortización de la multa mediante trabajo, las rebajas de pena por trabajo o estudio y el cumplimiento de la pena en los sitios de internamiento penitenciario o carcelario asignados.

Importante aspecto en la ejecución de sentencias es el relativo a los subrogados penales, cuya concesión corresponde a los jueces del conocimiento del proceso. Estas figuras están constituidas por la libertad condicional y la condena de ejecución condicional. La negación y revocatoria de los mis-

así como las decisiones correspondientes a los cómputos de condena para optar por la libertad, también corresponden a los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad.

La reforma del procedimiento penal

Ciertamente la legislación procesal penal colombiana no requiere una reforma, pues el Código Procesal actual tiene apenas 6 años de vigencia y ya pasó por una reforma estructural a finales de 1993, sin contar algunos ajustes menores realizados en los 3 últimos años. Sin embargo, la desarticulación del sistema punitivo del país, cuya dispersión normativa representa un problema mayor para efectos de la interpretación y los múltiples problemas que afronta la administración de justicia penal han obligado a un plan de reforma en el sentido de integración y adecuación normativa, razón por la cual hoy cursa en el Congreso⁴³ de la República un proyecto de reforma no sólo del Código de Procedimiento Penal, sino también del Código Penal y del Código Penitenciario y Carcelario.

En este contexto no podemos calificar la reforma de procedimiento como una variación total del proceso en el sentido de cambio de funciones o sistemas procesales o de creación de instituciones para adelantar el proceso penal, tal y como sucede en otras partes del continente.⁴⁴ Se trata de una reforma integral del sistema penal que intenta una sistematización armónica para una sana aplicación del Derecho punitivo, aunque muchos dudan de que el problema sea simplemente normativo y asocian los problemas de la administración judicial con una falta de recursos y formación del personal encargado de impartir justicia.

En lo que corresponde a la reforma del Código de Procedimiento Penal, se distinguen varios puntos que merecen

⁴³ La reforma se ha presentado a instancias del fiscal general de la Nación quien, en su discurso de posesión, trazó unas líneas básicas de actuación para la investigación penal que incluyen un reordenamiento de la legislación y la tecnificación de la policía judicial. Véase *Proyecto de Código de Procedimiento Penal*, Mimeo F.G.N., Colombia, 1998.

⁴⁴ Una aproximación comparativa de las diversas reformas en el continente en: AMBOS, Kai: *Strafprozeßreform in Lateinamerika*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 110, 1998, pp. 225-251.

mencionarse de la siguiente manera: reforma de los principios jurídico-constitucionales que regulan el proceso penal y la reforma de algunos aspectos relativos a las medidas coercitivas sobre personas en la fase de instrucción, reformas relativas a la terminación anormal del proceso penal.

3.1. Reformas relativas a los principios del Derecho procesal penal en un Estado de Derecho

En materia de principios la reforma propone un ordenamiento de las normas rectoras, haciendo más clara la noción de debido proceso que aparece en el art. 29 de la Constitución Nacional. Desde este punto de vista importa resaltar que los componentes del debido proceso constitucional aparecen en el proyecto de reforma del procedimiento penal recogidos en varios principios, tales como el principio de legalidad, juicio natural, derecho de defensa, celeridad y eficiencia, contradicción, doble instancia y cosa juzgada. También se han añadido otros postulados de entidad constitucional que a lo largo de los últimos 6 años han hecho carrera en la jurisprudencia como son, el acceso a la administración de justicia, la eficacia de la administración de justicia a través de la actuación procesal, la autonomía judicial y la investigación integral. Como se observa, varios de estos principios no pertenecen exclusivamente al Derecho procesal penal, pero se ha querido incluirlos, a efecto de hacer más completo el marco que proyecta el contenido de todos los principios sobre las demás normas procesales.

Especial referencia se debe hacer al contenido del principio de libertad que se encuentra en el proyecto, toda vez que se impone al funcionario la obligación de aplicar esta medida únicamente sujeta a la necesidad de asegurar la comparecencia al proceso del sindicado, la preservación de la prueba y la defensa de la comunidad.⁴⁵ Estas referencias han

⁴⁵ Hoy se aplica la detención preventiva como medida de aseguramiento por excelencia, a pesar de las profundas críticas que existen a esta institución. Véase CARRANZA, Elías, y otros: *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*, ILANUD, San José, 1983. Las mismas observaciones críticas para Colombia en: REYES, A. Yesid: "Hacia un procedimiento más humano", en *Derecho Penal y Criminología*, vol. XI, n° 38, 1989, pp. 13-21.

mediante expresas en el proyecto del Código, pues en Colombia se ha hecho muy intensa la utilización de la detención preventiva como medida de aseguramiento, al punto que hoy día existe una gran congestión carcelaria, causada en parte por el número elevado de delitos que la aceptan.

Respecto a la actuación procesal se ha incorporado en el proyecto un contenido referente a la necesidad de lograr la eficacia de la administración de justicia y el respeto a los derechos fundamentales de los sujetos procesales. En este artículo, es necesario anotar que desde que se tomó la opción por el sistema acusatorio en 1991 en Colombia existe una marcada tendencia a hablar de un procedimiento penal eficiente, dado el alto índice de impunidad material que existe en determinados comportamientos. Por supuesto esta noción se enfrenta a los componentes de un proceso penal democrático en un Estado social de Derecho, generándose la tensión entre Estado de Derecho y Estado eficiente, cuyos componentes político-criminales hoy todavía se prestan a discusión y controversia, sobre todo si se tiene en cuenta que presiones de índole internacional en determinados delitos como el narcotráfico, han impuesto al proceso penal colombiano un modelo que se acerca más al de la controvertida eficiencia que al modelo de un proceso penal respetuoso de los derechos fundamentales que minimice las consecuencias negativas de las conductas delictivas y fomenten sus buenas consecuencias.

En cuanto a la autonomía judicial se recalcan los contenidos constitucionales consagrados en el art. 5° de la ley estatutaria de la administración de justicia, aplicadas al procedimiento penal. Según decisión de la Corte Constitucional sobre esta materia, la autonomía judicial implica el precepto constitucional que predica que el juez está únicamente sometido al imperio de la ley, para que pueda cumplir su labor con absoluta imparcialidad. No obstante, la consagración de este principio, existen profundas críticas en lo que respecta a la independencia de los fiscales, pues la estructura administrativa de la Fiscalía General de la Nación con su ordenamiento jerárquico, muchas veces se opone a las consideraciones absolutas de la independencia judicial, no sólo en el trámite de los recursos, sino en el grado de imparcialidad que pueden tener los funcionarios subalternos al adoptar una

posición que va en contra de las interpretaciones que sostienen los superiores.

Por último, es necesario anotar que en materias de principios el proyecto de ley recoge el llamado principio de lealtad procesal para quienes intervienen en el proceso penal, con un contenido que impone la necesidad de obrar sin temeridad en el ejercicio de los derechos y de los deberes procesales. Como consecuencia se modifican las sanciones al debido proceso, de tal manera que la ineficacia de los actos procesales que se declaran a través de las nulidades pueden invocarse en cualquier estado de la actuación. Se corrige así, la limitante que existe en la legislación vigente según la cual, las nulidades se invocan sólo en el traslado para la preparación de audiencia, lo cual permite ciertas ventajas a la Fiscalía, la que puede adelantar la actuación con la existencia de vicios relativos al debido proceso. De afortunadamente no ha hecho carrera en nuestro medio principios como el *fair trial* (proceso limpio) o proceso con igualdad de armas *Waffengleichheit*, que son versiones más avanzadas de la lealtad procesal, y que han permitido en otros procesos muchos con tendencia acusatoria equiparar las relaciones jurídicas entre el Estado y el imputado dentro del procedimiento principal, particularmente en lo que respecta a la acumulación de material probatorio por parte de la Fiscalía y la extensión de derecho y defensa por parte del procesado.⁴⁶

3.2. Reformas dentro de la estructura del procedimiento

Como se había anunciado antes, no existen reformas estructurales en estricto sentido, sino reformas a algunas normas dentro de la investigación previa, la instrucción formal y el juzgamiento que intentan hacer el procedimiento más rápido y menos formalizado que el vigente.

⁴⁶ Este principio puede comportar dos interpretaciones: como ha sucedido en la jurisprudencia española se puede entender igualdad de armas como una extensión del derecho a la igualdad y, por lo tanto, como prohibición de tratamiento diferencial por parte de los órganos de la jurisdicción penal a las partes. Pero también, puede significar que tanto el acusado como el imputado deben gozar de las mismos medios de defensa y de iguales e idénticas posibilidades de alegación e impugnación. Véase GIMENO SENDRA, Vicente, y otros: ob cit., pp. 80-82.

2.1. REFORMAS RELATIVAS A LA INVESTIGACIÓN PREVIA

- a) Se incluye una labor previa de verificación por parte de la policía judicial. A este respecto el proyecto establece que la policía judicial antes de la judicialización de las actuaciones y bajo la dirección y control del jefe inmediato de policía, puede llevar a cabo diversas labores de inteligencia, allegar documentación, realizar análisis de información, entrevistar a quienes pueden tener conocimientos de la comisión de una conducta punible, etc. De esta forma se introduce una labor preprocesal en manos de la policía judicial sin control de la Fiscalía General de la Nación y bajo la responsabilidad del jefe inmediato de cada unidad de investigación, con el fin de crear un filtro que permita llegar a unas conclusiones racionales cuando las informaciones puedan servir a la Fiscalía como fundamento de iniciación de la investigación previa o la instrucción. Esta norma se compadece con lo que en otras legislaciones se conoce como actos de aseguramiento de prueba,⁴⁷ y que en legislaciones como la alemana impone a las autoridades de policía el deber de tomar todas las medidas que no permitan el aplazamiento de causa, o en la legislación italiana la correspondiente a impedir las posteriores consecuencias del delito asegurando las fuentes de prueba y lo que pueda resultar útil a los fines del proceso.
- b) Constituye igualmente una modificación profunda la eliminación de las facultades de policía judicial respecto de la recepción de versión libre a la persona que resulte capturada en flagrancia o al imputado que voluntariamente lo solicita. Dentro de un Estado de Derecho se debe garantizar que toda actuación de carácter oral para efectos de instrucción debe ser inmediata por el funcionario judicial del conocimiento.

⁴⁷ Éste es un punto que puede resultar de alta controversia si se tiene en cuenta que el fiscal debe mediar la prueba desde los inicios de investigación. Véase a este respecto el informe sobre este particular en Ecuador: en GUERRERO VIVANCO, Walter: *El papel de la policía judicial, del Ministerio Público y de los jueces de lo penal, dentro del sistema acusatorio oral*, CDL, 1994.

- c) El término de duración de investigación previa se amplía a 6 meses, por considerar que actualmente el término es muy corto, y se mantienen las formas de culminación de esta primera etapa con apertura a instrucción o resolución inhibitoria, sin dejar de lado la suspensión cuando no se han identificado los autores o partícipes, pero en este último caso el funcionario judicial lo debe hacer mediante una resolución emitida cuando se ha determinado la necesidad de que esta providencia la realice el jefe de la unidad.
- d) El proyecto mantiene el carácter de cosa juzgada formal a la resolución inhibitoria, pero permite al funcionario judicial que cuando exista mérito para la revocatoria establezca en la misma decisión la renovación de la investigación previa por una duración máxima de 2 meses, de lo contrario debe optar por la apertura a instrucción o resolución inhibitoria.

3.2.2. REFORMAS RELATIVAS A LA INSTRUCCIÓN

- a) *Término para instrucción.* El proyecto mantiene la duración del término de instrucción en 18 meses, contados a partir de la fecha de su iniciación, pero reduce en 6 meses el término cuando se trate de 3 o más sindicados o delitos.
- b) Respecto a la apertura de instrucción, se impone el requisito de motivación sucinta, para que el funcionario establezca los elementos constitutivos de la conducta que va a investigar y proponga los elementos probatorios pertinentes.
- c) Una de las innovaciones interesantes que acercan más el procedimiento colombiano al sistema acusatorio en esta etapa, es la relativa a la diligencia de indagatoria, la cual se convierte en una audiencia de cargos y descargos. De esta forma se amplía al máximo el derecho de defensa, toda vez que allí se le presentarán los cargos y se interrogará al imputado por los hechos que originan la vinculación, pero además los sujetos procesales podrán interrogar al imputado haciendo más activa la participación del defensor. Esta norma que en las legislaciones extranjeras suelen llamarse

- primer interrogatorio del inculcado o primeras declaraciones adquieren en el proyecto de ley una connotación que con mucha seguridad deben variar el procedimiento de investigación de los hechos, pues obliga al funcionario a comunicar al imputado de los hechos que se investigan y los cargos sobre los cuales debe rendir explicación. Hasta ahora el procedimiento vigente no hace explícita la forma que debe llevar a cabo esta importante diligencia, limitándose únicamente a definir las advertencias previas al indagado y las reglas formales de recepción.
- d) Durante esta etapa, como se había observado antes, proceden las medidas coercitivas sobre las personas, a través de la vinculación de autores y partícipes. A propósito de esta normatividad, el proyecto de Código de Procedimiento Penal ha variado la posibilidad de imponer la medida de aseguramiento de encarcamiento preventivo y la definición de la situación jurídica. Así, el proyecto establece que con posterioridad a la diligencia de indagatoria que el funcionario judicial debe definir la situación jurídica a más tardar dentro de los 5 días siguientes a la diligencia, indicando la procedencia o no de la medida de aseguramiento, cuando existe prueba que la justifique u ordenando la libertad inmediata del indagado.

La única medida de aseguramiento procedente en el proyecto es la detención preventiva, a diferencia de lo que contiene la legislación vigente, en la cual existen las cauciones, la conminación y la prohibición de salir del país. Los fines del encarcamiento preventivo indican que éste se impone para garantizar la comparecencia del sindicado en el proceso, la ejecución de la pena privativa de la libertad o para impedir la fuga del procesado. Los requisitos para imponerla son la demostración de la ocurrencia del hecho y la aparición de al menos un indicio grave de responsabilidad con base en las pruebas legalmente aportadas al proceso. Estos requisitos no dejan de ser controvertibles, desde el punto de vista de lo que aparece en la legislación comparada como presupuestos para el ejercicio de la prisión provisional, pues lo normal es que se exija una fundamentación sólida de sospecha, lo que es mucho más exigente que un simple indicio de

responsabilidad penal, tal como aparece en la legislación germana, donde se establece su improcedencia cuando fue desproporcionada respecto a la importancia de la causa y la pena o medida de corrección y de seguridad esperadas; o en la legislación italiana, donde el criterio de selección de las medidas determinan que la prisión provisional sólo podrá ordenarse cuando todas las demás medidas resulten inadecuadas.

Cuando no proceda medida de aseguramiento tampoco hay lugar a la resolución de situación jurídica.

3.2.3. REFORMAS RELATIVAS AL JUZGAMIENTO

Fuera de la reducción de términos, lo que ha resultado más complejo en sede de audiencia oral es lo relativo a la variación de la calificación, que en el proyecto tampoco adquiere una solución satisfactoria, pues se indican como causas de variación el error en la calificación o la prueba sobreviniente. Esta última tiene una extensión sumamente amplia respecto a la calificación original, toda vez que las variaciones pueden surgir sobre los elementos básicos estructurales del tipo penal, la forma de participación, o imputación subjetiva cuando implique mayor punibilidad, el desconocimiento de una circunstancia atenuante o reconocimiento de una agravante que modifique los límites punitivos.

El proyecto establece que la variación puede surgir tanto a instancias del fiscal como del juez, en el primer caso el fiscal que mantenga la acusación en juicio hará saber en su intervención oral sobre la variación y correrá traslado a los demás sujetos procesales quienes podrán solicitar la continuación de la diligencia, su suspensión para estudiar la nueva calificación o la práctica de las pruebas necesarias.

Si la diligencia se suspende el expediente quedará inmediatamente a disposición de los sujetos procesales por el término de tres (3) días para que soliciten las pruebas que consideren pertinentes, vencido el traslado el juez, mediante auto, ordenará la práctica de pruebas y fijará fecha y hora para la continuación de la diligencia de audiencia pública, la que se realizará dentro de los diez (10) días siguientes.

Si los sujetos procesales acuerdan proseguir la diligencia de audiencia pública o reanudada ésta y practicadas las pruebas cuando fuere del caso, se concederá el uso de la palabra en el orden legal de intervenciones.

Cuando la variación se haga a instancias del juez, así se hará saber al fiscal, quien procederá de conformidad o podrá oponerse a ello, exponiendo las razones fácticas y jurídicas que lo asisten, caso en el cual se suspenderá la diligencia y el expediente será remitido al superior del juzgador para que efectúe el respectivo control, el cual se resolverá de plano dentro de los tres (3) días siguientes e inmediatamente devolverá la actuación.

Si se acepta la oposición del fiscal se procederá a las intervenciones en forma legalmente prevista, en caso contrario, surtido el control por el superior; el fiscal acusador deberá ser relevado, solicitando a la autoridad competente la designación de otro para continuar la actuación.

La gran dificultad que todavía tiene la legislación colombiana en asumir la situación de la variación de la calificación en la etapa de juicio responde a la carencia de desarrollo conceptual de las categorías de principio acusatorio, presupuestos de encausamiento y objeto del proceso en sede de juzgamiento. Así por ejemplo, a diferencia de lo que aparece en otras legislaciones, la legislación colombiana no cuenta con una noción específica sobre las facultades del juez con respecto al objeto del proceso, ni sobre las facultades del fiscal con respecto a la acusación y la calificación provisional, ni tampoco se cuenta con una noción clara sobre las pretensiones de los sujetos procesales con respecto a las formas de calificación que deban adoptarse en la etapa del juicio, aunque los alegatos de conclusión de la fase instructiva se acercan a este concepto. Los ensayos de las legislaciones foráneas permiten concluir que parte de la discusión en la sede de juzgamiento tiene que ver justamente con la definición de las calificaciones, y que las pruebas ordenadas en sede de juzgamiento, más que a la conformación de los hechos están referidas a los elementos desagregados de la calificación jurídica del delito o delitos. Para no ir tan lejos, la ley de enjuiciamiento criminal español, establece que de acuerdo con las diligencias de prueba las partes puedan modificar las conclusiones de los escritos provisionales de calificación en sede de juzgamiento, de tal forma que adquieran la situación de calificaciones definitivas, con posibilidad de modificarse respecto de situaciones no sustanciales o como ha dicho la doctrina, no constituyan una mutación esencial del objeto pro-

cesal; lo que además ha sido corroborado por la jurisprudencia como respeto a la homogeneidad entre bienes o intereses protegidos por distintas normas penales.⁴⁸

La noción de principio acusatorio, entendida como motivos necesarios para el ejercicio de la acción penal, con todos los presupuestos que implica la presentación de una acusación y la función negativa de control que cumple el tribunal de la causa, ha permitido establecer que dentro de las funciones de control que debe tener toda acusación de la Fiscalía está justamente la posibilidad de admisión de la acusación con modificaciones para vista principal, teniendo en cuenta que se trata de una situación donde pueden existir varios hechos, y aspectos separables de un hecho o de apreciación jurídicamente diferente respecto de un hecho. En el mismo sentido la legislación italiana establece claramente la posibilidad de variación por parte del juez, con la remisión de las actuaciones al Ministerio Público, si considera que el hecho es diferente a la descripción del decreto que dispone la apertura del juicio.

Como se puede observar, las diferentes legislaciones son en extremo celosas de la labor que debe cumplir la Fiscalía respecto a las calificaciones, de tal forma que la fijación de calificación o corresponde a una valoración proveniente del debate probatorio en sede oral (España) o hace parte de los elementos de control con que cuenta el juez para admitir una acusación y, por consiguiente, una valoración de toda la fase instructiva (Alemania) o de alguna manera responde a los supuestos de encausamiento que necesariamente deben ser corregidos por el funcionario investigador, sin desmedro del derecho de defensa que le asiste al procesado, lo que implica la práctica de una nueva instrucción (Italia). Lo que sí resulta exótico en Colombia, y particularmente en el proyecto, es que se incluya la posible variación de la calificación jurídica por error en la calificación, y más exótico aún que el mismo fiscal en sede de juzgamiento pueda alegar su propio error, y

⁴⁸ Véase GIMENO SENDRA, Vicente, y otros: ob. cit., pp. 735-737. Para el caso alemán, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Bosch, 1985, p. 159. Para el caso italiano, VILLAGÓMEZ, Mario: "El nuevo proceso penal italiano", *Documentación Jurídica*, n° 61, Minjusticia, España, 1989, p. 226.

que el asunto se subsane disponiendo traslado a sujetos procesales para estudiar la nueva calificación y solicitar las pruebas conducentes. Con todo el respeto que merecen redactores del proyecto de Código, esta posición implica que se permita la libertad de los fiscales respecto de la labor instructiva, de tal forma que el fiscal ante la posibilidad de variación de la calificación en juicio a sus propias instancias acuse con un mínimo de fundamento probatorio y califique negligentemente.

Más acertada parece la disposición relativa al juez, pues el debate en torno a la calificación entre acusador y juzgador responde con mejor fundamento al contexto teórico del principio acusatorio, que se ha examinado en otras legislaciones.

3.3. Reformas relativas a la terminación anormal del proceso penal

La sentencia anticipada se modifica en varios aspectos a) Se amplía el término de solicitud desde el momento en que se realice la diligencia de indagatoria y hasta antes de profirir resolución de cierre de investigación; b) Respecto a la rebaja, para los casos en que se realice la terminación anormal, en la etapa de instrucción se reduce en una sexta hasta una tercera parte y en los eventos de juzgamiento la rebaja será hasta una octava parte de la pena.

En materia de conciliación existe una modificación, que no permite la intervención directa de los apoderados en la audiencia, salvo para el diálogo con sus poderdantes a efecto de proponer formas de conciliación.

Se elimina la institución de la audiencia especial, toda vez que su aplicación ha sido mínima y tiene demasiadas dificultades para su práctica, pues una sentencia levantada sobre dudas probatorias es violatoria el *principio in dubio pro reo*.

Las demás reformas no son fundamentales y corresponden a ajustes normativos.

4. Observaciones empíricas sobre el funcionamiento del sistema

4.1. Acumulación procesal

El sistema de justicia penal, ha intentado durante los últimos 7 años adaptarse a las circunstancias de una cri-

minalidad que ha ido en aumento, modificando sus tácticas y modernizándose en extremo. No obstante estas apreciaciones, la mayoría de los críticos de la política judicial penal del Estado han coincidido en afirmar que la ausencia de una política criminal coherente y continua ha impedido que el sistema defina prioridades y arroje los resultados que se esperan.⁴⁹

Producto de la improvisación en la creación de la Fiscalía General de la Nación ha sido justamente la enorme carga de procesos y diligencias de investigación que no fueron resueltas en el años de 1991 y 1992, dejando una herencia de más de medio millón de procesos por resolver, que hoy hacen parte de las cifras de impunidad que unos con justa razón y otros con irresponsable predicción se encargan de lamentar.⁵⁰

En términos estadísticos el sistema en los 7 años que lleva de funcionamiento, ha ido creciendo. Como se observa en el anexo n° 1, el año de 1992 el sistema asumió 221.062 investigaciones previas, dándole salida únicamente a 81.821, mientras que en el año de 1997 el sistema asumió 939.000 investigaciones previas y le dio salida a 556.008, de donde puede concluirse que en 6 años, a pesar del incremento de las plazas de fiscales en la fase de investigación preliminar se han acumulado más de 400.000 investigaciones.

En los casos de instrucción la situación es similar. En 1992 el sistema registró una carga de 167.579 procesos iniciados, y sólo tuvieron salida efectiva, valga decir, se calificaron con resolución acusatoria o preclusión de investigación 59.890. En contraste con esta situación, en 1997 se iniciaron 577.580 procesos, de los cuales lograron concluirse úni-

⁴⁹ Véase al respecto, en un panorama genérico para América latina, desde el punto de vista de las relaciones entre economía y la reforma judicial, JARQUIN, Edmundo, y CARRILLO, Fernando: *Justice delayed (judicial reform in Latin America)*, Interamerican Development Bank, 1998. MARTÍNEZ SANCOS, Humberto: *Justicia para la gente*, Minjusticia, 1995. RICO, José María: ob. cit., pp. 208-233.

⁵⁰ Es un debate planteado entre economistas y juristas. Para los primeros la justicia es demasiado costosa para los resultados que produce. Para los segundos no se debe hacer una valoración de los costos, pues es un servicio esencial, aunque reconocen su ineficiencia. Véase MONTENEGRO, Armando: *Justicia y desarrollo*, mimeo, Departamento Nacional de Planeación. También RUBIO, Mauricio: *Crimen y justicia en Colombia*, mimeo, Universidad Javeriana, 1995. GIRALDO ÁNGEL, Jaime y otros: *Jueces y justicia en Colombia*, Instituto SER, 1987.

amente 285.889. La conclusión que arrojan estas cifras han por sí solas, con pequeñas variaciones entre un año y otro el sistema de justicia penal en área investigativa sólo alcanza a evacuar algo más del 55 % de lo que inicia dejando acumulado el 45 % de las actuaciones.

En el caso de los jueces la situación resulta menos patética que en los eventos de instrucción, lo cual permite concluir, al menos relativamente que la fase de juzgamiento no presenta mayores problemas de congestión. En el último año 1997 los jueces penales atendieron un total de 402.952 procesos, de los cuales les dieron salida efectiva a 350.673, como se observa en el anexo n° 2, determinando la conclusión de que el 87,03 % de los casos son atendidos en forma efectiva. El área que menor rendimiento arroja es la referente a los jueces penales del circuito, donde solamente el 62 % de los casos egresan. Esta situación se relaciona en buena parte con la dificultad de los casos que atienden en su competencia.

Respecto a la forma de terminación del proceso, vale decir número de sentencias,⁵¹ la comparación de los resultados entre el sistema anterior de corte inquisitivo y el nuevo sistema con tendencia acusatoria, permite inferir que el número de decisiones judiciales ha tenido repuntes y bajas desde 1991 hasta la fecha. Por ejemplo, en el año de 1991 se dictaron 41.759 sentencias, de las cuales 33.404 fueron condenatorias y 8.355 absolutorias; estos índices disminuyen en los años 1992 y 1993, en los cuales se dictan 25.594 y 26.997 sentencias condenatorias, respectivamente. Para el año de 1997 el sistema de información tiene un dato estimado de 24.980 sentencias para el área penal. Estas variaciones, en parte, son explicables por las reformas que se han introducido, y que han convertido antiguos delitos en contravenciones, aspecto que por otra parte coincide con los lapsos de relativa quietud y bajo hacinamiento del sistema penitenciario, situación contraria a la que se presenta a partir de 1995, año en el cual se prohibió la concesión de subrogados penales para los casos de contravenciones especiales.

⁵¹ Véase a este respecto la publicación conjunta del Ministerio de Justicia y el Departamento Administrativo Nacional de Estadística —DANE—, *La justicia en cifras*, 1995.

Esta situación se presenta en forma distinta si se tiene en cuenta el ámbito geográfico donde opera la administración de justicia. Así por ejemplo, el mismo estudio que hizo la medición de tiempos procesales por delito concluyó que en zonas con alta densidad de población (ciudades capitales de departamento) el tiempo promedio que dura un proceso en la Fiscalía es de 20 meses, y en el juzgado 1 año, lo que arroja un resultado en promedio de 32 meses por proceso, mientras que en otras regiones (región suroriental, ciudades intermedias) estos tiempos se reducen a 2 años (de 400 a 600 días). Por otra parte, las conclusiones del estudio muestran que el tiempo promedio de duración de un proceso que culmina con sentencia anticipada o terminación abreviada del proceso es de 200 días.

Desafortunadamente, no existen mediciones recientes sobre los aspectos relativos a la detención preventiva, pero de la información de los trabajos que aquí se analizan se pueden concluir que las personas a las cuales se les dicta medida de aseguramiento de detención preventiva cumplen el tiempo máximo establecido por los códigos, para los efectos de calificación y para los efectos de las causales de libertad provisional. Es decir, 120 días sin la calificación de la instrucción, a los cuales hay que añadir un término promedio de 9 o 18 meses, según el caso para que se practiquen las pruebas y se llame a audiencia pública.

Durante los últimos 4 años y según las estadísticas penitenciarias y carcelarias, así como los reportes de aprehensión de la policía nacional, dan cuenta de que la relación entre sindicados y condenados es de 49 % los primeros y 51 % los segundos, lo que de acuerdo con los patrones internacionalmente aceptados, y las reglas mínimas de tratamiento penitenciario, es una situación poco aceptable.

4.3. Organización judicial

El sistema judicial colombiano es uno de los que cuenta con mayor número de funcionarios para atender la demanda judicial, con respeto a su pares latinoamericanos. Actualmente el número de fiscales que atienden los procesos es de 3.575, distribuidos en las diversas jerarquías regionales, seccionales y locales, los cuales cuentan, además, con una serie de fun-

cionarios administrativos y la policía judicial para un total de 19.525 funcionarios, cuyo costo en lo referente a salarios asciende a 486.535 millones de pesos. Los jueces penales en todo el territorio nacional son 910.

El número de funcionarios judiciales por cada 100.000 habitantes es de 17,1, donde poco menos de la mitad corresponden a la justicia penal, superando en este contexto a todos los países latinoamericanos e incluso a algunos europeos según los cálculos realizados por el Banco Interamericano de Desarrollo. En el mismo sentido se ha observado que comparativamente, Colombia es el segundo país que más alto gasto asignado tiene en materia de justicia dentro del contexto latinoamericano, superado únicamente por Argentina (US\$ SM 658,1 y 708, respectivamente).

ADDENDUM

1. *El nuevo Código de Procedimiento Penal*

En medio de fuertes críticas de parte de sectores académicos, así como de algunas Organizaciones No Gubernamentales ONG'S, e incluso de instituciones oficiales como el Consejo Superior de la Judicatura, se aprobó y sancionó el nuevo Código de Procedimiento Penal. Este nuevo Código entrará en vigencia hasta el día 24 de julio del año 2001, a efectos de que se adecuen los operadores judiciales a los nuevos institutos procesales, por lo que de todas maneras la crítica sigue abierta.

Las críticas provenientes de estos sectores se han cifrado básicamente en tres aspectos:

- a) El nuevo Código de Procedimiento Penal no representa un avance en el sentido de conformar una estructura procesal adecuada a los principios del Estado social de Derecho, de tal forma que se han repetido los supuestos de un procedimiento que no guardan concordancia con los elementos de un sistema mixto con tendencia acusatoria.
- b) El Código de Procedimiento Penal representa un fortalecimiento de los mecanismos que posee la Fiscalía General de la Nación en su lucha contra la delincuencia, pero en realidad eso no justifica su papel domi-

nante dentro del proceso penal, por esa razón se esperaba una racionalización de la actividad del encausado.

- c) La nueva reforma al Procedimiento Penal dejó intactos los problemas que venían afectando el procedimiento penal, tales como el uso de la detención preventiva, poca extensión de los recursos y el papel menor que han jugado los jueces en la etapa de juzgamiento. Por otra parte, algunos aspectos críticos como la variación de la calificación durante la etapa de juzgamiento, el control sobre las medidas de aseguramiento, la controversia probatoria y recursos como el de casación aparecen ahora formulados de manera profundamente controvertida.

2. Reformas relativas a las bases jurídico-penales del procedimiento penal

El proyecto originario recogió los principios vigentes en el actual Código de Procedimiento Penal, tan sólo se observan variaciones significativas en cuanto a los principios de libertad, legalidad, y contradicción. En cuanto al principio de libertad personal se ha agregado un inciso que predica: "La detención preventiva, en los términos regulados en este Código, estará sujeta a la necesidad de asegurar la comparecencia al proceso del sindicado, la preservación de la prueba y la defensa de la comunidad". Como lo habíamos dicho anteriormente, la norma tenía por objeto limitar el excesivo uso de la detención preventiva como medida de aseguramiento, pero con la nueva redacción se avizora una interpretación inocua si se tiene en cuenta que la norma no expresa en forma clara el principio de necesidad. Efectivamente la fórmula habla de la aplicación del principio pero sujeto a los términos regulados en el Código lo que implica que el fiscal, al tomar la decisión sobre el aseguramiento del procesado, debe regirse por las variables contempladas en el art. 351 (tipo de delito y monto de la pena).

En cuanto al principio de legalidad, los expertos se han manifestado en el sentido de que la nueva redacción es abiertamente inconstitucional y además violatoria de normas internacionales acatadas por la legislación colombiana. El prin-

cipio quedó expresado de la siguiente forma: "Nadie podrá ser investigado, ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al tiempo de la actuación procesal, con observancia de las formas propias de cada juicio". Como se puede observar, este principio cambió la antigua acepción que establece que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, por la de juzgamiento e investigación conforme a la ley procesal vigente al tiempo de la actuación procesal. La norma resulta inadecuada a los fundamentos constitucionales del debido proceso toda vez que pueden existir variaciones del procedimiento al momento en que se esté juzgando o investigando una persona que le resulten aplicables con detrimento de sus derechos.

El principio de contradicción aparece reformulado en el sentido de que el funcionario judicial debe motivar incluso cuando se provea por decisión de sustanciación las medidas que afecten derechos fundamentales de los sujetos procesales. Con este aditamento se pretende que no sólo el procesado, sino los demás sujetos procesales, puedan hacer valer su derecho a controvertir las decisiones tomadas por la Fiscalía y de los jueces no sólo en lo que respecta al material probatorio, sino a toda decisión que afecte los derechos fundamentales.

También es de anotar, que el nuevo art. 12 referente a la autonomía e independencia judicial ha incorporado un principio que estaba consagrado en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, según el cual ningún superior jerárquico en el orden administrativo o jurisdiccional podrá instaurar, exigir, determinar o aconsejar a un funcionario judicial para imponerle las decisiones o criterios que deba adoptar en sus providencias. Esta norma se ha incluido a propósito de la discusión que se presenta con referencia a la estructura de la Fiscalía General de la Nación, pues si bien es cierto que los fiscales son autónomos en sus decisiones, no pocas veces se presenta el problema de que la estructura administrativa termina por imponer criterios frente a determinadas decisiones. El problema se ha agudizado en los últimos años, a instancias de procesos penales que tienen relevancia periodística, y que por una indebida intromisión de los medios ha conatado la capacidad de decisión de los funcionarios de menor jerarquía con respecto a los criterios que expone públicamente el fiscal general de la Nación. En todo caso, lo que se ha

presentado lamentablemente en Colombia es que la figura del fiscal general de la Nación se ha convertido en un cargo con vocación política (los dos primeros fiscales generales estuvieron postulados a cargos de elección popular - Presidencia de la República), con lo cual se ha confundido la proyección de la cabeza del orden administrativo de la Fiscalía con el ejercicio jurisdiccional propiamente dicho.

Algunas normas que anteriormente contaban como principios de la investigación o juzgamiento han pasado a convertirse en principios rectores de la ley procesal penal. Por ejemplo el controvertido principio de investigación integral de los hechos, según el cual el funcionario judicial tiene la obligación de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable a los intereses del imputado y de los demás intervinientes en el proceso penal.

3. Monopolio acusatorio

La titularidad de la acción penal continúa en cabeza de la Fiscalía General de la Nación durante la etapa de investigación. Éste ha sido uno de los puntos más controvertidos en la legislación penal colombiana e igualmente fue debatido en las sesiones legislativas de la expedición del nuevo Código de Procedimiento Penal, pues muchos de los críticos del actual procedimiento censuran el hecho de que la Fiscalía General de la Nación extienda sus funciones al grado de disponer sobre la libertad y los bienes de los procesados, cuando lo adecuado sería que estas decisiones se tomen por los jueces de la República, toda vez que ellas afectan derechos constitucionales fundamentales que requieren de decisión judicial. Por esta razón algunos solicitaron más que una reforma del procedimiento una reforma de la Constitución en este punto. En términos generales, se cuestiona y se seguirá cuestionando la extensión del monopolio acusatorio y los límites que se han de imponer al mismo cuando lo ejerce la Fiscalía General de la Nación.

Haciendo salvedad del problema de la extensión del monopolio acusatorio, el nuevo Código conserva la actuación oficiosa (principio de oficiosidad), pero como lo anotábamos antes también caben la denuncia, la querrela o petición. En cuanto a la denuncia el nuevo Código de Procedimiento Pe-

al contempla la posibilidad de inadmitir denuncias sin fundamento y denuncias anónimas que no suministren pruebas concretas que permitan encauzar la investigación. Estas denuncias serán remitidas a los organismos que desarrollen funciones de policía judicial para que realicen las diligencias necesarias de verificación. Este nuevo inciso tendrá efectos en lo que se refiere al número de expedientes con los que cuenta cada fiscal, pues hoy en día muchas informaciones que constan como denuncias son asumidas inmediatamente por el fiscal sin que tengan posibilidad de éxito. Resulta acertado que sean los organismos de policía judicial quienes realicen las diligencias necesarias de verificación para que el trabajo del fiscal se proyecte de mejor forma. No obstante, esta apreciación tiene críticas, la mayoría de ellas focalizadas en el hecho de que los organismos de policía judicial sólo deben actuar a instancias del fiscal y no por iniciativa propia, como lo observaremos más adelante al hablar de la estructura del procedimiento en el caso colombiano. Guardadas las proporciones, este problema se ha presentado en el Derecho comparado, ya que en ordenamientos tales como el belga o el italiano no atribuyen a la policía a título exclusivo ninguno de los actos investigativos de la fase preparatoria del proceso penal; la sola indagación no está reservada a la policía judicial, la cual interviene o como un órgano ejecutivo de actividades de indagación sobre las bases directivas de la Fiscalía o como un órgano de decisión para algunos aspectos de ocurrencia inmediata (flagrancia), pero siempre controlados.

La querrela en el nuevo Código de Procedimiento Penal no cuenta con muchas variaciones, simplemente se ha extendido la figura a otros delitos del nuevo Código Penal y se ha reducido su plazo de presentación de 1 año a 6 meses, contados desde el momento de la comisión del hecho punible.

4. Estructura del proceso penal

4.1. Investigación previa

En concordancia con las normas relativas a la verificación de denuncia por parte de la policía judicial la estructura del procedimiento se ve afectada, en la medida en que el Código trae dentro del capítulo correspondiente a las funciones

de policía judicial una norma denominada labores previas de verificación. Esta nueva norma le permite a la policía judicial antes de la judicialización de las actuaciones y bajo la dirección y control del jefe inmediato, allegar documentación, realizar análisis de información, escuchar en exposición o entrevista a quienes considere pueden tener conocimiento de la posible comisión de una conducta punible. Las exposiciones no tienen valor de testimonio ni de indicios y sólo podrán servir como criterios orientadores de la investigación.

Con esta nueva norma, se debe entender que parte de las labores de investigación previa le corresponden a la policía judicial sin intervención del fiscal. Además la norma relativa a investigación previa realizada por iniciativa propia amplía el marco de actuación de la policía judicial a eventos en los que por motivos de fuerza mayor no pueda el fiscal general de la Nación o sus delegados iniciar la investigación previa, es decir, la norma va más allá de los eventos de recolección y práctica de pruebas para los casos de flagrancia o lugar de ocurrencia de los hechos.

Esta extensión de las funciones de policía judicial resulta censurable en la medida en que no cuente con intervención del fiscal, más aún, resulta contradictorio que se produzca que las funciones de dirección y coordinación de la policía judicial estén a cargo del fiscal general o sus delegados a efecto de dirigir y coordinar la investigación, para que a renglón seguido se afirme que antes de la judicialización de las actuaciones la policía judicial pueda actuar bajo la dirección y control del jefe inmediato.

Con esta norma se ha introducido una fase prejudicial a cargo de la policía judicial, quien tiene posibilidad de escuchar en exposición o entrevista a quienes considere que pueden tener conocimiento de la comisión de una conducta punible. Desde el punto de vista de un proceso penal democrático resulta contradictorio que se puedan practicar este tipo de diligencias orales sin que se le atribuya valor de testimonio o indicio. ¿De qué forma entonces debe valorarlos el fiscal? Esta nueva fase implica que la policía judicial debe llevar una información lo suficientemente elaborada para la iniciación de la investigación, por lo que se considera conveniente que el fiscal reciba dichas informaciones prejudiciales con beneficio de inventario y actúe como una instancia de control sobre la labor de la policía judicial.

El término de duración de la investigación previa pasa de 2 a 6 meses vencidos los cuales se debe dictar resolución de apertura de instrucción o resolución inhibitoria.

2. Instrucción

En esta fase del proceso, se mantienen básicamente las formas que habíamos establecido anteriormente. Cabe destacar los nuevos elementos relativos a la necesidad de definir la situación jurídica del procesado, es decir, en tanto que la única medida de aseguramiento es la detención preventiva, se obliga al fiscal a que en los procesos donde se defina situación jurídica, el término máximo de la instrucción deba ser de 1 año, mientras que en los demás casos el término no podrá exceder de 18 meses contados a partir de su iniciación. Igualmente, el anterior término que establecía una duración de 30 meses para la instrucción cuando se tratase de tres o más sindicados se reduce ahora a 24 meses. Vencido este término de instrucción la única actuación procedente es la calificación.

Las normas que acercaban esta fase del procedimiento a una versión más acusatoria no fueron aprobadas, por ejemplo la extensión que se hacía del derecho de defensa permitiéndole al abogado defensor contrainterrogar en la diligencia de indagatoria, de tal manera que esta diligencia profundamente criticada por el hecho de que el interrogatorio lo dirige el fiscal unilateralmente y no permite un ejercicio del derecho de defensa, no sufre variaciones en el nuevo Código.

Una vez rendida la indagatoria se debe proceder a definir la situación jurídica, si hay lugar a ello, imponiendo una medida, detención preventiva, o absteniéndose de hacerlo; con posterioridad el proceso instructorio sigue su curso, practicando las pruebas hasta llegar a la etapa de cierre de investigación. Con posterioridad el expediente permanece a disposición de los sujetos procesales para que se manifiesten sobre la calificación y luego el fiscal debe adoptar una decisión de resolución de acusación o preclusión de la investigación. Con la resolución de acusación se debe iniciar la fase de juicio.

4.3. Juzgamiento

Esta fase del procedimiento penal en el nuevo Código todavía no tiene la importancia que le asiste en los regímenes mixtos con tendencia acusatoria, pues la crítica frecuente ha sido el disminuido papel del juez en el proceso penal frente a un desempeño preponderante de la Fiscalía General de la Nación. Quizá para restarle valor a esa crítica el nuevo Código introdujo una audiencia preparatoria de la vista oral. En términos generales esta fase funcionaría de la siguiente forma: ejecutoriada la resolución de acusación, se recibe el proceso por parte del juez, quien debe dejar el expediente a disposición de las partes por 15 días hábiles, para preparar la audiencia pública y la denominada audiencia preparatoria. Dentro de ese término se permite a las partes solicitar nulidades originadas en la etapa de investigación y las pruebas que sean procedentes. Finalizado el término de traslado a las partes el juez debe citar a los sujetos procesales para la realización de la audiencia preparatoria donde se debe resolver sobre nulidades y pruebas a practicar en la audiencia pública, incluyendo la repetición de aquellas pruebas que los sujetos procesales no tuvieron posibilidad jurídica de controvertir. En esta misma audiencia el juez puede decretar pruebas de oficio, puede resolver sobre la práctica de pruebas que requieran estudios previos, así como las que tienen que realizarse fuera de la sede del juzgado. Dentro de la misma audiencia se debe fijar fecha y hora para la celebración de audiencia pública.

Posteriormente, se celebra la audiencia pública, en la que el juez interrogará al sindicado, y de igual manera se escuchará a los funcionarios de policía judicial, los testigos y los apoderados. Y concluida esta fase dictará sentencia dentro de los 10 días siguientes.

La audiencia preparatoria que es la innovación que trae el nuevo Código de Procedimiento Penal constituye, como en otros procedimientos, una instancia de control, sobre la labor de instrucción, pues es la oportunidad que tiene el juez para actuar equilibrando los desfases que pudieron haberse presentado en la fase instructiva. De ahí que el juez pueda decretar pruebas de oficio, acordar con los sujetos procesales las pruebas que se deben practicar en la audiencia pública e

cluso solicitar la repetición de pruebas que no fueron controvertidas con anterioridad. La innovación está dirigida a que la labor del juez se torne mucho más activa y cuente con mayores elementos de juicio observando la posición de cada uno de los sujetos procesales con respecto al material probatorio, a efectos de que la decisión sea más acertada.

Con todo, la crítica que se le ha hecho a este nuevo modo de juzgamiento indica que no se ha potenciado la oralidad de tal forma que a pesar de la audiencia preparatoria se sigue la modalidad escrituraria.

5. Otros aspectos de la reforma

5.1. Terminación anticipada del proceso penal

El nuevo Código de Procedimiento Penal no hizo variaciones de fondo en materia de terminación anormal del proceso penal. Se suprimió la llamada audiencia especial, que permitía llegar a acuerdos, sobre aspectos que deberían demostrarse fehacientemente dentro del proceso penal por parte de la Fiscalía General de la Nación, tales como la adecuación típica, el grado de participación y la forma de culpabilidad, en virtud de la existencia de dudas probatorias sobre estos tópicos. La audiencia especial siempre fue cuestionada por intentar contra el principio *in dubio pro reo*, y por la mínima aplicación que ha tenido durante 7 años de vigencia de la norma.

En materia de sentencia anticipada, como lo establecimos anteriormente se aprobaron tres innovaciones tal y como fueron presentadas en el proyecto de ley:

- a) Se puede solicitar a partir de la diligencia de indagatoria y hasta antes de que quede ejecutoriada la resolución de cierre de investigación. De esta forma se amplía el plazo de solicitud y se termina con la polémica relativa al momento procesal hasta el cual es permitido solicitarla.
- b) Se disminuyó el monto máximo de 1/6 a 1/8 partes cuando la solicitud se presente una vez proferida la resolución de acusación, hasta antes de que quede ejecutoriada la providencia que fija fecha para la celebración de audiencia pública.

- c) Se reguló la acumulación de rebajas por sentencia anticipada y confesión cuando concurren en la etapa instructiva o en la etapa de juzgamiento del proceso penal.

5.2. Régimen de detención preventiva

Las críticas a esta institución procesal se han centrado en el hecho de que el nuevo Código sigue siendo profundamente restrictivo de la libertad que lo hace más cercano al sistema inquisitorial. A pesar de los intensos debates que dieron en materia penitenciaria los autores del proyecto prefirieron seguir modelos de un Derecho penal de autor, lo que es evidente si se tiene en cuenta las causales necesarias para proveer una medida de detención preventiva, entre otras la garantía de comparecencia del sindicado al proceso, el impedimento de fuga o la continuación de la actividad delictiva del sindicado. Como requisitos de las medidas de detención preventiva se establecieron la existencia de por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso. Como correctamente lo han puntualizado varios críticos, la exigencia de pruebas indiciarias no responden más que a un procedimiento lógico-deductivo disponible para llegar a determinadas conclusiones en un sentido o en otro. De tal manera que existiendo dos indicios graves, equivale a proponer una tarifa probatoria para la imposición de la medida, sin que efectivamente exista una conclusión de responsabilidad suficiente y peligrosamente a partir de la práctica anticipada de las pruebas apreciadas por el fiscal.

En los debates sobre el proyecto se discutió sobre el cambio de estos requisitos de tal manera que la detención preventiva procediera no por indicios graves, sino por la definición de pruebas sobre responsabilidad, pero se prefirió continuar con el sistema actual. La única innovación digna de destacarse se refiere a la actividad del juez con respecto al control de la medida de aseguramiento que toma el fiscal según la cual, con el nuevo Código de Procedimiento Penal el juez puede manifestarse a petición del interesado, el Ministerio Público o el defensor sobre la legalidad formal y material de la detención. Anteriormente al juez le era solamente

do revisar la legalidad de forma, pero ahora el juez sobre base de tres causales (ausencia de valoración probatoria, mala construcción indiciaria, prueba ilegalmente aportada o practicada) puede dejar sin efecto la medida de detención preventiva tomada por los delegados de la Fiscalía. Los demás aspectos de la reforma pasaron el trámite legislativo tal y como quedó expuesto en la parte anterior.

COSTA RICA

Por DANIEL GONZÁLEZ ÁLVAREZ

Bases político-jurídicas del procedimiento penal: principios procesales penales y debido proceso constitucional

1.1. La persecución penal

1.1.1. PERSECUCIÓN PENAL PÚBLICA Y PRIVADA. MONOPOLIO ACUSATORIO DEL MINISTERIO PÚBLICO. LEGALIDAD Y OPORTUNIDAD. LA PERSECUCIÓN PENAL PRIVADA EN EL SISTEMA PENAL

A partir del 1° de enero de 1998 rigen en Costa Rica un nuevo Código Procesal Penal (ley 7594 del 10 de abril de 1996, publicada en el Alcance n° 31-A, *La Gaceta* n° 106 del 4 de junio de 1996) y una nueva Ley Orgánica del Ministerio Público (ley 7728 del 15 de diciembre de 1997, publicada en el Alcance n° 61-A, *La Gaceta* n° 249 del 26 de diciembre de 1997).

Ya en el Código Procesal Penal de 1973 se establecía el monopolio del ejercicio de la acción penal en manos del Ministerio Público (art. 5°). El Código de 1996 recoge este principio, pero establece además la acusación adjunta del particular (arts. 16, 20, 62 y 75).

En principio, el Ministerio Público es el órgano encargado del ejercicio de la acción penal en los delitos de persecución pública (art. 2°, L.O.M.P.). Para ello le corresponde iniciar la investigación preliminar por denuncia, querrela de la víctima, informe policial o por iniciativa propia (arts. 289, 290 y 291).

El nuevo Código Procesal Penal le otorga a la víctima la posibilidad de querrellar por delitos de acción pública (art. 75), pero la intervención del Ministerio Público en el pro-

cedimiento preparatorio y en el intermedio es absolutamente necesaria. Su participación en esas etapas del proceso es esencial (arts. 289 y ss.). Eventualmente, la víctima podrá convertirse en un querellante exclusivo en delitos de acción pública, para la fase de juicio únicamente, cuando el fiscal finaliza el procedimiento preparatorio y durante la audiencia preliminar del procedimiento intermedio haya solicitado la aplicación de una medida distinta a la apertura a juicio (sobreseimiento, el proceso abreviado, la conciliación, etc.) y la víctima hubiere formulado la querrela o acusación (arts. 300, 301 y 302). En este caso, si el juez del procedimiento intermedio ordena la apertura a juicio, el Ministerio Público puede (eventualmente) optar por no asistir a la fase de juicio dejando a la víctima sola para que continúe con el ejercicio de la acción penal. Desde luego se trata de una opción del fiscal, y en el caso de que asista al juicio no está vinculado a la posición de la víctima.

La víctima puede formular querrela exclusiva por delito de acción privada, casos en los cuales no interviene el Ministerio Público (art. 72). Se trata principalmente de los delitos de contra el honor y la propaganda desleal (art. 19 C.P.P. de 1996, y arts. 145, 146, 147, 148, 152, 153, 154 y 242 de C.P.).

Existe otra categoría de delitos en los que el criterio de la víctima es vinculante para determinar el ejercicio de la acción penal. Se trata de los delitos de acción pública perseguibles sólo a instancia de la víctima, casos en los cuales los órganos públicos no pueden proceder sin la denuncia del ofendido (art. 17). El Código señala que se requiere de dicha instancia para proceder frente a las relaciones sexuales consentidas, contagio de enfermedad, ciertos casos de violación, agresiones sexuales leves, lesiones leves y culposas, amenazas, violación de domicilio, usurpación, incumplimiento de deberes alimentarios, abuso de patria potestad, entre otros (art. 18).

En los delitos de acción pública que no dependen de una instancia privada para su persecución, y en estos últimos después de llevado a cabo la instancia, rige como regla el principio de obligatoriedad del ejercicio de la acción penal (legalidad), razón por la cual el Ministerio Público debe ejercer la acción penal en todos aquellos casos en que exista un

hecho en apariencia delictivo, contra la persona que aparenta ser el autor responsable. Sin embargo se establece como excepción el principio de oportunidad (art. 22), según el cual el fiscal podría no ejercer la acción penal cuando:

- a) Se trate de un hecho insignificante, de mínima culpabilidad del autor o del partícipe o exigua contribución de éste, salvo que afecte el interés público o lo haya cometido un funcionario público en el ejercicio del cargo o con ocasión de él.
- b) Se trate de asuntos de delincuencia organizada, criminalidad violenta, delitos graves o de tramitación compleja y el imputado colabore eficazmente con la investigación, brinde información esencial para evitar que continúe el delito o se perpetren otros, ayude a esclarecer el hecho investigado u otros conexos o proporcione información útil para probar la participación de otros imputados, siempre que la acción penal de la cual se prescinde resulte considerablemente más leve que los hechos punibles cuya persecución facilita o cuya continuación evita.
- c) El imputado haya sufrido, a consecuencia del hecho, daño físico o moral grave que torne desproporcionada la aplicación de una pena, o cuando concurren los presupuestos bajo los cuales el tribunal está autorizado para prescindir de la pena.
- d) 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 a la que se le impuso o se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero. En estos últimos casos, podrá prescindirse de la extradición activa y concederse la pasiva.

Si el tribunal admite la solicitud para aplicar un criterio de oportunidad, se produce la extinción de la acción penal con respecto al autor o partícipe en cuyo beneficio se dispuso. Si la decisión se funda en la insignificancia del hecho, sus efectos se extienden a todos los que reúnan las mismas condiciones.

No obstante, en el caso de los incs. b) y d) del artículo anterior, se suspende el ejercicio de la acción penal pública en relación con los hechos o las personas en cuyo favor se aplicó el criterio de oportunidad. Esa suspensión se mantendrá hasta 15 días después de la firmeza de la sentencia respectiva, momento en que el tribunal deberá resolver definitivamente sobre la prescindencia de esa persecución.

Si la colaboración del sujeto o la sentencia no satisficiera las expectativas por las cuales se suspendió el ejercicio de la acción, el Ministerio Público deberá solicitar al tribunal que ordene reanudar el procedimiento.

1.1.2. ORGANIZACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

En Costa Rica el Ministerio Público es un órgano adscrito al Poder Judicial. Depende administrativamente de la Corte Suprema de Justicia, ya que ésta nombra al fiscal general, y este último, a su vez, a los fiscales que integran el órgano (arts. 1º, 23, 25 inc. g, L.O.M.P.; 59 inc. 9º, L.O.P.J.).

Desde el punto de vista funcional, el órgano acusador es totalmente independiente, porque sólo los fiscales autónomamente determinan la política de persecución penal y las reglas accesorias, que rigen el ejercicio de la acción penal tanto en el caso particular, como en general (art. 25 incs. a y b, L.O.M.P.). El Ministerio Público goza de independencia funcional respecto de todos los poderes del Estado. (art. 3º, L.O.M.P.).

Es una entidad dirigida por un fiscal general, y se encuentra dividida en fiscalías adjuntas. Existen fiscalías adjuntas por razón del territorio y por materias (arts. 21 y 22 inc. e, L.O.M.P.). El país está dividido en 12 circuitos judiciales, y en cada uno de ellos existe un fiscal adjunto como jefe regional del Ministerio Público. Existen también fiscalías adjuntas especializadas en diversas áreas, tales como narcotráfico, justicia penal juvenil, delitos ecológicos, agresiones domésticas, delitos ambientales, delitos económicos, etc. Las fiscalías adjuntas se encuentran conformadas por fiscalías integradas por fiscales y por fiscales auxiliares.

La organización es flexible, pues se autoriza a crear transitoriamente fiscalías en cualquier parte del país para atender situaciones emergentes o casos especiales, con el fin de ejercer en forma adecuada las labores propias del Ministerio Público.

La organización se caracteriza por ser jerárquica y unitaria (arts. 13, 14, 21 y 22, L.O.M.P.). El fiscal general es el jefe, y es asesorado por el "Consejo Fiscal", integrado por todos los fiscales adjuntos del país. Este órgano debe reunirse por lo menos dos veces al año y le corresponde colaborar con el fiscal general en la definición de la política que debe seguir el Ministerio Público y la Policía Judicial, en cuanto a la investigación y persecución de los delitos.

1.3. LA FUNCIÓN DE LA POLICÍA Y BREVE NOTICIA SOBRE SU ORGANIZACIÓN Y DEPENDENCIA POLÍTICA

En Costa Rica se denomina "Organismo de Investigación Judicial" y está compuesto por tres sectores bien definidos: El Departamento de Medicina Legal, el Departamento de Laboratorios en Ciencias Forenses, y el Departamento de Investigaciones Criminales. Este último Departamento es el que conforma la Policía Judicial en sentido estricto (arts. 25, 31 y 38, L.O.O.I.J.).

Como ocurre con el Ministerio Público, también el Organismo de Investigación Judicial (y dentro de éste la Policía Judicial) es un ente adscrito al Poder Judicial, que depende administrativamente de la Corte Suprema de Justicia, ya que ésta nombra al director y al subdirector general (art. 59 inc. 9º, L.O.P.J.).

La policía judicial es un órgano auxiliar del Ministerio Público y bajo su dirección y control le corresponde investigar los delitos de acción pública, impedir que se consuman o agoten, individualizar a los autores y partícipes, reunir los elementos de prueba útiles para fundar la acusación y ejercer las demás funciones que le asigne la ley (arts. 67 y 283 C.P.P. de 1996 y 4º L.O.M.P.).

Corresponde al Ministerio Público la dirección funcional de la policía judicial. Para tales efectos, los funcionarios y los agentes de la policía judicial deben cumplir siempre las órdenes del Ministerio Público y las que, durante la tramitación del procedimiento, les dirijan los jueces.

En casos excepcionales y por decisión fundada, el fiscal general podrá designar directamente a los oficiales de la policía judicial que deberán auxiliarlo en una investigación específica (art. 25 inc. d, L.O.M.P.). En este caso, las autoridades

des policiales no podrán ser separadas de la investigación, no se cuenta con la expresa aprobación de aquel funcionario.

1.2. La defensa del imputado

1.2.1. GARANTÍAS INDIVIDUALES DEL IMPUTADO: DEFENSA, INOCENCIA, *NEMO TENETUR*, PROHIBICIONES PROBATORIAS, *NE BIS IN IDEM*, FACULTADES DE INJERENCIA ESTATAL Y SISTEMA DE CONTROL JUDICIAL

En el sistema penal, la ley detalla las garantías relativas a los principios de defensa y debido proceso (art. 36, C.P.O.). En primer término, la ley es muy clara en señalar que el derecho de defensa es irrenunciable (art. 13 párr. 2°). El imputado tiene derecho a intervenir en los actos procesales que incorporen elementos de prueba y a formular las peticiones, observaciones que considere oportunas (art. 12). Cuando el imputado está privado de libertad, el encargado de custodiarlo debe transmitir al tribunal las peticiones u observaciones que aquél formule, dentro de las 12 horas siguientes a que se le presenten y le facilitará la comunicación con el defensor (art. 12, párr. 3°).

Toda autoridad que intervenga en los actos iniciales de la investigación debe velar porque el imputado conozca inmediatamente los derechos que, en esa condición, prevén la Constitución, el Derecho Internacional y el Comunitario vigentes en Costa Rica y el Código Procesal Penal (art. 82).

Desde el primer momento de la persecución penal y hasta el fin de la ejecución de la sentencia, el imputado tiene derecho a la asistencia y defensa técnica letrada (arts. 18 y 82, inc. c). Para tales efectos, puede elegir a un defensor de su confianza, pero, de no hacerlo, se le debe asignar un defensor público (art. 93). Se entiende por primer acto del procedimiento cualquier actuación, judicial o policial, que señale a una persona como posible autora de un hecho punible y participe en él (art. 81).

Rígen los principios de inocencia, y sus principales implicaciones como el *in dubio pro reo* (art. 9°). También se adopta el derecho del imputado al silencio sin que implique presunción de culpabilidad, ni pueda ser usado de alguna manera para deducir aceptación de responsabilidad (arts. 82, inc. b y 92, párr. 2°).

En materia de prueba se establecen los principios de libertad probatoria, por lo que es posible probar cualquier hecho de importancia para la decisión, por cualquier medio de prueba lícito (art. 182); así como el principio de libre valoración de la prueba o sistema de sana crítica, según el cual el juzgador es libre de asignar el valor a los medios lícitos de prueba, pero debe indicar en cada caso concreto las razones que para ello tuvo, conforme a las reglas del correcto entendimiento humano (art. 184).

Existen una serie de limitaciones probatorias, que prohíben determinados medios de prueba, o determinados métodos de prueba. A menos que favorezca al imputado, no puede utilizarse información obtenida mediante tortura, maltrato, coacción, amenaza, engaño, indebida intromisión en la intimidad del domicilio, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados, ni información obtenida por otro medio que menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de las personas (art. 181).

Respecto de los controles existen varios y muy efectivos, tanto internos como externos al sistema penal. Al interno debemos mencionar la queja directa ante los jueces de las diferentes instancias, tanto previas como durante el juicio, que ejercen un verdadero control sobre el respeto de los derechos de las partes y en especial, del imputado (arts. 277, 315, 319 párr. 4°, 325, 342, 422 y ss.). También debe mencionarse la casación, que en la experiencia costarricense se ha convertido en un verdadero mecanismo de protección contra la arbitrariedad judicial, tanto por medio del recurso de casación en sentido estricto (arts. 443 y ss.), como el procedimiento de revisión contra la sentencia condenatoria firme (arts. 408 y ss.), ya que este último puede invocarse no sólo ante nuevas pruebas o nuevas circunstancias, sino además por violación al debido proceso o al derecho de defensa en forma específica. Así, por ejemplo, durante 1997, en la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema fueron declarados con lugar el 12 % del total de recursos interpuestos por el imputado, el 14 % del total de los recursos interpuestos por la defensa privada y el 24 % de los recursos interpuestos por la defensa pública. Al externo del sistema penal debemos mencionar, dentro de los mecanismos de control, la jurisdicción constitucional, la cual ha realizado una verdadera in-

intervención en la justicia penal por medio del recurso de *habeas corpus*, ampliado a los derechos conexos con el de privacidad de libertad, en los procedimientos de inconstitucionalidad en sentido estricto y en las consultas obligatorias en los casos de revisión penal por violación al debido proceso o al derecho de defensa (arts. 15, 73 y 102, L.J.C.).

1.2.2. LA DEFENSA PÚBLICA, BREVE REFERENCIA EMPÍRICA

También la Defensa Pública (al igual que el Ministerio Público y la policía judicial) es una organización adscrita al Poder Judicial en la experiencia costarricense. Depende administrativamente de la Corte Suprema de Justicia, la cual nombra al jefe y al subjefe, pero es independiente desde el punto de vista funcional (arts. 59 inc. 9º, y 150 y ss., L.O.P.J.).

En el sistema de Costa Rica la oficina de la Defensa Pública es una organización tan grande y bien organizada como el Ministerio Público, y sus integrantes son muy independientes y combativos (art. 150, L.O.P.J.). No existe en el país ningún cuestionamiento al hecho de que ellos asuman la defensa de cualquier tipo de persona acusada, por más reprochables que resulten los hechos atribuidos (delitos de drogas, sexuales, corrupción pública, delitos económicos, etc.).

Los defensores públicos han producido las más importantes decisiones jurisprudenciales tanto ante la Sala Penal de la Corte, como ante la Sala Constitucional, y ejercen sus funciones de una manera muy racional a favor de los imputados.

Por razones económicas la gran mayoría de los acusados son atendidos por la Defensa Pública. Cuando el acusado nombra un defensor particular, sea porque no tiene medios económicos para pagar uno privado, o porque no quiere nombrarlo, debe ser asistido por un defensor público en forma obligatoria (arts. 93 y 100, C.P.P.). Si la persona tiene recursos puede cobrarse honorarios fijados judicialmente con posterioridad (152 p. 1º, L.O.P.J.), pero en la práctica casi nunca se realiza dicho cobro, ni siquiera se realiza una investigación económica sobre la situación financiera del imputado; basta que no tenga defensor para que de inmediato se le asigne uno público.

Así como existen oficinas del Ministerio Público frente a cada despacho jurisdiccional, también existen oficinas de

Defensa Pública, en número suficiente para atender el cúmulo de causas de cada lugar e instancia.

3. Característica del "juicio previo" a la condena e imparcialidad de los jueces del tribunal de sentencia (juez natural y exclusión de jueces que han operado en otro período del procedimiento)

El juicio se realiza en forma oral ante un tribunal unipersonal, para delitos sancionados hasta con 5 años de prisión, y con un tribunal colegiado, integrado por 3 jueces profesionales para delitos sancionados con más de 5 años de prisión (art. 96, L.O.P.J.).

El principio del juez natural se encuentra especialmente regulado en la Constitución y la ley (art. 3º, C.P.P.), las cuales prohíben en forma expresa los tribunales especiales para el caso. La jurisdicción material y la competencia territorial de cada uno de los tribunales se encuentra bien delimitada en forma previa, tanto en la ley (arts. 45 y ss., C.P.P.) como en *disposiciones administrativas* de la Corte Suprema de Justicia (circulares generales), debidamente publicadas en el Diario Oficial *La Gaceta* y en el Boletín Judicial.

Sin embargo, ha provocado quejas por parte de los abogados litigantes en los tribunales de juicio de la capital, el hecho de que los despachos judiciales se conformen con una gran cantidad de jueces; en muchas ocasiones ellos no saben cuáles serán los seleccionados para el juicio, sino hasta el mismo día del debate oral. Desde luego, ello no obstaculiza que a ese momento se formule alguna recusación, si hubiere motivo para ello, pero la queja se origina ante la falta de indicación anticipada y concreta de los jueces que habrán de juzgar al imputado.

La ley también señala como causal de excusa y recusación el pretender intervenir en el juicio oral, luego de haber dictado en el mismo proceso el auto de apertura a juicio durante la etapa intermedia, luego de clausurada la audiencia preliminar (art. 55 inc. a, C.P.P.). Esto excluye al juez del procedimiento intermedio, que no puede integrar el tribunal del juicio, pero no al que hubiere intervenido en la etapa preparatoria, pues éste no asume una posición concreta sobre la responsabilidad del imputado en los hechos, salvo pronunciarse sobre la prisión preventiva.

También se señala en la ley que debe procurarse que el mismo funcionario no asuma en un mismo proceso las funciones de juez de la etapa preparatoria y juez de la etapa intermedia (art. 107 p. 2°, L.O.P.J.). Para cumplir con esta disposición se han adoptado una serie de medidas en la distribución de trabajo en los juzgados penales del país. Sin embargo, en algunas circunscripciones menores, en las que sólo hay un juez penal en el juzgado, éste debe asumir labores de ambas etapas en un mismo asunto.

1.4. Independencia política de los tribunales: reglas fundamentales al respecto y organización

En la experiencia costarricense los jueces han gozado gozan de una amplia independencia funcional respecto a los demás órganos del Estado, pues no están sujetos a ningún control de tipo político.

Existe una carrera judicial (más de hecho que formal) y los funcionarios judiciales han gozado de una amplísima estabilidad laboral, independientemente de la conformación del Gobierno Central y de la Asamblea Legislativa.

Incluso los miembros de la Corte Suprema de Justicia, elegidos por la Asamblea Legislativa, gozan de independencia funcional. A menudo se señala como inconveniente la participación de un órgano tan politizado, desde el punto de vista partidista, como lo es el Parlamento, en la elección de los máximos jueces de la Corte Suprema de Justicia, pero en verdad es que los electos por lo general han asumido sus labores con una gran independencia funcional por varias razones. Primero, porque gozan de amplia estabilidad, no pueden ser removidos del cargo sino cuando concurra una causal grave y seria; segundo, porque el período de nombramientos es de 8 años, el cual duplica incluso el período presidencial y tercero, porque vencido ese período es muy difícil la remoción, porque se requiere una votación expresa de dos tercios en contra del funcionario para que no sea reelegido en el cargo, lo cual nunca ha ocurrido en la realidad.

El Poder Judicial también tiene asegurada su independencia económica respecto de los órganos políticos del Estado, al disponerse en la Constitución que debe dotársele como mínimo del 6 % del Presupuesto Nacional, lo que le ha per-

mitido incluso construir edificios dignos para alojar los tribunales en todo el país, y tener recursos para otros programas a los que no pueden aspirar la mayoría de las instituciones públicas, como una fuerte política de becas para que los jueces estudien su doctorado en Europa.

No siempre se llega a las mismas conclusiones sobre la independencia interna, es decir de los jueces de instancia y de las apelaciones respecto de los miembros de la Corte Suprema de Justicia. Como hemos expuesto, la Corte costarricense concentra una gran cantidad de funciones: es el jerarca del Ministerio Público, de la Defensa Pública, de la Policía Judicial y, en última instancia, de los órganos jurisdiccionales, tanto en la función de casación como en la del control constitucional. En 1994 se realizó una reestructuración administrativa interna, recogida en una nueva Ley Orgánica Judicial, que pretendió sustraer a la Corte Plena de las labores de administración, reservándose la Corte sólo las tareas de gobierno (arts. 67 y ss., L.O.P.J.). Sin embargo tal ha sido la experiencia en estos años que todavía se requiere una mayor separación de la Corte respecto de las labores administrativas. La Corte ya no realiza la mayoría de los nombramientos de jueces, ni interviene en la aplicación del régimen disciplinario para los jueces. Pero tiene una gran incidencia en la aprobación del presupuesto, en la creación de nuevas oficinas, y en todo lo relativo a la reglamentación de la actividad jurisdiccional, así como en la adjudicación de becas.

Sin embargo, se puede afirmar que prácticamente no existen injerencias indebidas de la cúpula judicial en los asuntos pendientes en los tribunales, y los casos que se han presentado han sido denunciados públicamente.

En síntesis, existe en la práctica una gran independencia funcional en nuestros jueces, y pueden resolver conforme a su propio criterio sin temor a represalias. Se dispone expresamente que los jueces sólo están sometidos a la Constitución, al Derecho internacional y comunitario vigente en Costa Rica, y a la ley, y además que en su función de juzgar, los jueces son independientes de todos los miembros de los poderes del Estado (art. 5°, C.P.P.).

Asimismo se estatuye que por ningún motivo, los otros órganos del Estado pueden arrogarse el juzgamiento de las causas, ni la reapertura de las terminadas por decisión fir-

me; tampoco pueden interferir en el desarrollo del procedimiento. Para ello todos los demás funcionarios deben cumplir y hacer cumplir lo dispuesto por los jueces, conforme lo resuelto.

La ley señala expresamente que, en caso de interferencia en el ejercicio de su función, el juez debe informar a la Corte Suprema de Justicia sobre los hechos que afecten su independencia, aun cuando provenga de uno de los miembros de la propia Corte. Cuando la interferencia provenga del pleno de la Corte, el informe debe ser conocido por la Asamblea Legislativa (art. 5° p. 3°, C.P.P.).

Las nuevas disposiciones legales establecen la posibilidad de conformar los circuitos judiciales reuniendo varios despachos en uno solo, conforme se requiera para la eficiencia y el buen servicio público (Transitorio 2°, C.P.P.). En el sistema debe procurarse que los jueces y demás servidores judiciales participen en la toma de decisiones administrativas, con el fin de que se llegue a formas de autogestión. Desde entonces los jueces vienen incrementando su participación en la administración de su propio despacho.

Sobre la organización de los tribunales penales, véase también *infra* 3.7.

2. Síntesis acerca del procedimiento tradicional y su adecuación a los principios anteriores. Recursos contra la sentencia

2.1. Fuentes *strictu sensu* del Derecho procesal penal nacional

Costa Rica adopta en el Código de Procedimientos Penales de 1973 (en vigencia desde 1975) un sistema similar al de la provincia de Córdoba, Argentina, gracias a la intervención del profesor Alfredo Vélez Mariconde, y en menor medida, del profesor Clariá Olmedo.

Antes de esa fecha estuvo vigente el Código Procesal Penal de 1910, inspirado en la legislación colonial española indirectamente en la codificación francesa. A partir de 1973 se incorpora la oralidad en la experiencia costarricense, conforme lo hemos repetido estimamos que el nuevo Código Procesal Penal de 1996 (en vigencia a partir de enero de 1996)

en realidad un ajuste respecto del Código de 1973, porque no se hicieron cambios significativos en las etapas de juicio, de impugnación, ni en la de ejecución. Las novedades se refieren a la instrucción y al procedimiento intermedio.

2.2. Estructura del procedimiento común. Recursos contra la sentencia

Conforme al Código de 1973, la instrucción estaba en manos de un juez de instrucción, tratándose de delitos sancionados con más de 3 años de prisión (instrucción formal); y en manos de un fiscal del Ministerio Público para los delitos sancionados con menos de 3 años de prisión (información sumaria), según arts. 184, 401 y 402 del C.P.P. de 1973.

La instrucción formal era totalmente dirigida por el juez instructor, por medio de un procedimiento escrito y privativo, al que podía tener acceso la defensa, el Ministerio Público y los abogados con legítimo interés (lectura de actas) (arts. 189, 190, 191 y 192, C.P.P. de 1973).

En este sistema el imputado debía intervenir desde los primeros actos del procedimiento, y su defensor debía estar debidamente nombrado antes de la declaración indagatoria (arts. 274 y ss., C.P.P. de 1973).

Dentro de los 6 días siguientes a la declaración del imputado el juez debía pronunciarse sobre el mérito de la causa por medio de un procesamiento cuando estimaba que existían bases razonables para estimar como probable que hubiere ocurrido un hecho delictivo y que el imputado hubiere intervenido en él (art. 286). Asimismo debía pronunciarse sobre la prisión preventiva o sobre la libertad del imputado, con derecho a recurrir (arts. 291 y ss.).

Finalizada la recopilación de las pruebas, y en los casos en que se hubiere dictado un procesamiento, debía escucharse al Ministerio Público para que requiriera el juicio o solicitara una *prórroga extraordinaria de la instrucción* para los casos de duda, o un sobreseimiento (arts. 338 y 339). En el caso en que el fiscal optara por requerir el juicio (acusación), el juez se pronunciaba por decisión fundada sólo cuando la defensa se hubiere opuesto a la apertura a juicio, y en ese caso la resolución era recurrible ante el superior antes de ir a juicio (arts. 342 y ss.).

Sin embargo, en este procedimiento se presentaron varias disfunciones. En primer término el fiscal casi no intervenía en la instrucción formal, pues el mismo funcionario debía practicar la información sumaria (instrucción fiscal de delitos menores) y además debía intervenir en la fase de juicio en esa clase de asuntos, lo que le restaba tiempo para intervenir en la instrucción formal ante el juez. Ello implicaba que el juez se constituyera como el *dominus* de esa fase y asumiera una tarea netamente inquisitiva y persecutoria, preocupado más en obtener buenos resultados en la investigación que en proteger los derechos de los sujetos involucrados, entendiendo por "buenos resultados" aquellos que condujeran a la efectiva demostración de culpabilidad. El imputado tenía que litigar en la instrucción contra el juez y no contra el fiscal.

Es cierto que el fiscal formulaba la acusación (art. 344) pero se trataba de una posición meramente formal, ya que recogía en esa acusación el auto de procesamiento que había dictado el juez instructor, donde se exponía el hecho, y además, se señalaba la calificación jurídica y las normas aplicables al caso. Pero más aún, con el auto de elevación a juicio todavía el juez instructor tenía la posibilidad de complementar y enmendar la acusación, incluyendo hechos nuevos, dándole nuevas calificaciones jurídicas y, en especial, como ocurría a menudo, señalando nuevas circunstancias para resolver el caso (art. 344).

Nuestro juez instructor fue bastante inquisitivo en el cumplimiento de sus obligaciones. La misma legislación daba ese carácter a sus actuaciones, al extremo de señalarse que en el juicio, para informar al imputado, debía leerse tanto la acusación del fiscal (que recogía el procesamiento del juez) como el auto de elevación a juicio del mismo juez instructor (art. 370 p. 2°, C.P.P.). Ello conducía a un sistema, en el cual los jueces eran los verdaderos acusadores. El problema se agravaba porque el superior del juez de instrucción que conocía en apelación tanto el procesamiento como el auto de elevación a juicio, era el propio tribunal de juicio del juez instructor, el cual, después de pronunciarse sobre la procedencia de esas actuaciones, luego juzgaba el caso en sentencia después de un debate oral y público, pero luego también debía haber manifestado opinión sobre el caso.

Por su parte el fiscal, a su vez, venía asumiendo tareas similares a las del juez en la instrucción sumaria, porque en la instrucción formal, salvo que no dictaba procesamientos, hacía lo mismo que la legislación establecía grandes diferencias entre el juicio y otro procedimiento preparatorio.

Otro aspecto también importante y que merece mencionarse se refiere al monopolio del ejercicio de la acción penal. El Código de 1910 establecía la acción penal popular, de manera que cualquier persona podía ejercer la acción penal ante los tribunales. El Código de 1975 eliminó esa posibilidad para los ciudadanos, al instaurar un monopolio en favor del Ministerio Público (art. 5°, p 1°). Pronto surgieron las reacciones, y estas normas fueron de las que recibieron más reformas durante la vigencia de la anterior legislación. En especial, se hacía insostenible la constitucionalidad de la acción penal popular, porque en favor de todos los ciudadanos constitucionalmente se garantiza el acceso a cualquier dependencia pública (art. 41, C.P.O.), y en especial se garantiza el derecho de acudir a los tribunales en demanda de justicia, frente a los hechos y actos que se le hubieren ocasionado (acceso a las oficinas públicas y derecho a la jurisdicción).

Todo ello requería de claros cambios, para situar al juez en una posición de garante de los derechos de las partes, y no en un perseguidor del imputado, mientras que al fiscal debía trasladársele la responsabilidad de perseguir penalmente, y de alguna manera había que ampliar la participación de la víctima en el proceso penal, permitiéndole asumir de nuevo la acusación, aun de... coadyuvante con el fiscal.

Contra la sentencia, en el procedimiento anterior, sólo era posible recurrir en casación (arts. 471 y ss.) y, en los casos de condenatoria, podía ser impugnada en revisión por las causales tradicionales y, además, por violación al debido proceso y al derecho de defensa (art. 490).

2.3. Noticia sobre procedimientos especiales.

Soluciones alternativas y procedimientos penales en manos de autoridades no judiciales

La Constitución y la ley prohíben la creación de tribunales especiales para el juzgamiento de casos concretos (art. 3°, C.P.P.

de 1996). Si se admiten procedimientos especiales para juzgar los delitos de acción privada, sobre todo delitos contra el honor (arts. 380 y ss., C.P.P.), para el juzgamiento de los menores infractores (arts. 402 y ss., C.P.P.), y para juzgar a los miembros de los Supremos Poderes del Estado (arts. 391 y ss.).

El Código de Procedimientos Penales de 1973 no reconoció soluciones alternativas, pues acogió sin excepción el principio de legalidad o de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal (art. 5° p. 1°, C.P.P. de 1973).

En el sistema costarricense no existen tribunales administrativos, y todos los procedimientos penales están en manos de las autoridades jurisdiccionales. Antes de 1970 se atribuyó a ciertas autoridades administrativas el juzgamiento de las contravenciones y el conocimiento de las pensiones alimenticias, con apelación ante autoridades jurisdiccionales. Con la adopción del Código Penal de 1970 (sustantivo) todas esas labores se trasladaron al Poder Judicial, sin excepción (art. 1°, C.P.P. de 1970).

2.4. Breve noticia sobre la ejecución penal

El Código Procesal de 1973 introdujo por primera vez la figura del juez de ejecución penal (arts. 504 y ss.), pero en una serie de circunstancias sólo uno se designó para todo el país y sus labores eran básicamente las de pronunciarse sobre el mantenimiento o modificación de las medidas de seguridad y sobre la libertad condicional, pues, en lo demás, sus decisiones no eran vinculantes para las autoridades penitenciarias, situación que cambia con el Código de 1996 (arts. 452 y ss.).

Los mecanismos de defensa de los derechos del recluso han sido más de carácter administrativo que judicial, salvo por la intervención de la justicia constitucional.

3. La reforma vigente

3.1. Situación de la reforma

Conforme se señala en 1.1.1. en enero del presente año (1998) entra en vigencia un nuevo Código Procesal Penal aprobado en 1996, orientado en las reformas latinoamericanas en el Código Modelo para Iberoamérica.

También se aprobó, mediante ley 7576 del 8 de marzo de 1996, una nueva "Ley de Justicia Penal Juvenil" que entró en vigencia el 1° de mayo de ese mismo año, y que recoge importantes principios y garantías para el juzgamiento penal de los menores de edad, en forma muy similar a lo que el nuevo Código Procesal Penal viene a prever para la justicia de los adultos.

Por su parte, fue necesario que un equipo interdisciplinario diseñara las nuevas estructuras de los tribunales penales y la del Ministerio Público, así como también fue indispensable programar todo lo relativo a la puesta en vigencia del nuevo Código Procesal Penal. Por tal razón también se diseñó y se aprobó una reforma integral a la Ley Orgánica del Poder Judicial, una reforma total a la Ley Orgánica del Ministerio Público, así como también fue necesario incluir una nueva categoría de normas dirigidas a regular la puesta en vigencia de la nueva legislación. Todo ello se recogió en la Ley de Reorganización Judicial que se aprobó por ley 7728 del 15 de diciembre de 1997, y que comenzó a regir a partir del 1° de enero del presente año (1998), junto con el nuevo Código Procesal Penal.

Paralelamente existe un Proyecto de Código Penal, cuyas más importantes transformaciones se refieren a la pena, al adoptar un sistema de penas alternativas y posibilitar que la medida de la pena sea modificable durante toda la ejecución. Este proyecto se encuentra en discusión en el Parlamento, y estuvo a punto de ser aprobado en la legislatura pasada, pues ya tiene dictamen afirmativo de la Comisión de Diputados encargada de las Reformas Penales. En mayo de 1998, luego de las elecciones generales de febrero 98, cambió la integración de la Asamblea Legislativa, pero el nuevo Presidente de la República ha manifestado su interés en que este nuevo Código sea aprobado, así como varios de los nuevos legisladores.

También está pendiente de ser discutido en el Parlamento el Proyecto de Ley de Ejecución Penal, en armonía con los cambios y los principios que se introducen en el nuevo proceso penal.

Existe mucha probabilidad de que las leyes que faltan para completar la reforma penal sean aprobadas y puestas en vigencia, tomando en cuenta lo que se dijo en campaña

por parte de los principales partidos políticos, y lo que se ha manifestado ahora sobre el sistema penal los nuevos delitos, los ministros e incluso el Presidente de la República. Cabe mencionar que el Proyecto de Código Penal recoge una gran reforma (las penas alternativas) que fueron propuestas hace varios años por la actual primera vicepresidenta de la República, cuando se desempeñaba como ministra de Justicia.

3.2. Correlación con los principios del proceso penal en un Estado de Derecho

Conforme lo señalamos en el apartado 1º, el nuevo proceso penal recoge y fortalece la plena vigencia de los principios procesales necesarios en un Estado de Derecho, democrático y respetuoso de los derechos humanos.

3.3. Estructura del procedimiento común y órganos estatales encargados

Podemos descomponer el procedimiento ordinario en el nuevo proceso, en cinco fases: el procedimiento preparatorio, el procedimiento intermedio, el juicio, la fase de liquidación y la ejecución.

3.3.1. EL PROCEDIMIENTO PREPARATORIO

El procedimiento preparatorio tiene como objetivo verificar si existen bases para el juicio, mediante la recolección de los elementos que permitan fundar la acusación del fiscal y la defensa del imputado (art. 274).

La noticia de delito ingresa al sistema judicial por medio de la denuncia (arts. 278 y ss.), la querrela (arts. 75 y ss.) o la actuación de oficio de la policía (arts. 283 y ss.) o del Ministerio Público (arts. 62 y ss., y 289 y ss.), y ello origina una actividad de investigación cuyo objetivo básico es determinar si aquella noticia de delito tiene alguna base cierta, en caso afirmativo en qué circunstancias se desarrolló el hecho, quiénes fueron sus autores y partícipes y finalmente, qué elementos probatorios podemos recoger para realizar esa verificación.

La Policía Judicial es el órgano que, junto con el Ministerio Público, se encuentra autorizado para recibir denuncias, e incluso actuar de oficio (arts. 67 y ss.). En tal caso debe informar al fiscal a más tardar 6 horas después de recibida la información, y puede realizar las *diligencias preliminares*, que constituye una actividad típica de investigación policial con el fin de constatar la veracidad de la denuncia, impedir que los hechos sean llevados a consecuencias ulteriores, asegurar y ordenar científicamente las pruebas, y a identificar y aprehender preventivamente a los posibles autores y partícipes del ilícito.

La actividad más sobresaliente dentro del procedimiento preparatorio la constituye la *investigación preparatoria* dirigida por el fiscal, con el auxilio de la Policía Judicial, con propósitos similares a los de las diligencias preliminares (art. 290). Por lo general se ha pretendido que el fiscal asuma el conocimiento de los casos más graves y complejos desde el momento en que la policía recibe la *notitia criminis*. Para tales efectos los fiscales deben orientar jurídicamente la función de los policías (art. 4º, L.O.M.P.), y ellos con mayor esmero deben respetar las garantías procesales y los derechos fundamentales del imputado (arts. 12, 82 y 181).

La investigación fiscal es una actividad creativa, informal, no sujeta a rigores típicos del pasado en la instrucción formal del juez, con el fin de determinar lo sucedido y con el propósito concreto de orientar la posición del fiscal sobre el asunto. Paralelamente, el Ministerio Público debe diseñar una concreta política general sobre la investigación de los delitos y la actuación concreta de los fiscales, que recoja las preocupaciones de la comunidad y oriente así la posible adopción de medidas alternativas. Para tal propósito se dispone que al recibir las primeras diligencias el fiscal debe valorarlas con el fin de examinar si continúa con la investigación o solicita algún mecanismo sustituto conforme lo haya definido esa política general que debe adoptar el órgano requirente frente a la criminalidad (art. 297).

Para realizar su investigación se autoriza al fiscal para que realice alguna actividad probatoria, como los registros e inspecciones, salvo de los lugares habitados o las casas de negocios; ordenar peritajes; disponer el comiso; practicar el reconocimiento (arts. 291, 180 y ss.). Desde luego, también debe

entrevistar a la víctima y a los testigos, y debe recibirle declaración al imputado, informándole de los cargos en su contra, previniéndole sobre el nombramiento de un defensor, con advertencia de que si no lo nombra de inmediato, debe solicitar a la defensa pública que le asigne uno (arts. 82, 91 y 92).

Como regla se dispone que la investigación preparatoria sólo puede servir para sustentar la posición del Ministerio Público en el proceso, pero no puede servir de base para la condena del acusado (arts. 276 y 354), salvo las pruebas recibidas conforme al anticipo jurisdiccional de prueba, que la ley autoriza expresamente incorporar al juicio si son confirmadas por un juez, con participación de la defensa (arts. 293 y 334). También se señala que los fiscales no pueden realizar actos propiamente jurisdiccionales y que los jueces, salvo excepciones expresamente previstas, no podrán realizar actos de investigación (art. 277, p. 2°).

Durante el procedimiento preparatorio también es posible la realización de actos probatorios definitivos e irreprochables, en cuyo caso deben serle solicitados al juez de la etapa preparatoria, para que los realice (arts. 277 y 293). Éste también debe intervenir cuando deba adoptarse alguna medida restrictiva de derechos, como sería la intervención telefónica (art. 201), el allanamiento (arts. 193 y ss.); así como cuando deba aplicarse alguna medida cautelar, como la prisión preventiva (arts. 238 y ss.).

El juez de la etapa preparatoria también puede intervenir para dirimir conflictos entre las partes y el fiscal encargado de la investigación, en especial en lo que se refiere a la identificación de las pruebas.

El imputado, su defensor, la víctima y el querellante pueden intervenir en el procedimiento preparatorio participando en los actos, examinando las pruebas recogidas, proponiendo pruebas que puedan aclarar lo sucedido (art. 292).

El procedimiento preparatorio concluye con el requerimiento del fiscal, sea que formule una acusación o que solicite la aplicación de un mecanismo alternativo (arts. 299 y ss.).

3.3.2. EL PROCEDIMIENTO INTERMEDIO

El procedimiento intermedio cumple una función de capital importancia dentro del sistema penal. Por un lado cons-

ponde el momento procesal para adoptar una determinada solución para el caso, pues en él convergen todos los asuntos para definir el rumbo o el curso del procedimiento entre muy diversas opciones; y por otro lado, también se configura para el órgano jurisdiccional, en forma oral y con posibilidad de anticipar un contradictorio en el que intervienen todas las partes, ejerza un control sobre la actividad requerida del Ministerio Público y del querellante (arts. 316 y ss.).

Específicamente podemos apreciar, además, que la etapa intermedia sirve para delimitar el hecho objeto de acusación (art. 322), para determinar con exactitud a la persona contra la que se dirige, así como también asegura la posibilidad de que las partes conozcan entre sí cuál es la posición concreta que cada una de ellas asumirá en relación con la causa, con el fin de contradecir los argumentos, rebatir y contraargumentar las posiciones, o bien aclarar, ampliar o apoyar las gestiones cuando coincidan con sus pretensiones. Así, por ejemplo, la defensa conoce cuál es la posición del Ministerio Público, del querellante, y del actor civil; cuáles elementos de prueba pretenden aportar en el juicio oral (art. 319, p. 5°, y 320), cuáles son sus pretensiones concretas, y los sustentos en que se basan para apoyarlas (art. 322). De esa manera estarán en situación de contradecirlas; pero el querellante y el actor civil podrán ampliar o apoyar las gestiones del fiscal (art. 318, p. 3°).

Este período procesal está a cargo de un juez que denominamos juez penal en la estructura judicial del país, y que tiene el mismo rango que un juez de primera instancia de cualquiera de las otras materias, al igual que el juez del período preparatorio (art. 107, L.O.P.J.).

Si se ha formulado la acusación del Ministerio Público o la víctima ha querellado, el juez debe necesariamente convocar a la *audiencia preliminar*, en la cual en forma oral exponen las partes, se escuchan las argumentaciones y eventualmente se reciben elementos de prueba, con la posibilidad de que el juez resuelva lo que corresponda (arts. 316 y ss.). Si se ha solicitado la aplicación de una medida distinta a la acusación (sobreseimiento, conciliación, proceso abreviado, criterio de oportunidad, etc.), la audiencia preliminar se convoca si las partes lo solicitan o el juez lo estima indispensable, de lo contrario resuelve el juez sin mayor sustanciación (art. 310).

El auto de apertura a juicio no es recurrible (arts. 436 y 437). Esta decisión viene a delimitar la parte de la acusación que ha sido admitida para el juicio, en especial los hechos que se imputan a las personas acusadas, así como la posible calificación jurídica. Se pronuncia además sobre la prueba para el juicio, admitiendo o rechazando (art. 322).

A partir de este momento se puede solicitar la realización del debate en dos fases: una para pronunciarse sobre la culpabilidad, y otra para pronunciarse sobre las consecuencias penales y civiles, en caso de ser necesario (art. 323).

3.3.3. EL JUICIO

En esta fase no existen tantas novedades en el nuevo proceso penal, si lo comparamos con el sistema previsto en el Código de 1973. El juicio está encargado al Tribunal de Juicio (Tribunal de Juicio) que se integra con 3 de sus miembros cuando el hecho esté sancionado con prisión mayor de 5 años; y con uno de sus miembros cuando tiene prevista una sanción menor (arts. 96 y 96 bis, L.O.P.J.). Estos jueces tienen la misma categoría que un juez de apelación en las otras materias (civil, penal, familia, laboral, etc.).

Se trata de una fase en que rige la oralidad plena con todas sus más importantes implicaciones: concentración, continuidad, inmediación, publicidad (art. 326).

3.3.4. LA FASE DE IMPUGNACIÓN

Contra la sentencia dictada en la fase de juicio sólo es posible recurrir en casación (arts. 443 y ss., C.P.P. de 1996) como ya estaba previsto desde el procedimiento anterior (arts. 471 y ss., C.P.P. de 1973). También es admisible la revisión contra la sentencia condenatoria (arts. 408 y ss.), pero en estos procedimientos tampoco existen importantes y esenciales cambios respecto de la situación regulada en la legislación anterior.

3.3.5. LA FASE DE EJECUCIÓN

En esta fase sí existen cambios respecto de la legislación anterior (véase lo dicho en 2.4.). Hasta la fecha el país no

venía con una ley de ejecución penal que regule jurídicamente esta importante fase del sistema. El argumento más importante para justificar esta situación ha sido la defensa de los derechos de los acusados, en una época en que estaba en proceso de transformación el sistema penitenciario, para mantenerlo en la mayor medida posible. Los funcionarios del sistema penitenciario deseaban mayor elasticidad para cambiar el sistema, y en verdad se llegó a transformar, se implementó el sistema penitenciario progresivo, y se construyeron centros modelos. Esto ocurrió a los inicios de los años 70, pero el tiempo pasó y nunca se aprobó la legislación, hasta llegar hoy a una situación de deterioro de las condiciones materiales de las cárceles.

El nuevo Código Procesal Penal fortaleció la figura del juez de ejecución de la pena (arts. 452 a 458). A partir de febrero del presente año y debido al proceso de reorganización judicial ocasionado por el nuevo C.P.P. se instauraron diferentes juzgados de ejecución en todo el país, tomando en cuenta los lugares donde se sitúan los centros penitenciarios con mayor número de detenidos; y, a la vez, el Código les asigna nuevas labores. Los jueces de ejecución de la pena deben controlar el cumplimiento del régimen penitenciario y el respeto de las finalidades constitucionales y legales de la pena y de las medidas de seguridad (art. 458). Para ello pueden hacer comparecer ante sí a los condenados o a los funcionarios del sistema penitenciario, con fines de vigilancia y control.

Les corresponde especialmente:

- a) Mantener, sustituir, modificar o hacer cesar la pena y las medidas de seguridad, así como las condiciones de su cumplimiento.
- b) Visitar los centros de reclusión, por lo menos una vez cada 6 meses, con el fin de constatar el respeto de los derechos fundamentales y penitenciarios de los internos, y ordenar las medidas correctivas que estimen convenientes.
- c) Resolver, con aplicación del procedimiento previsto para los incidentes de ejecución, las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecten sus derechos.

- d) Resolver, por vía de recurso, las reclamaciones que formulen los internos sobre sanciones disciplinarias.
- e) Aprobar las sanciones de aislamiento por más de 24 horas, en celdas.

De acuerdo con esas atribuciones, al tribunal de sentencia le compete realizar la primera fijación de la pena o de las medidas de seguridad, así como de las condiciones de cumplimiento, pero todo lo relativo a las sucesivas fijaciones, extinción, sustitución o modificación de aquellas corresponde al juez de ejecución de la pena (art. 453).

El Ministerio Público, el querellante, el condenado y el defensor pueden plantear, ante el tribunal de ejecución de la pena, incidentes relativos a la ejecución, sustitución, modificación o extinción de la pena o de las medidas de seguridad (art. 454). Ellos deberán ser resueltos dentro del término de 5 días, previa audiencia a los demás intervinientes. Si fue necesario incorporar elementos de prueba, el tribunal, de oficio, ordenará una investigación sumaria, después de la cual decide.

Los incidentes relativos a la libertad anticipada y aquellos en los cuales, por su importancia, el tribunal lo estime necesario, deben ser resueltos en audiencia oral, citando a los testigos y peritos que deben informar durante el debate.

El tribunal decide por auto fundado y, contra lo resuelto, procede recurso de apelación ante el tribunal de sentencia, cuya interposición no suspende la ejecución de la pena a menos que así lo disponga este último tribunal.

Una de las potestades que provocó discusión y algún cuestionamiento de parte de las autoridades penitenciarias fue la posibilidad del juez de ejecución de la pena de ordenar la suspensión provisional de las medidas de la administración penitenciaria que sean impugnadas en el procedimiento, durante el trámite de los incidentes (art. 455).

La labor del defensor culmina con la sentencia firme, sin perjuicio de que continúe en el ejercicio de la defensa técnica durante la ejecución de la pena. Asimismo, el condenado puede nombrar un nuevo defensor; en su defecto, se le nombrará un defensor público (art. 456).

El ejercicio de la defensa durante la ejecución penal consiste en el asesoramiento al condenado, cuando se requiera para la interposición de las gestiones necesarias en resguardo

de sus derechos. Sin embargo, no es obligación de la defensa vigilar el cumplimiento de la pena.

Por su parte, el Ministerio Público también tiene el deber de intervenir durante los procedimientos de ejecución de la sentencia, velando por el respeto de los derechos fundamentales y de las disposiciones de la sentencia.

4. Procedimientos especiales. Soluciones alternativas al sistema penal

4.1. EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

El nuevo Código Procesal Penal establece varios procedimientos especiales. En primer término debemos mencionar el procedimiento abreviado, según el cual puede prescindirse del trámite ordinario cuando el imputado admita el hecho que se le atribuye y tanto el Ministerio Público como el querellante manifiesten su conformidad (arts. 373 a 375).

En ese supuesto debe existir un acuerdo previo entre el fiscal, la defensa, el imputado, y el querellante, si lo hubiere, donde consientan llegar a la sentencia sin realizar el juicio oral, siempre que el imputado admita su responsabilidad en los hechos acusados, y de esa manera definan la pena a imponer. Para tales efectos el tribunal no puede imponer una pena más alta que la solicitada por el fiscal y para ello se autoriza disminuir hasta en un tercio el mínimo de la pena prevista en el tipo penal.

Para aplicar este procedimiento debe manifestar su conformidad el querellante, pero, si no lo hubiere, debe escucharse a la víctima, aunque el criterio de esta última no sea vinculante. Desde luego, ello no implica que su opinión deba ser desatendida, pues debe prestarse mucha atención a que se hayan resarcido los daños y perjuicios ocasionados, o bien se haya asumido un compromiso serio y ejecutable para hacerlos.

La petición debe formularse al juez de la etapa intermedia, quien si la estima procedente envía el asunto a conocimiento del tribunal de sentencia. Recibidas las diligencias, el tribunal dictará sentencia salvo que estime pertinente oír previamente a las partes y a la víctima de domicilio conocido en una audiencia oral.

Al resolver, el tribunal puede rechazar el procedimiento abreviado y, en este caso, reenviar el asunto para su tramitación ordinaria, o, en el caso contrario, dictar la sentencia que corresponda. Si ordena el reenvío, el requerimiento anterior sobre la pena no vincula al Ministerio Público durante el juicio, ni la admisión de los hechos por parte del imputado podrá ser considerada como una confesión.

La sentencia es recurrible en casación, en especial cuando las partes hagan valer el respeto por los acuerdos pactados, salvo que la ley autorice al tribunal para resolver de manera distinta. Algunos consideramos que en esos casos el tribunal no puede absolver, pues si tiene dudas sobre la responsabilidad del acusado debe reenviar el asunto para que se tramite con el procedimiento ordinario. Otros, por lo contrario, piensan que la admisión por el acusado del hecho imputado en la acusación no impide que, a mérito de los elementos de prueba existentes y de las reglas de Derecho procesal material que lo rigen, es posible una absolución como resultado del procedimiento abreviado, por cierto, en caso de que los hechos a juzgar aparezcan claros y no requieran un procedimiento amplio para ser verificados.

3.4.2. PROCEDIMIENTO PARA ASUNTOS DE TRAMITACIÓN COMPLEJA

Los procedimientos y en especial los plazos son adoptados para casos "comunes y normales"; sin embargo no siempre los asuntos son "ordinarios". Cuando la tramitación es compleja (arts. 376 a 379) a causa de la multiplicidad de hechos, del elevado número de imputados o de víctimas, cuando se trate de causas relacionadas con la investigación de cualquier forma de delincuencia organizada, el tribunal de oficio o a solicitud del Ministerio Público, puede autorizar por resolución fundada, la aplicación del procedimiento para asuntos de tramitación compleja.

La medida tiene efecto sobre los plazos a cumplir en el procedimiento ordinario, de la siguiente manera:

- a) El plazo ordinario de la prisión preventiva se extiende hasta un máximo de 18 meses, la prórroga hasta otros 18 meses y, en caso de sentencia condenatoria, hasta 8 meses más (art. 253).

- b) El plazo acordado por el Código para concluir la investigación preparatoria es de 1 año (art. 171).
- c) En la etapa intermedia y de juicio, los plazos establecidos en favor de las partes para realizar alguna actuación y aquellos que establecen un determinado tiempo para celebrar las audiencias, se duplicarán.
- d) Cuando la duración del debate sea menor de 30 días, el plazo máximo de la deliberación se extenderá a 5 días y el tiempo para dictar la sentencia a diez. Cuando la duración del debate sea mayor, esos plazos serán de 10 y 20 días, respectivamente (art. 364).
- e) Los plazos para interponer y tramitar los recursos se duplicarán.

Como se aprecia, la medida afecta los derechos de las partes, en especial prolonga el tiempo para que el tribunal cumpla con sus obligaciones. Por esa razón esta medida puede ser revocada en cualquier momento, de oficio o a petición de parte, cuando considere afectados sus derechos por el procedimiento, y en todo caso la resolución es apelable por el imputado, durante las etapas preparatoria e intermedia.

Para evitar abusos por parte del tribunal en la fase de juicio, se dispone que la medida sólo puede adoptarse en el momento en que se convoca a debate.

3.4.3. PROCEDIMIENTO POR DELITO DE ACCIÓN PRIVADA

También se adopta el procedimiento clásico para los delitos perseguibles con querrela (arts. 380 a 387), que en el sistema costarricense son muy pocos y en la práctica se reducen a los delitos contra el honor.

En estos casos la víctima formula querrela directamente ante el tribunal de juicio, el que procede al debate luego de darle traslado a la acusación y de escuchar al imputado, sin realizar el procedimiento preparatorio y el intermedio.

Es obligatoria una audiencia de conciliación previa al debate oral y público.

3.4.4. PROCEDIMIENTO PARA LA APLICACIÓN DE MEDIDAS DE SEGURIDAD

Cuando haya elementos probatorios de los cuales pueda deducirse razonablemente que corresponde aplicar una medi-

da de seguridad, en virtud de la inimputabilidad del acusado debe aplicarse este procedimiento especial (arts. 388 a 390).

Las implicaciones más importantes son las siguientes:

- a) Cuando el imputado es incapaz, será representado para todos los efectos por su defensor en las diligencias del procedimiento, salvo los actos de carácter personal.
- b) En el supuesto señalado con anterioridad, no se exigirá la declaración previa del imputado para presentar acusación; pero su defensor podrá manifestar cuanto considere conveniente para la defensa del representado.
- c) Este procedimiento no debe realizarse juntamente con el ordinario.
- d) El juicio se debe celebrar sin la presencia del imputado cuando sea inconveniente a causa de su estado, por razones de orden y seguridad.
- e) En estos casos no son aplicables las reglas referidas al procedimiento abreviado, ni las de la suspensión del procedimiento a prueba.

3.4.5. PROCEDIMIENTO PARA JUZGAR

A LOS MIEMBROS DE LOS SUPREMOS PODERES DEL ESTADO

También se establecen reglas especiales de procedimiento para juzgar a los funcionarios del Estado que gozan del beneficio de antejuicio realizable por la Asamblea Legislativa (arts. 391 a 401). Se trata de los diputados, los ministros del Estado, el Presidente de la República, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, y algunos otros pocos altos funcionarios del Estado.

En estos casos se establece, en primer término, una acción popular a favor de cualquier ciudadano —y desde luego también un deber para el Ministerio Público— de ejercer la acción penal cuando se trate de delitos funcionales.

Rige el principio de obligatoriedad de la acción penal. Por ello, cuando el Ministerio Público tiene noticia o se le formula denuncia por un presunto delito, atribuido a alguna de las personas sujetas a antejuicio, el fiscal general debe practicar la investigación inicial tendente a recabar los datos indispensables para formular la acusación o solicitar la declaración

ante la Corte Suprema de Justicia, según corresponda.

Presentada la querrela o la acusación ante la Corte Suprema de Justicia, es desestimada por la Corte si los hechos imputados no constituyen delito o cuando el imputado no tiene derecho de antejuicio. En caso contrario la traslada a la Asamblea Legislativa, donde se realiza el llamado "juicio político".

Si la Asamblea Legislativa autoriza la prosecución del proceso, los detenidos, si existen, deben ser puestos a la orden de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, a la cual corresponde juzgar a estas personas. Esa Sala debe pronunciarse, dentro de las 24 horas siguientes a la recepción del proceso, si mantiene la prisión preventiva o la sustituye por alguna de las restantes medidas cautelares. En todo caso, una vez autorizado el juzgamiento por la Asamblea Legislativa, la Sala Penal podrá decretar cualquiera de las medidas cautelares, si lo estima procedente.

El procedimiento jurisdiccional se realiza ante la Sala Penal, la cual debe designar a uno de sus magistrados para los actos necesarios de investigación, que no puedan ser postergados o practicados en el juicio, él debe, además, designar un defensor al imputado y recibirle declaración conforme a las reglas comunes. El magistrado designado se pronuncia sobre el ofrecimiento de pruebas y señalará la hora y la fecha para celebrar el juicio oral y público.

Con el fin de hacer vigente el derecho de recurrir en estos casos, contra la sentencia de la Sala Penal procede recurso de casación, que será de conocimiento del pleno de la Corte Suprema de Justicia, previa sustitución de los magistrados que hayan intervenido en el juicio. Con anterioridad a este derecho a recurrir no existía porque la competencia para realizar el juicio la tenía el pleno de la Corte Suprema de Justicia.

3.4.6. PROCEDIMIENTO PARA JUZGAR LAS CONTRAVENCIONES

También se establece un procedimiento más sencillo para juzgar las faltas y contravenciones (arts. 402 a 407).

Es obligatoria la realización de una audiencia de conciliación previa, y si ello no es factible debe convocarse a un

juicio oral, en el cual la participación del Ministerio Público no es obligatoria.

La audiencia oral y pública comienza con la lectura de los cargos. De inmediato se oye al imputado, luego a la persona ofendida, si existe, y, seguidamente, se reciben las pruebas admitidas. Finalizada la audiencia, la autoridad judicial dicta inmediatamente el fallo.

Cuando el imputado no se presente voluntariamente a la audiencia, se le puede hacer comparecer por medio de fuerza pública y, si fuera necesario, se ordena la prisión preventiva hasta que se realice la audiencia, la cual debe celebrarse inmediatamente.

La sentencia dictada en los juicios contravencionales es apelable, por el imputado y la víctima, ante el tribunal de procedimiento intermedio en el procedimiento común.

3.4.7. PROCEDIMIENTO PARA LA REVISIÓN DE LA SENTENCIA

Finalmente y con alguna polémica, el Código costarricense como un procedimiento especial la gestión de revisión de sentencia penal (arts. 408 a 421). Para ello debemos recordar que en la experiencia costarricense el procedimiento de revisión es muy utilizado porque desde 1989 se incorporó como causales de revisión la violación al debido proceso y al derecho de defensa, y se estableció una consulta preceptiva obligatoria a la Sala Constitucional para definir los alcances de los conceptos "debido proceso" y "derecho de defensa" (art. 102 de la Ley de Jurisdicción Constitucional). Esta última Sala ha asumido una posición muy amplia para calificar esos conceptos, y ello ha transformado la casación, al extremo de que algunos afirman que la cosa juzgada ha desaparecido, al menos en lo que se refiere a las sentencias condenatorias en materia penal.

La idea de ubicar la revisión como un procedimiento especial, más que como un "recurso", se debe a que no se formula como una continuación del procedimiento ordinario, al extremo de que al dictarse la sentencia definitiva las relaciones entre los abogados y las partes desaparecen. Por ello, al surgir la revisión debe prevenirseles de nuevo a las partes, en especial a los sentenciados, la designación de un defensor que atienda sus intereses, pues la relación con el que tuvo en el proceso ordinario ya concluyó.

Cuando a causa de la revisión del procedimiento se reconoce un error judicial, a consecuencia del cual el sentenciado descontó una pena que no debió cumplir, o una mayor que la que le correspondía, el tribunal que conoce de la revisión puede ordenar el pago de una indemnización a favor del Estado y, a instancia del interesado, siempre que el último no haya contribuido con dolo o culpa a producir el error.

Los jueces que dictaron la sentencia revisada son solidariamente responsables con el Estado, cuando hayan actuado arbitrariamente o con culpa grave.

4.8. SOLUCIONES ALTERNATIVAS AL SISTEMA PENAL

El Código Procesal de 1996 incorpora en la experiencia costarricense algunos mecanismos alternativos a la justicia penal tradicional, para resolver el conflicto penal.

En primer término debemos mencionar la conciliación entre delinquentes y víctimas, la cual es posible en una amplia categoría de delitos: en las faltas o contravenciones, en los delitos de acción privada, en los de acción pública a instancia privada y los que admitan la suspensión condicional de la pena (art. 36). En esta última categoría se incluye una gran cantidad de tipos penales, porque se toma como base el simple hecho de que el límite mínimo de la escala penal amenazada sea de 3 años de prisión o inferior a él.

Excepto en delitos sexuales, en agresiones domésticas y en delitos cometidos en perjuicio de menores de edad, el tribunal debe procurar que las partes se concilien, para lo cual puede solicitar el asesoramiento y el auxilio de personas o entidades especializadas para procurar acuerdos entre las partes en conflicto, o instar a los interesados para que designen un amigable componedor.

El juez debe controlar que no se hayan cometido abusos de una parte hacia otra, y que el acuerdo responde a la libre voluntad de las partes en conflicto. Para tales efectos se señala que debe homologar los acuerdos y que no los aprobará cuando tenga fundados motivos para estimar que alguno de los intervinientes no estuvo en condiciones de igualdad para negociar o ha actuado bajo coacción o amenaza.

Esta conciliación puede producirse por conducción del tribunal, pero también por intervención de otros órganos conciliadores. Recientemente entró en vigencia una nueva legislación sobre resolución alternativa de conflictos, que obliga a crear estructuras para dirimir todo tipo de controversias que puedan desembocar en un proceso judicial en cualquier una de las áreas jurídicas posibles. Incluso debe ponerse a funcionar oficinas especializadas de "jueces conciliadores" incluyendo desde luego a la materia penal. Estas oficinas entrarán en funcionamiento próximamente.

De acuerdo con los resultados preliminares, en los primeros meses de vigencia, esta fórmula es muy utilizada por las partes y una gran mayoría de asuntos finalizan por esta vía.

Otra de las instituciones novedosas, y muy similar a la conciliación, consiste en la *reparación integral del daño* particular o social causado, realizada antes del juicio oral en delitos de contenido patrimonial sin grave violencia sobre las personas o en delitos culposos, siempre que la víctima o el Ministerio Público lo admitan, según el caso (art. 90, inc. j). Esta posibilidad, sin embargo, sólo puede aplicarse a una persona por una sola vez, para lo cual se lleva un registro. Transcurridos 10 años sin que el autor cometa un nuevo hecho delictivo se cancelará el asiento correspondiente.

En esta categoría debemos mencionar también la *suspensión del proceso a prueba* (arts. 25 a 29), aplicable a aquellos casos en que se vislumbra, en forma anticipada, que no será condenado el imputado se le podrá aplicar la suspensión de la pena ("condena de ejecución condicional de la pena"). Es requisito indispensable que la persona no tenga antecedentes penales y que el imputado indemnice a la víctima, o al menos acuerde con ella un plan para la reparación del daño causado. En virtud de esta medida el proceso se suspende por un período de prueba de 2 a 5 años, plazo en el cual el imputado debe cumplir con algunas condiciones que ya están especialmente previstas en el Código, como por ejemplo vivir en el lugar establecido o no visitar determinados lugares, seguir determinados estudios o tratamientos, laborar en determinadas actividades, etcétera.

Conforme lo señalamos *supra* en 1.1.1., también se adopta como excepción el *criterio de oportunidad* en el ejercicio de la acción penal (art. 22), que le permite al Ministerio Público no acusar en ciertos casos especialmente previstos, citados en los arts. 23 y 24, pese a que concurren todos los supuestos para el ejercicio normal de la acción penal.

Cabe mencionar, como una forma de concluir el proceso, el *retiro de la instancia* que puede efectuar el instante en los delitos perseguibles sólo por instancia particular (art. 30, inc. h). Pertenecen a esta categoría los delitos de estupro, ciertas agresiones sexuales no agravadas ni calificadas, las lesiones leves, lesiones culposas, abandono de personas, amonencias, violación de domicilio, usurpación, etcétera.

Finalmente, dentro de estos mecanismos novedosos, debe citarse el *procedimiento abreviado* (arts. 371 a 373), que no constituye un mecanismo alterno, pero si es un procedimiento consensual, donde la voluntad de las partes condiciona no sólo el procedimiento a seguir, sino incluso hasta la cantidad de pena que puede aplicarse, conforme lo señalamos *supra* en 3.4.1.

Desde luego, en el sistema costarricense operan desde hace varios años otros mecanismos de carácter tradicional, como el perdón judicial, el perdón del ofendido, el matrimonio en el delito de estupro, la devolución de los bienes en la retención y la apropiación indebida, el pago del importe del cheque en el libramiento de cheques sin fondos, la amnistía, el indulto, la condena de ejecución condicional, y la libertad vigilada, todos ellos regulados por el Derecho sustantivo y algunos incluso por la misma Constitución.

3.5. Participación del ofendido en el procedimiento

Conforme señalamos arriba, el nuevo Código Procesal quiebra el monopolio del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal, porque autoriza a la víctima a querellar en delitos de acción pública, para coadyuvar en la aplicación de la ley penal con el fiscal (arts. 75 a 80).

Conviene señalar que, conforme al Código, el concepto de víctima es muy amplio, porque comprende (art. 70):

- a) Al directamente ofendido por el delito.
- b) Al cónyuge, conviviente con más de 2 años de vida en común, hijo o padre adoptivo, parientes dentro del

tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad y al heredero declarado judicialmente, en los delitos cuyo resultado sea la muerte del ofendido.

- c) A los socios, asociados o miembros, respecto de los delitos que afectan a una persona jurídica, por quienes la dirigen, administran o controlan.
- d) A 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.

Estas personas, aun cuando no se hayan constituido como querellantes, pueden intervenir en diferentes actos del procedimiento, en especial participando y dando opinión sobre la aplicación de medidas alternativas; tienen derecho a ser informadas de las resoluciones que finalicen el procedimiento, siempre que lo hayan solicitado (art. 300); pueden apelar la desestimación de la denuncia y el sobreseimiento definitivo (art. 315). Asimismo ellas pueden formular la acusación (querrela) por delitos de acción pública (arts. 75 y 76); pueden ejercer igualmente la acción civil resarcitoria contra el imputado y los terceros civilmente responsables del hecho, para obtener la reparación de los daños y perjuicios (arts. 37 a 41). Al constituirse como querellantes o actores civiles, pueden intervenir en todos los actos del proceso, ofrecer prueba para el juicio, intervenir en los interrogatorios, plantear casación, y en general adquieren todos los derechos de las partes en el proceso penal.

Para hacer efectivas las distintas opciones que la ley le brinda, las víctimas deben ser informadas sobre sus derechos, con la denuncia o en su primera intervención en el procedimiento (art. 71). A tal propósito ha editado un pequeño legajo que contiene la información básica que la víctima debe conocer.

Paralelamente, conforme a la Ley Orgánica del Ministerio Público, en esa entidad funciona la oficina de Defensa Civil de las Víctimas, la cual debe velar en general por el respeto de los derechos de las víctimas, derivados de delitos de acción pública, para lo cual sus funcionarios pueden realizar los actos y gestiones que resulten necesarias, inclusive fuera del proceso penal (art. 39).

6. Ejecución penal, con especial referencia a la pena privativa de libertad; órganos estatales que la llevan a cabo y control judicial

Los órganos encargados de la ejecución son civiles y técnicos. Hay personal de seguridad, el cual no está militarizado, ni pertenece a la Guardia Civil del Ministerio de Seguridad Pública (Interior), sino que se trata de personal de seguridad del Ministerio de Justicia. En lo demás, véase las observaciones hechas en *supra*, 3.3.5.

7. Organización judicial y del Ministerio Público

Como ha quedado expuesto a lo largo de este informe, y conforme a la reciente Ley de Reorganización Judicial ya referida, los despachos de la materia penal son los siguientes:

- a) *Juez contravencional*, encargado de juzgar las faltas y contravenciones. Tiene la categoría más baja en el escalafón judicial (juez de paz), y necesariamente debe ser abogado (arts. 117 y 118, L.O.P.J.).
- b) *Juez penal*, encargado de las etapas preparatoria e intermedia, pero procurando que un mismo juez no realice ambas etapas en un mismo asunto. Este juez tiene categoría de juez de primera instancia (arts. 107 y 108, L.O.P.J.).
- c) *Tribunal de juicio*, integrado por 3 jueces para realizar la fase de juicio en delitos sancionados en el máximo de la escala penal aumentada que superen los 5 años de prisión, y con un juez para delitos con menor sanción. Estos jueces tienen categoría de jueces de apelación o camaristas (art. 96 y 96 bis, L.O.P.J.).
- d) *Tribunal de casación*, compuesto de varias secciones de 3 jueces cada una, al cual le corresponde las labores típicas de casación en los asuntos penales fallados por el tribunal de juicio integrado por un juez, para delitos cuya escala penal, en su máximo sea de 5 años de prisión o inferior a ese límite (art. 93, L.O.P.J.).
- e) *Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia*, compuesta por 5 magistrados, competente para los recursos de casación y revisión de la sentencia en

asuntos cuya imputación esté amenazada con prisión mayor a 5 años, así como para el juzgamiento de los miembros de los supremos poderes del Estado (art. 146, L.O.P.J.).

- f) *Corte Suprema de Justicia*, es decir el pleno de la Corte, compuesta de 22 magistrados, a la que corresponde conocer del recurso de casación en asuntos fallados por la Sala Penal como tribunal de juicio, causas contra los miembros de los supremos poderes del Estado (arts. 58 a 60, L.O.P.J.).

Recordemos que Costa Rica tiene una extensión de 52.000 kilómetros cuadrados, y una población de 3.500.000 habitantes. El país fue dividido en doce circuitos judiciales; en cada uno de ellos funciona un tribunal de juicio por lo menos un juzgado penal, un juzgado contravencional, una oficina de la Defensa Pública y una Fiscalía adjunta. Además, por el número de jueces, defensores y fiscales necesarios según la demanda de trabajo de la región. Además de la sede central de cada circuito, en su territorio funcionan distintas oficinas regionales del tribunal de juicio, compuestas al menos con un juez, así como distintos juzgados penales, juzgados contravencionales, oficinas de la Defensa Pública y fiscalías, según las necesidades y la extensión territorial.

Para la organización interna de los despachos judiciales se ha previsto una serie de funcionarios denominados "auxiliares judiciales" (arts. 135 y ss., L.O.P.J.), así como "jueces tramitadores" (arts. 125 a 129, L.O.P.J.) y en algunos casos, al menos en los circuitos ubicados en la capital, existen además, al interno de los tribunales, personal profesional en la rama de la administración, encargados de la labor gerencial interna de los despachos. A los jueces tramitadores les corresponde tramitar y diligenciar todos los asuntos del despacho, con independencia funcional y responsabilidad propia; organizar y vigilar a los auxiliares judiciales, para que cumplan a cabalidad con todos sus deberes y obligaciones. Ellos deben reunir los mismos requisitos que para ser juez, de acuerdo con la categoría que corresponda en el despacho que se trate.

En los circuitos judiciales y en los tribunales donde el mejor servicio público lo requiera, pueden establecerse un

des de servicio administrativo centralizado, tales como calificaciones, recepción de documentos, correo interno, custodia de evidencias, administración de salas de audiencias, secretaría, etc. (arts. 143 y ss.).

Asimismo en las distintas circunscripciones territoriales funcionan oficinas de la Policía Judicial, y "unidades de localización, citación y presentación de personas" requeridas por las autoridades judiciales (art. 146, L.O.P.J.). Estas últimas colaboran con los órganos de policía administrativa para hacer comparecer a los ciudadanos a los despachos judiciales, y realizan una labor de suma trascendencia en un sistema oral.

Sobre la organización de los tribunales véase también *supra* 1.4. e *infra* 4.1.3. y sobre la del Ministerio Público véase lo señalado *supra* 1.1.2.

4. Observaciones jurídicas y empíricas

4.1. Breve desarrollo empírico-jurídico

4.1.1. EL ENCARCELAMIENTO PREVENTIVO

En principio no existe ningún tipo de delito para el cual se señale que es obligatoria la aplicación del encarcelamiento preventivo, ni tampoco existen normas que señalen que se prohíba la excarcelación en algún tipo de delitos. Cabe mencionar que la Ley de Drogas establecía una prohibición de excarcelamiento en esa clase de ilícitos y la Sala Constitucional la declaró inconstitucional, por contradecir el principio de inocencia y de culpabilidad.

El Código Procesal establece que la prisión preventiva es posible, siempre que concurren las siguientes circunstancias (arts. 239 a 241):

- a) Existan elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o partícipe en él.
- b) Exista una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, acerca de que aquél no se someterá al procedimiento (peligro de fuga); obstaculizará la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización); o continuará la actividad delictiva (peligro de reincidencia).

- c) El delito que se le atribuya esté reprimido con pena privativa de libertad.

Como se aprecia, las causales son de carácter procesal salvo en lo relativo al peligro de reincidencia, motivo que ha provocado alguna crítica. Esta causal se incorpora atendiendo un clamor general de la comunidad, respecto de personas que son detenidas constantemente por la policía y remitidas a los tribunales, y éstos, a su vez, las ponen en libertad. Se trata, sobre todo, de asaltantes callejeros y "precaristas", es decir, personas dedicadas a usurpar terrenos ajenos con el fin de trabajar o vivir.

El Código señala un plazo máximo ordinario de 12 meses para la prisión preventiva, el cual puede prorrogar hasta por otro tanto el Tribunal de Casación Penal, a solicitud del juez penal o del fiscal (art. 253).

Por lo general, en la experiencia costarricense los procesos penales con personas en prisión preventiva no se prolongan tantos meses, salvo algunos casos excepcionales.

Siempre que las presunciones que motivan la prisión preventiva puedan ser evitadas razonablemente con la aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, el tribunal competente, de oficio o a solicitud del interesado, debe imponerle en su lugar, en resolución motivada, alguna de las alternativas siguientes (art. 244):

- a) El arresto domiciliario, en su propio domicilio o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga.
- b) La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, que informará regularmente al tribunal.
- c) La obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal o la autoridad que él designe.
- d) La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal.
- e) La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares.
- f) La prohibición de convivir o comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa.

- g) Si se trata de agresiones a mujeres y niños o delitos sexuales, cuando la víctima conviva con el imputado, la autoridad correspondiente podrá ordenarle a éste el abandono inmediato del domicilio.
- h) La prestación de una caución adecuada.
- i) La suspensión en el ejercicio del cargo cuando se le atribuye un delito funcional.

Estas medidas pueden imponerse en forma aislada o conjunta, según resulte más adecuado al caso, sin que pueda desnaturalizarse su finalidad ni sean de cumplimiento imposible, en especial el importe de la fianza frente a personas que no la pueden cubrir por razones económicas.

La prisión preventiva sólo la puede imponer un juez, mediante resolución fundada, la cual admite el recurso de apelación (art. 243). Los fiscales y la policía sólo pueden disponer la detención de una persona por un plazo no mayor de 24 horas (art. 237), siempre que esa detención se sustente en un hecho en apariencia delictivo, y que hayan bases para estimar que el detenido pudo haber intervenido en él. Dentro de ese plazo de 24 horas la policía (judicial o administrativa) o los fiscales en su caso, deben solicitar la intervención del juez para que se pronuncie sobre la procedencia de la prisión preventiva. Cabe mencionar que la Sala Constitucional, por medio del recurso de *habeas corpus*, ha ejercido también un efectivo control sobre las autoridades represivas e incluso sobre los jueces para garantizar una correcta aplicación de las disposiciones relativas a la libertad del imputado.

La cantidad de personas detenidas en espera de juicio ha venido en aumento. Podemos afirmar que Costa Rica tuvo uno de los índices más bajos en 1992, gracias a la constante intervención de la Sala Constitucional desde su fundación (mediante ley 7135 del 5 de octubre de 1989), por medio del recurso de *habeas corpus* (arts. 15 a 29 de la Ley de Jurisdicción Constitucional). A partir de 1992 ha existido una tendencia al aumento, aunque en 1997 se obtiene también una reducción. Podemos afirmar que en estas cifras definitivamente interviene e incide la percepción de la ciudadanía sobre el problema de la criminalidad. Los medios de comunicación colectiva han realizado verdaderas "campañas" para hacer sentir a la población más insegura, dada la espectacularidad con que se informa sobre los hechos delictivos. La población tiene un gran

temor a ser victimizada, y ese temor no guarda proporción con las verdaderas cifras sobre la criminalidad.

No obstante el incremento de las personas privadas de libertad preventivamente, conforme se aprecia en el Cuadro 2, la gran mayoría no sobrepasa los 6 meses de encontrarse en esa situación según la representación siguiente:

CUADRO 1
PERSONAS DETENIDAS CON PRISIÓN PREVENTIVA
AL 31 DICIEMBRE DE CADA AÑO

Fecha	Número de detenidos en prisión preventiva	Población total del país	Detenidos por cada 100.000 habitantes
31/12/93	469	3.234.133	14,5
31/12/94	612	3.301.210	18,5
31/12/95	867	3.367.455	25,7
31/12/96	948	3.432.865	27,6
31/12/97	784	3.500.261	22,4

Fuente: Sección de Estadísticas, Departamento de Planificación, Poder Judicial.

CUADRO 2
PERSONAS DETENIDAS CON PRISIÓN PREVENTIVA
SEGÚN MESES DE ESTAR PRIVADAS DE LIBERTAD
AL 31 DE DICIEMBRE DEL PERÍODO 1993-1997

Tiempo de estar detenido	1993		1994		1995		1996		1997	
	Total	%								
Total	469	100,0	612	100,0	867	100,0	948	100,0	784	100,0
Hasta 3 meses	243	60,3	373	61,0	520	60,0	519	55,0	407	52,0
de 3 a 6 meses	91	19,4	125	20,4	197	22,7	226	24,2	184	23,5
de 6 a 9 meses	39	8,3	77	12,6	71	8,2	96	10,3	111	14,2
de 9 a 12 meses	34	7,3	17	2,8	70	8,1	42	4,5	41	5,2
Más de 12 meses	22	4,7	20	3,3	40	4,6	51	5,5	41	5,2

Fuente: Sección de Estadísticas, Departamento de Planificación, Poder Judicial.

CUADRO 3
PROPORCIÓN DE DETENIDOS CON PRISIÓN PREVENTIVA AL
FINALIZAR EL AÑO RESPECTO DEL TOTAL
DE LA POBLACIÓN PENITENCIARIA: 1993-1997

Año	Población penitenciaria	Detenidos en prisión preventiva	%
1993	3.473	469	13,5
1994	3.608	612	16,5
1995	4.200	867	20,6
1996	4.722	933	19,8
1997	5.545	784	14,1

Fuente: "Evolución y tasa de la población penitenciaria según condición jurídica", Ministerio de Justicia.

4.1.2. DURACIÓN DEL PROCEDIMIENTO COMÚN

Todavía no tenemos una estadística que nos permita apreciar la duración de los juicios según el nuevo procedimiento, pues apenas tiene 6 meses de vigencia, y en los primeros meses existen muchas distorsiones, provocadas por la implementación de los nuevos procedimientos y por la reorganización de las oficinas judiciales.

Por esa razón presentamos la estadística que tenemos según el procedimiento anterior. Estimamos que esos tiempos de duración deben ser disminuidos y para ello se realizarán controles directos e indirectos sobre el funcionamiento de los tribunales, tanto por el Departamento de Planificación del Poder Judicial, como por la Comisión de Asuntos Penales de la Corte Suprema y por otras entidades internas vinculadas con el flujo de casos. Recordemos que los asuntos de instrucción formal son aquellos tramitados ante el juez de instrucción y el tribunal de juicio colegiado (3 jueces) cuando la pena del delito es de 3 o más años de prisión; mientras que los asuntos de "citación directa" son aquellos instruidos por el agente fiscal y el juicio lo celebra un juez penal, para delitos sancionados con penas menores de 3 años (C.P.P. y organización judicial derogados). Como puede apreciarse, la media de duración de los juicios penales por asuntos más

graves es de 20 meses y 2 semanas en 1997; mientras que en los asuntos menores esa media resultó de 9 meses y 3 semanas, para el mismo año.

CUADRO 4

DURACIÓN DE LOS ASUNTOS DE "INSTRUCCIÓN FORMAL"

Año	Duración total	Instrucción	Etapas de juicio
1993	17 meses 2 semanas	10 meses 3 semanas	6 meses 3 semanas
1994	18 meses 0 semanas	9 meses 3 semanas	8 meses 1 semana
1995	16 meses 3 semanas	8 meses 3 semanas	8 meses 0 semanas
1996	19 meses 0 semanas	8 meses 3 semanas	10 meses 1 semana
1997	20 meses 2 semanas	8 meses 1 semana	12 meses 1 semana

Fuente: Sección de Estadísticas, Departamento de Planificación, Poder Judicial.

CUADRO 5

DURACIÓN DE LOS ASUNTOS DE "CITACIÓN DIRECTA"

Año	Duración total	Instrucción	Etapas de juicio
1993	8 meses 0 semanas	3 meses 0 semanas	4 meses 1 semana
1994	9 meses 0 semanas	4 meses 0 semanas	5 meses 0 semanas
1995	10 meses 1 semana	4 meses 0 semanas	5 meses 2 semanas
1996	10 meses 3 semanas	3 meses 1 semana	6 meses 2 semanas
1997	9 meses 3 semanas	3 meses 2 semanas	6 meses 1 semana

Fuente: Sección de Estadísticas, Departamento de Planificación, Poder Judicial.

4.1.3. ORGANIZACIÓN JUDICIAL

Sobre la estructura y organización de los tribunales véase *supra* 1.4. y 3.7., y sobre la organización del Ministerio Público *supra* 1.1.2.

Con la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal, a partir del 1° de enero de este año (1998), se ha realizado una profunda reestructuración de los tribunales y de las oficinas del Ministerio Público. Debemos reconocer que a

escasos 6 meses de vigencia del nuevo sistema, se necesita realizar serios ajustes en la cantidad de personal asignado a las distintas unidades del Ministerio Público, así como también parece necesario insistir sobre las verdaderas funciones que él debe realizar.

El aspecto más problemático desde el punto de vista administrativo, que ha comenzado a generar reacción negativa de los usuarios, ha sido la atención en los "megadespachos". A partir de este año y aprovechando la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal, hemos reagrupado las distintas oficinas judiciales en materia penal en un solo despacho, con el propósito de racionalizar los recursos y su distribución, así como también la asignación de causas. Con anterioridad funcionaban en la Capital una gran cantidad de tribunales, autónomos unos de otros desde el punto de vista administrativo, pero que realizaban la misma labor jurisdiccional. A partir de enero de 1998 creamos un solo juzgado penal en el primer circuito judicial, compuesto por 12 jueces y una gran cantidad de auxiliares judiciales y un solo tribunal de juicio compuesto por 32 jueces, 3 jueces tramitadores, 1 administrador de tribunales, y una gran cantidad de auxiliares judiciales. Ello ha permitido reunificar los servicios básicos asistenciales como correo, comunicaciones, notificaciones, secretariado, suministros, citaciones, etc., pero ha generado una serie de problemas para la localización inmediata de causas y para agilizar la atención al público. Se han asignado nuevos recursos informáticos y telemáticos, y se espera resolver estos problemas burocráticos y administrativos en corto plazo, pero en este momento son muy evidentes.

CUADRO 6

JUECES PENALES AL 1° DE ENERO DE 1998

Magistrados penales de la Corte Suprema	5
Jueces del tribunal de casación penal	8
Jueces de tribunal de juicio	115
Jueces penales (etapas preparatoria e intermedia)	54
Jueces en lo penal juvenil	14
Jueces de ejecución de la pena	7
Jueces contravencionales (de paz)	81
Jueces de tránsito (circulación vehículos)	23
Total	307

Fuente: Departamento de Personal, Poder Judicial.

CUADRO 7

FUNCIONARIOS PENALES AL 1° DE ENERO DE 1998

	Total	Funcionarios cada 100.000 habitantes
Jueces	307	8,7
Fiscales	218	6,2
Defensores públicos	151	4,3

Fuente: Departamento de Personal, Poder Judicial.

Nota: La población de Costa Rica aparece en el Cuadro 1.

4.3.4. PROBLEMAS Y DEFICIENCIAS DEL PROCEDIMIENTO VIGENTE

Apenas entró en vigencia el nuevo Código una gran cantidad de fiscales solicitaron la asignación de armas, chalecos antibalas, capas, botas de hule, y una serie de implementos típicos del policía. Estos requerimientos, en la mayoría de los casos, no fueron atendidos. No obstante, una gran cantidad de fiscales entiende que su labor es típicamente policial a la cual agregan una tarea de carácter inquisitivo en lo que se refiere a la recopilación de la prueba en la investigación preparatoria, porque se han dedicado a realizar una labor muy similar a la del antiguo juez instructor, pues no se limitan a entrevistar a los testigos, sino que reciben verdaderas declaraciones en actas que hacen firmar a los testigos y, además, los entrevistan personalmente, sin realizar una verdadera discriminación. Ello ha venido a dificultar y a desnaturalizar la labor del Ministerio Público, y ha afectado también las relaciones con la policía judicial, la cual si bien no ha asumido una oposición a las nuevas instituciones jurídicas del nuevo Código Procesal Penal, ha mantenido un prudente silencio escéptico.

Las verdaderas dificultades a escasos meses de vigencia están en la forma en que se lleva a cabo la investigación preparatoria por el Ministerio Público, así como delimitar y definir los alcances de la "subordinación funcional" de la policía judicial.

La relación Policía Judicial-Ministerio Público está siendo moldeada por la práctica, pues no encontramos una suficiente consolidación teórica. Estamos corriendo algunos ries-

os porque el Ministerio Público ha debido contratar personal muy nuevo, sin mayor experiencia, frente a experimentados policías, que están acostumbrados desde hace muchos años a realizar su labor. Estimamos que es más fácil que el fiscal se convierta en policía, que la consecución del fenómeno inverso. Han sido realizadas muchas actividades conjuntas entre policías y fiscales. A este momento manejan juntos una oficina de recepción de denuncias en la Capital, la cual recibe el mayor porcentaje de casos en todo el país, para luego distribuirlos al territorio correspondiente. Ello permite a la Fiscalía entrar en contacto inmediato con las causas, y emitir las primeras instrucciones jurídicas, sin que sean seleccionadas por la policía. La ciudadanía siempre acude a esta oficina a presentar sus denuncias penales.

5. Bibliografía

- AGUIRRE GRANADOS, R.: *La responsabilidad civil derivada del hecho punible*, Juricentro, San José, 1984.
- ALVARADO HERNÁNDEZ, Víctor Antonio: *Derecho de defensa en el nuevo Código de Procedimientos Penales*, 1ª ed., U.C.R., San José, 1981.
- ANTILÓN MONTEALEGRE, Walter: "Proceso y la cultura", *Revista de Ciencias Jurídicas*, n° 63, mayo-agosto, 1989, pp. 11-20.
- ARCE VÍQUEZ, J. O.: "Los recursos", en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Colegio de Abogados/Asociación de Ciencias Penales, San José, 1997, pp. 695-739.
- ARRAS HIDALGO, Berny A.: "Historia del procedimiento penal en Costa Rica", *Revista Judicial*, n° 16, junio 1980, pp. 93-102.
- ARRAS NÚÑEZ, C., y JIMÉNEZ VÁSQUEZ, C. M.: "La víctima en el proceso penal costarricense", en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Colegio de Abogados/Asociación de Ciencias Penales, San José, 1997, pp. 217-250.
- ARMUJO SANCHO, G.: "¿Atenta la etapa preparatoria contra el derecho de defensa?", en *Sistemas penales y derechos humanos*, CONAMAJ y otros, San José, 1997, pp. 169-198.
- *Enfoque procesal de la Ley Penal Juvenil*, ILANUD y otros, San José, 1997.

- *Garantías constitucionales, prueba ilícita y la transición al nuevo proceso penal*, Colegio de Abogados, San José, 1997.
- "La actividad procesal", en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Colegio de Abogados/Asociación de Ciencias Penales, San José, 1997, pp. 511-543.
- *La Constitución política. Su influencia en el proceso penal*, San José, 1991.
- "La Sala Constitucional. ¿Atenta contra la jurisdicción constitucional?", *Ciencias Penales*, n° 4, San José, 1997.
- ARROYO GUTIÉRREZ, J. M.: "La ejecución penal", en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Colegio de Abogados/Asociación de Ciencias Penales, San José, 1997, pp. 742-757.
- BEECHE LUJÁN, Héctor: "Defensa social y el proceso penal", *Revista de Ciencias Jurídico-Sociales*, vol. 1, n° 1, marzo 1956, pp. 67-129.
- BLANCO ODIO, A.: *El Derecho procesal penal costarricense*, San José, 1992.
- BRAVO ÁLVAREZ, Roger: "Apreciación de la prueba en el proceso penal", *Revista Judicial*, n° 47, San José, septiembre 1988, pp. 55-68.
- CALDERÓN RETANA y otros: "El Ministerio Público en el proceso penal. Su aparición en el procedimiento de citación directa", Seminario de graduación para optar al título de licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 1980.
- CALVO PICADO, Gerardo: "El problema de la transmisibilidad de los herederos de la acción para la reparación del daño moral sufrido por el difunto. Soluciones doctrinales y de la jurisprudencia francesa al respecto y su solución en Costa Rica", *Revista Judicial*, n° 17, San José, 1980, pp. 33 y ss.
- "Participación del ofendido en el proceso penal", *Revista Judicial*, n° 53, San José, marzo 1991, pp. 45-66.
- CAMBRONERO, J. L.: "Hacia el fortalecimiento de la víctima en el sistema penal costarricense", en Sojo y otros: *Ministerio Público y reforma procesal penal*, Colegio de Abogados, San José, 1997, pp. 89-116.
- CARRANZA, E.: "Política criminal y humanismo en la reforma de la justicia penal", *Ciencias Penales*, n° 6, San José, 1992, pp. 19-25.
- "Seguridad frente al delito en Costa Rica", en *Sistemas penales y derechos humanos*, CONAMAJ y otros, San José, 1997, pp. 63-98.

- CASTILLO BARRANTES, E.: "El procedimiento para juzgar a los miembros de los supremos poderes", en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Colegio de Abogados/Asociación de Ciencias Penales, San José, 1997, pp. 793-810.
- *Ensayos sobre la nueva legislación procesal penal*, Colegio de Abogados, San José, 1977.
- CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco: "Derecho de impugnación de la sentencia condenatoria y derechos humanos", *Revista de Ciencias Jurídicas*, n° 41, 1980, pp. 29-54.
- "El interés para impugnar en el proceso penal", *Revista de Ciencias Jurídicas*, n° 49, 1984, pp. 39-57.
- "El principio de intermediación en el proceso penal costarricense", *Revista Judicial*, n° 29, 1984, pp. 17-28.
- *El recurso de revisión*, San José, 1980.
- "Fases del procedimiento de impugnación penal", *Revista Judicial*, n° 8, 1978, pp. 23-26.
- "La posición del juez en Costa Rica", en *La justicia como garante de los derechos humanos: La independencia de juez*, ILANUD y otros, San José, 1996, pp. 68-127.
- "La publicidad en el proceso penal", *Revista de Ciencias Jurídicas*, n° 32, 1977, pp. 11-34.
- "Los vicios formales en el nuevo Código Procesal Penal de Costa Rica", *Revista de Ciencias Jurídicas*, n° 24, 1974, pp. 327-359.
- "Posición del perito en el proceso penal costarricense", *Revista de Ciencias Jurídicas*, n° 34, 1978, pp. 49-76.
- "Fases del procedimiento de impugnación penal", *Revista Judicial*, n° 8, junio 1978, pp. 23-26.
- "Prohibición de la *reformatio in peius* en el Código Procesal Penal", *Revista de Ciencias Jurídicas*, n° 26, mayo-agosto 1975, pp. 183-210.
- "Renuncia y desistimiento del medio impugnativo en el proceso penal", *Revista Judicial*, n° 18, diciembre 1980, pp. 59-66.
- "Vicios formales en el nuevo Código Procesal Penal de Costa Rica", *Revista de Ciencias Jurídicas*, n° 24, junio-septiembre-diciembre 1974, pp. 327-360.
- CERVANTES VILLALTA, E.: "La acción resarcitoria y los efectos del desistimiento", *Revista Judicial*, n° 11, 1979, pp. 9-13.

- CHAVERRI RODRÍGUEZ, José Francisco: "Problemas de la infancia en el nuevo procedimiento penal", *Revista Judicial*, n° 1, San José, 1976, pp. 84-88.
- CHAVES RAMÍREZ, A.: "La conciliación", en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Colegio de Abogados/Asociación de Ciencias Penales, San José, 1997, pp. 163-189.
- y ARCE VÍQUEZ, J. L.: "Procedimiento para la revisión de sentencia", en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Colegio de Abogados/Asociaciones de Ciencias Penales, San José, 1997, pp. 833-866.
- CHINCHILLA CALDERÓN, R.: "Proceso penal abreviado y Derecho de la Constitución", *Ciencias Penales*, n° 14, San José, 1997, pp. 97-104.
- CHIRINO SÁNCHEZ, A.: "A propósito del principio de oportunidad y del criterio de 'insignificación del hecho'", en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Colegio de Abogados/Asociaciones de Ciencias Penales, San José, 1997, pp. 105-143.
- "Las tecnologías de la información en el proceso penal. Análisis de una crisis anunciada", *Ciencias Penales*, n° 14, San José, 1997, pp. 41-53.
- CORTÉS, R., y PEREIRA, J. M.: *La prueba ilícita o espuria en la doctrina de la jurisprudencia constitucional y de la sala de casación penal*, Escuela Judicial, San José, 1995.
- CRUZ CASTRO, F.: "El debido proceso en la Convención Americana de Derechos Humanos", en *Sistema penales y derechos humanos*, CONAMAJ y otros, San José, 1997, pp. 127-143.
- "El Ministerio Público en el nuevo Código", en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Colegio de Abogados/Asociación de Ciencias Penales, San José, 1997, pp. 251-281.
- "Enfoques criminológicos sobre la delincuencia económica, sus consecuencias en su persecución y juzgamiento", en *Seminario Derecho económico, fraudes y quiebras*, Centro de Estudios y Capacitación Judicial para Centroamérica, San José, 1995, pp. 77-100.
- *La defensa penal y la independencia judicial en el Estado de Derecho*, ILANUD, San José, 1989.
- La función acusadora en el proceso penal moderno*, ILANUD, San José, 1991.

- La nulidad por la nulidad, la justicia pronta y cumplida y la vigencia del formalismo procesal*, Escuela Judicial, San José, 1994.
- "Principios fundamentales para la reforma de un sistema procesal penal mixto. El caso de Costa Rica", *Ciencias Penales*, n° 8, San José, 1994, pp. 40-51.
- CURRISO PÉREZ, F.: "La acción civil como acción delegada en el Ministerio Público (Alcances y limitaciones de la delegación)", *Ciencias Penales*, n° 12, San José, 1996, pp. 72-82.
- DALL'ANESE RUIZ, FRANCISCO, y LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER: "Imperfección e inexistencia de los actos en el proceso penal", *Revista Judicial*, n° 40, marzo 1987, pp. 83-90.
- "El juicio", en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Colegio de Abogados/Asociaciones de Ciencias Penales, San José, 1997, pp. 649-694.
- "La teoría de la prueba ilícita en la jurisprudencia constitucional y penal", en *La jurisdicción constitucional y su influencia en el Estado de Derecho*, UNED, San José, 1996, pp. 265-276.
- *Temas de casación penal*, Editec, San José, 1991.
- DOBLES OVARES, V.: "La regulación de la prueba ilícitamente obtenida en el nuevo Código Procesal Penal", en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Colegio de Abogados/Asociaciones de Ciencias Penales, San José, 1997, pp. 909-919.
- ESTRADA VENEGAS, I.: *Jurisprudencia de la Sala tercera sobre la acción civil resarcitoria*, Investigaciones Jurídicas, San José, 1997.
- FALLAS, D.: "El principio de proporcionalidad", en *Proceso penal y derechos fundamentales*, Investigaciones Jurídicas, San José, 1998, pp. 91-126.
- FERNÁNDEZ, K.: "Prejudicialidad", en *Ensayos de Derecho procesal penal*, Escuela Judicial, San José, 1990, pp. 3-46.
- FERNÁNDEZ VINDAS, R.: "Las medidas cautelares", en *Ensayos de Derecho procesal penal*, Escuela Judicial, San José, 1990, pp. 47-139.
- "Procedimiento para asuntos de tramitación compleja", en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Colegio de Abogados/Asociación de Ciencias Penales, San José, 1997, pp. 763-778.
- FERRANDINO TACSAN, A., y PORRAS VILLALTA, M.: "La defensa del imputado", en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*,

- Colegio de Abogados/Asociación de Ciencias Penales, San José, 1997, pp. 284-328.
- GADEA NIETO, Daniel: "Consideraciones sobre la prueba en el proceso penal", *Revista Judicial*, n° 50, junio 1990, pp. 72-81.
- "Ejercicio de la función judicial en lo penal: un ensayo criminológico", *Revista Judicial*, n° 33, junio 1988, pp. 107-110.
- "La caución en Costa Rica. Mito o realidad", *Revista de Ciencias Jurídicas*, n° 57, San José, 1987, pp. 27-38.
- GARITA GONZÁLEZ, V.: *El arbitraje, un nuevo horizonte para la búsqueda de una mejor justicia*, San José, 1995.
- GARZONA MESEGUER, Ercilia: *Procedimiento penal fundado en los obstáculos constitucionales*, 1ª ed., Universidad de Costa Rica, San José, 1982.
- GENÉ SOJO, Juan: "Primer aniversario del nuevo proceso penal", *Revista Judicial*, n° 1, San José, 1976, p. 7.
- GONZÁLEZ ÁLVAREZ, D.: "El principio de oportunidad en el ejercicio de las acciones penales", *Ciencias Penales*, n° 7, San José, 1993, pp. 63-69.
- "El procedimiento intermedio", en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Colegio de Abogados/Asociación de Ciencias Penales, San José, 1997, pp. 615-647.
- "El procedimiento preparatorio", en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Colegio de Abogados/Asociación de Ciencias Penales, San José, 1997, pp. 547-614.
- "Justicia constitucional y debido proceso", en *La jurisdicción constitucional*, Comité Organizador del Seminario de Derecho Constitucional, 23-25 de septiembre de 1992, San José, 1993, pp. 349-397.
- "La investigación preparatoria del Ministerio Público en el nuevo proceso penal costarricense", *Revista Latinoamericana de Política Criminal* (Argentina), n° 2, 1997, pp. 81-110.
- "La obligatoriedad de la acción en el proceso penal costarricense", San José, 1986.
- "La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal", *Ciencias Penales*, n° 11, San José, 1996, pp. 60-82.
- "La reforma del proceso penal en Costa Rica", en *Seminario de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal*, San José, 1994, pp. 10-25.

- "Proceso penal y seguridad ciudadana", en *Sistemas penales y derechos humanos*, CONAMAJ y otros, San José, 1997, pp. 45-61.
- y ARROYO GUTIÉRREZ, J. M.: *Los diversos sistemas procesales penales. Principios y ventajas del sistema procesal mixto moderno*, ILANUD, San José, 1988.
- y HOUED VEGA, M.: "Algunas consideraciones sobre la evolución de la casación penal", *Ciencias Penales*, n° 10, San José, 1995, pp. 64-78.
- MORA MORA, L. P., y HOUED VEGA, M.: "Perspectivas de reformas al Código de Procedimientos Penales", *Revista Judicial*, n° 47, San José, 1989, pp. 47-53.
- "Perspectivas de reformas al Código Procesal Penal costarricense en la óptica del Dr. Julio B. J. Maier", *Revista Judicial*, n° 41, diciembre 1987, pp. 13-20.
- GONZÁLEZ ESQUIVEL, J.: "El problema del monopolio de la acción penal pública en el Ministerio Público", *Revista de Ciencias Jurídicas*, n° 30, 1976, pp. 59-74.
- GUZMÁN ZANETTI, Dora María: "Primer año de la vigencia del Código de Procedimientos Penales", *Revista Judicial*, n° 1, 1976, p. 83.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, N. V.: "Querrela, tratamiento práctico de su procedimiento", Tesis de grado para optar al título de licenciada en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1985.
- HERNÁNDEZ VALLE, R.: "La tutela de los derechos fundamentales", Juricentro, San José, 1990.
- HERNÁNDEZ, R. A.: "Derechos humanos y terror", *Revista Filosofía*, XXI (53), Costa Rica, 1983.
- HERNÁNDEZ CASTRO, Luis Guillermo: "Análisis para la comprensión de la teoría y la práctica de la primera etapa del proceso penal", *Revista Judicial*, n° 13, septiembre 1979, pp. 103-116.
- "Nulidades en el nuevo proceso penal", *Revista Judicial*, n° 11, marzo 1979, pp. 65-72.
- "Tachas en el nuevo proceso penal", *Revista Judicial*, n° 6, diciembre 1977, pp. 71-80.
- HERRERA, L. G.: "La prejudicialidad en el Derecho procesal costarricense", *Revista Judicial*, n° 23, 1982, pp. 9-23.
- HIDALGO, J. D.: *Introducción al Código Procesal Penal*, Investigaciones Jurídicas, San José, 1998.

- HOUED VEGA, M.: "Comentario al sistema de jurados en la legislación costarricense (1873-1903)", *Revista de Ciencias Jurídicas*, n° 51, San José, 1984, pp. 95-121.
- "El debido proceso penal", en *Proceso penal y derechos fundamentales*, Investigaciones Jurídicas, San José, 1997, pp. 17-37.
 - "El Ministerio Público (o fiscal) en el proceso penal", *Revista de Ciencias Jurídicas*, n° 32, 1977, pp. 178-204.
 - "La acción civil en sede penal", *Revista Judicial*, n° 1, 1979, pp. 33-38.
 - "La suspensión del proceso a prueba", en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Colegio de Abogados/Asociación de Ciencias Penales, San José, 1997, pp. 145-151.
 - "Organización y funcionamiento del Ministerio Público de Costa Rica", *Revista de Ciencias Jurídicas*, n° 33, 1978, pp. 23-55.
 - , y CRUZ CASTRO, F.: "El Ministerio Público en la relación procesal", *Revista de Ciencias Jurídicas*, n° 39, 1998, pp. 123-147.
 - , y FALLAS, D.: "Eficacia y garantismo en el proceso penal moderno", en *Proceso penal y derechos fundamentales*, Investigaciones Jurídicas, San José, 1998, pp. 39-53.
 - "Ministerio Público en la relación procesal penal", *Revista de Ciencias Jurídicas*, n° 39, septiembre-diciembre 1998, pp. 123-141.
- ISSA EL KHOURY JACOB, Henry: "Recursos ordinarios. Su estudio en el proceso penal vigente a la luz de la doctrina", *Revista de Ciencias Jurídicas*, n° 31, enero-abril 1997, pp. 37-70.
- "La reparación del daño como causal de extinción de acción penal", en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Colegio de Abogados/Asociación de Ciencias Penales, San José, 1997, pp. 191-212.
 - "Límites del control social a través del sistema penal", *Revista de Ciencias Penales*, n° 3, San José, 1990, pp. 10-20.
 - "Procedimiento para juzgar las contravenciones", en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Colegio de Abogados/Asociación de Ciencias Penales, San José, 1997, pp. 779-792.
 - "A la armonía por la palabra: la solución negociada de conflictos penales", *Convenio Corte-AID*, San José, 1997.

- y ARIAS, M. G.: *Derechos humanos en el sistema penal*, San José, 1996.
- QUÍN COTO, Adriana, y UGARTE CASTRO, María del Rocío: *Cosa juzgada penal*, 1ª ed., U.C.R., San José, Costa Rica, 1985.
- PENNINGTON, C.: "La naturaleza jurídica de la policía judicial costarricense". Tesis de grado para optar al título de licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 1981.
- GONZÁLEZ MATARRITA, A.: "Las trampas de la democracia (los gestos disciplinarios de la información)", en *Derecho a la información y cobertura de la noticia criminal*, CONAMAJ y otros, San José, 1997, pp. 16-28.
- MADRIGAL, R.: "El proceso penal y las garantías constitucionales", Tesis de grado para optar al título de licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 1985.
- MONTE RODRÍGUEZ, J.: *Código de procedimientos penales anotado*, San José, 1991.
- "Indemnización al absuelto que sufrió prisión preventiva", *Ciencias Penales*, n° 2, San José, 1990, pp. 23-26.
 - "La Convención Americana de Derechos Humanos y el derecho a recurrir la sentencia condenatoria en el Derecho costarricense", *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 1991, pp. 20-23.
 - *La prisión preventiva (límites constitucionales)*, Universidad para la Cooperación Internacional, San José, 1997.
 - "La prisión preventiva y sus sustitutos", en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Colegio de Abogados/Asociación de Ciencias Penales, San José, 1997, pp. 423-469.
 - "La restitutio in integrum en el Derecho procesal penal costarricense", *Jurisprudencia Crítica*, n° 3, 1989.
 - "Medidas de coerción que afectan la libertad personal (diferentes de la prisión preventiva y sus sustitutos)", en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Colegio de Abogados/Asociación de Ciencias Penales, San José, 1997, pp. 471-509.
 - "Garantías procesales y seguridad ciudadana", en *Sistemas penales y derechos humanos*, San José, CONAMAJ y otros, 1997, pp. 145-166.
- MENDIETA VARGAS, Irene, y VILLALOBOS BRENES, Ana Lorena: *Derecho de recurrir en el proceso penal costarricense*, 1ª ed., U.C.R., San José, 1988.

- MONTERO UGALDE, Lupita: *Derechos del imputado en el proceso penal costarricense*, 1ª ed., U.C.R., San José, Costa Rica, 1991.
- MORA MORA, L. P.: "La importancia del juicio oral en el proceso penal", *Ciencias Penales*, n° 4, San José, 1991, pp. 8-11.
- "Los principios fundamentales que informan el Código Procesal Penal de 1998", en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, D. González Álvarez, San José, 1997, pp. 3-48.
- "Principio *pro libertate* y proceso penal", en *La Constitución*, Comité Organizador del Seminario de Derechos Constitucionales, 23-25 de septiembre de 1992, San José, 1993, pp. 233-276.
- , y HERNÁNDEZ, N.: "El Derecho internacional y su influencia en la jurisdicción constitucional costarricense", en *La jurisdicción constitucional y su influencia en el Estado de Derecho*, A. Bertolini/H. Fernández, San José, 1996, pp. 67-71.
- MUÑOZ QUESADA, H. A.: *Derecho a no ser sometido a torturas y tratamientos crueles*, Asociación Costarricense Pro-Naciones Unidas, San José, 1980, pp. 44-48.
- NAVARRO DEL VALLE, H. (ed.): *Derechos humanos y Sala Constitucional*, San José, 1996.
- PORRAS GONZÁLEZ, A.: "Principios fundamentales en materia de prueba", en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, D. González Álvarez, Colegio de Abogados/Asociación de Ciencias Penales, San José, 1997, pp. 867-908.
- PORRAS PORRAS, Isabel: "Nulidades en el procesal penal costarricense", *Revista de Ciencias Jurídicas*, n° 63, mayo-agosto 1989, pp. 43-63.
- PORTER, Hugo: "El jurado en Costa Rica", *Revista de Ciencias Jurídicas*, n° 4, 1964, pp. 122-153.
- QUESADA PACHECO, Jorge: "Análisis de las pruebas testimoniales en juicios penales", *Revista de Ciencias Jurídicas*, n° 68, enero-abril 1991, pp. 83-95.
- QUIRÓS, C.: *Los tribunales de probidad y de sanciones inmediatas*, Editorial Costa Rica, San José, 1989.
- RAMÍREZ SEGURA, M.: "Aspectos civiles de la acción resarcitoria", en *Revista Judicial*, n° 12, 1979, pp. 39-45.
- REBONDO GUTIÉRREZ, C. L.: "La policía judicial", en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, D. González Álvarez, Colegio de Abogados/Asociación de Ciencias Penales, San José, 1997, pp. 329-377.

- ROMAS FERNÁNDEZ, Carlos Enrique: *El control sobre la determinación de los hechos en los motivos del recurso de casación penal, un análisis jurisprudencial*, 1ª ed., U.C.R. San José, 1988.
- ROMERO SÁNCHEZ, J. M.: "La responsabilidad del Estado por abuso sexual de los niños en los centros educativos", en *Ciencias Penales*, n° 14, San José, 1997, pp. 78-91.
- "¿Responsabilidad por culpa o garantía de ejecución? Reflexiones en torno a la responsabilidad contractual en el Código Civil costarricense", en *Iustitia*, n° 105, San José, 1995, pp. 10-17.
- "Los sujetos de la acción civil resarcitoria", en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, D. González Álvarez, Colegio de Abogados/Asociación de Ciencias Penales, San José, 1997, pp. 379-402.
- "Problemas de la indemnización de daños y perjuicios", en *Iustitia*, n° 106, San José, 1995, pp. 13-24.
- ROMAS SÁNCHEZ, Jorge Hernán: "Partes del proceso penal", *Revista Judicial*, n° 1, 1976, pp. 79-82.
- ROMERO ROJAS, Iver: "Esbozo histórico del proceso penal", *Revista Judicial*, n° 1, 1976, pp. 15-23.
- SÁNCHEZ ELIZONDO, María Antonieta: "El procedimiento abreviado", en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, D. González Álvarez, Colegio de Abogados/Asociación de Ciencias Penales, San José, 1997, pp. 811-831.
- "Procedimiento directísimo: Una forma del proceso penal sin la fase de instrucción", *Revista Judicial*, n° 26, septiembre 1983, pp. 49-72.
- SALAZAR SÁNCHEZ, Luis Enrique: *Acción popular en Costa Rica*, 1ª ed., U.C.R. San José, 1988.
- SÁNCHEZ ROJAS, Rafael, y SÁNCHEZ ROJAS, Javier Arturo: *Concepto de parte en el proceso penal*, 1ª ed., U.C.R., San José, 1986.
- SÁNCHEZ ROMERO, C., y HOUED VEGA, M.: *La abolición del sistema penal*, Editec, San José, 1992.
- "La mujer en el proceso penal", en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, D. González Álvarez, Colegio de Abogados/Asociación de Ciencias Penales, San José, 1997, pp. 403-419.
- "Competencia de la Sala Constitucional en materia penal", *Ciencias Penales*, n° 2, San José, 1990, pp. 60-67.

- "La prisión preventiva en un Estado de Derecho", en *Hoja de la Ley*, M.; SÁNCHEZ, C., y FALLAS, D.: *Proceso penal y derechos fundamentales*, Investigaciones jurídicas, San José, 1998, pp. 127-171.
- , HOUED VEGA, M.: "Elementos de prueba y su valoración", en HOUED, M.; SÁNCHEZ, C., y FALLAS, D.: *Proceso penal y derechos fundamentales*, Investigaciones Jurídicas, San José, 1998, pp. 55-89.
- ; —, y CHIRINO SÁNCHEZ, A.: "El abolicionismo y el rol de las comunidades indígenas", *Ciencias Penales*, n° 9, San José, 1994, pp. 47-64.
- SOLANO, L. F.: "La jurisdicción constitucional: incidencia en otras jurisdicciones", en *La jurisdicción constitucional y su influencia en el Estado de Derecho*, A. Bertolini/H. Fernández, San José, 1996, pp. 199-233.
- TIFFER SOTOMAYOR, C.: *Ley de Justicia Penal Juvenil. Comentarios y acordada*, San José, 1996.
- TJERINO PACHECO, José María: "El principio de oportunidad y el ejercicio de la acción penal", en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Daniel González Álvarez, Colegio de Abogados/Asociación de Ciencias Penales, San José, 1997, pp. 88-104.
- *Recusación en materia penal*, Investigaciones Jurídicas, San José, 1991.
- "Tres temas controversiales de nuestro proceso penal", *Revista Judicial*, n° 35, 1985, pp. 77-81.
- "Recusación en materia penal", *Revista de Ciencias Jurídicas*, n° 66, mayo-agosto 1990, pp. 135-167.
- VALLEJO LEITÓN, S.: "Antecedentes y hechos que dieron origen al organismo de investigación judicial", Departamento de Publicaciones e Impresos del Poder Judicial, San José, 1974.
- VARGAS PÉREZ, Max: "Principio de inviolabilidad de la defensa", 1ª ed., U.C.R. San José, 1985.
- VARGAS ZUMBADO, F.: "El principio de oportunidad", en *Sobre y otros: Ministerio Público y reforma procesal penal*, Colegio de Abogados, San José, 1997, pp. 148-170.

CUBA

POR RAMÓN DE LA CRUZ OCHOA

Bases político-jurídicas del procedimiento penal. Principios procesales penales y debido proceso constitucional

Para exponer brevemente el sistema procesal penal cubano, es preciso incursionar en sus raíces y apreciar los cambios en el contexto histórico en que se producen.

El procedimiento penal cubano nos proporciona un ejemplo claro de la influencia y trascendencia de la organización política y de la ideología imperante al momento de aprobarse cada modelo de enjuiciamiento penal.

Cuba fue el último país latinoamericano en obtener su independencia de España, cuyas leyes, con ligeras modificaciones, imperaron en la isla durante el coloniaje manteniendo una poderosa influencia hasta nuestros días.

La demora en alcanzar la independencia posibilitó que en 1888 se pusiera en vigor la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, promulgada en el año 1882, la que resumió las ideas progresistas de la época en esta materia, conformando un proceso penal mixto especialmente acusatorio en la fase de plenario, con garantías para el acusado, instaurando el juicio oral, el que se mantiene hasta hoy como pilar principal sobre el que se asienta el proceso penal cubano.

Por su parte la primera intervención militar norteamericana de 1898-1902 mediante la Orden Militar 213 del 25 de mayo de 1900 implantó una instancia judicial en Cuba, inspirado en el sistema de enjuiciar anglosajón, distinto al eu-

ropeo-continental que trajera la metrópoli española. Esta sanción de algunas instituciones de corte netamente acusatorio en nuestra realidad jurídica, como lo fue la creación de juzgados correccionales, para conocer de delitos y faltas de poca monta y con sanciones de hasta 6 meses de privación de libertad, con un procedimiento oral muy ágil y expedito resultó una experiencia que se introdujo en nuestra realidad jurídica y se mantuvo hasta la década de los años 60.

También rigió en Cuba un llamado procedimiento de urgencia creado por el dec. ley 491 del 11 de septiembre de 1934 que de forma expedita juzgaba delitos que afectaban la seguridad nacional y el orden público, estos tribunales fueron abolidos, salvo el periodo del 1936 al 1941 que fueron anulados por declararse inconstitucionales por el Tribunal Supremo, hasta enero de 1959 en que fueron suprimidos por la entonces naciente Revolución Cubana.

En el año 1959 se introducen cambios relacionados con el procedimiento para enjuiciar primero a los acusados de cometer crímenes en la época de la dictadura batistiana que en general adoptan el procedimiento procesal de la República de Cuba en Armas del 28 de julio de 1896 acordada por el Consejo de Gobierno de Cuba en Armas y la que se suscribió en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española adaptada a la situación de un Ejército Popular en enfrentamiento contra el poder colonial y que ya había puesto en vigor el Alto Mando del Ejército Rebelde en la Sierra Maestra.

Las leyes 33 y 39, de enero y febrero de 1959 y la ley 634 de noviembre del mismo año se dictaron con el fin de juzgar primero a los acusados de asesinatos y otros delitos considerados crímenes de guerra cometidos durante la dictadura batistiana y posteriormente los llamados por la ley delitos contrarrevolucionarios.

No se puede omitir en esta síntesis la experiencia cubana desarrollada en la década del 60, en la cual coexistieron los juzgados correccionales creados por la primera intervención estadounidense en Cuba y los Tribunales Populares de Base, los cuales seguían el principio de participación popular en cada comunidad para impartir justicia en casos leves, con tribunales colegiados. Estos tribunales, en un principio no podían imponer sanciones privativas de libertad, aunque posteriormente se le dio facultades para imponer sanciones

hasta 6 meses de privación de libertad para lo cual se garantizó el asesoramiento jurídico con jóvenes graduados en las facultades de Derecho. El procedimiento era oral y sin grandes formalidades.

Estos, a grandes rasgos, eran los antecedentes que existían en Cuba cuando el 25 de junio de 1973 se promulgó la Ley 1251 del Procedimiento Penal (en adelante L.P.P.), que derogó la hasta entonces vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal. Las modificaciones más importantes que introdujo tienen que ver con la supresión del juez de instrucción para las investigaciones previas a la apertura del juicio oral y su sustitución por la Policía. Se establece la Audiencia Verbal para el aseguramiento de los acusados con la participación de las partes y se responsabiliza al fiscal con el asesoramiento, intervención y dirección de las diligencias previas. Otra modificación fue la eliminación de los juzgados correccionales.

Posteriormente, fue aprobada en 1977 la ley 5 del 13 de agosto de 1977, mediante la cual se atribuye al fiscal, no la asistencia o asesoramiento, sino el control de la fase preparatoria a cargo del instructor perteneciente a la Policía, lo que en mi opinión es resultado de la influencia del modelo imperante en los llamados países socialistas de Europa y la Unión Soviética. Asimismo se eliminó la Audiencia Verbal para las medidas cautelares.

En la actualidad la Ley de Procedimiento Penal cubano, actualmente vigente mantiene un carácter mixto, en la que durante la fase instructiva o preparatoria, predominan rasgos inquisitivos, mientras que en el plenario o judicial resulta de carácter acusatorio. En la fase instructiva o preparatoria se realizan las diligencias previas dirigidas a averiguar y comprobar la existencia del delito y sus circunstancias, recoger y conservar los instrumentos y pruebas materiales de éste, de modo que permitan hacer la calificación legal del hecho y determinar la participación o no de los presuntos responsables y su grado y asegurar en su caso la persona de éstos (art. 104 de la L.P.P.).

El fiscal ejerce el control de la fase preparatoria que se realiza por el instructor ya sea de la Policía, del Departamento de Seguridad del Estado o de la propia Fiscalía según proceda. El fiscal sólo instruye directamente los expedientes en

muy pocos casos, la abrumadora mayoría son instruidos por el instructor ya sea de la Policía o la Seguridad del Estado.

Según el art. 107 de la L.P.P. el término de instrucción de la fase preparatoria no debe excederse de 60 días a partir de la fecha de resolución de inicio pero puede prorrogarse hasta 6 meses por el jefe instructor. A los 6 meses debe prorrogarlo en el estado en que se encuentre al fiscal correspondiente y a partir de esa fecha previa solicitud razonada al jefe provincial del Ministerio del Interior o en su caso del fiscal jefe provincial, el fiscal general de la República puede conceder un nuevo término para la conclusión del expediente de fase preparatoria. Estas prórrogas del fiscal general pueden ser indefinidas y sus decisiones no son recurribles.

La defensa en esta etapa puede proponer pruebas y asistir a ciertas diligencias siempre que se haya decretado alguna medida cautelar, en caso contrario debe esperar a la terminación de la fase preparatoria. Los abogados defensores hacen un uso muy limitado de esta posibilidad.

En la fase sumarial lo fundamental es la existencia de un juicio oral y público como forma de resolver los conflictos penales mediante un tribunal escabinado donde se examinan las pruebas que le ofrecen, tanto la acusación como la defensa, de manera contradictoria y activa de manera que permita llegar a una determinación que se expresa a través de la sentencia. Este acto judicial es público.

En el sistema de enjuiciar cubano la ley presume inocente a todo acusado mientras no se dicte fallo condenatorio contra él.

En el art. 109 de la L.P.P. se regula la obligación que tiene el fiscal de que se esclarezcan los actos punibles, se establezca la verdad objetiva y sean acusadas ante los tribunales las personas que lo hayan cometido, además velará por el respeto de las garantías procesales del acusado, por la protección de los derechos de la víctima o perjudicado por el delito y los intereses del Estado y la sociedad.

La ley establece que el tribunal aprecia según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio oral, las razones del fiscal y la defensa, así como lo manifestado por el acusado, siguiendo las reglas de la sana crítica y en la sentencia está obligado el tribunal a razonar en el segundo resultando

la valoración de la prueba, tal como lo estableció el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo en su acuerdo 172 de 1985 y el acuerdo 36 del 2 de junio del 1989 del mismo órgano que dice "La valoración de la prueba practicada en el juicio oral y que consta del acta correspondiente a los efectos de verificar la exactitud y objetividad del hecho que se da por probado y las razones expuestas por el juzgador que fundamenta su convicción con apoyo en la valoración de esa prueba, y esa evaluación debe hacerse en un resultando a continuación de aquel o aquellos que se han redactado para dar por probado los hechos juzgados y en consecuencia se plasmaran en ese resultando sólo esos aspectos y no cuestiones de hecho o de Derecho para las que el art. 44 de L.P.P. regula la forma en que deben ser redactadas".

El procedimiento penal cubano procura la verdad material. Otro principio importante es la recurribilidad de todas las resoluciones del tribunal que resulten trascendentes en el proceso y a ese efecto la ley detalla su posible empleo a través de los recursos de súplica, apelación o casación, de acuerdo con lo que se fija para cada situación concreta.

Se ha tratado de eliminar trámites superfluos, dilatorios e innecesarios para propender a la celeridad, un ejemplo de ello es que en los delitos graves, competencia de los tribunales provinciales, el tiempo de fase preparatoria más el tiempo empleado en la resolución de asuntos es de aproximadamente 6 meses, mientras que en los tribunales municipales este promedio es de 30 días, tiempo en el cual se resuelve en primera instancia las causas que conocen estos tribunales.

El proceso penal cubano aplica la justicia de manera totalmente gratuita, tanto para el acusado como para las víctimas, no se aplican costas procesales.

En cuanto al debido proceso constitucional la Constitución cubana de 1976 tal como quedó redactada por la reforma de 1992 establece las siguientes garantías en el proceso penal:

1. Inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones cablegráficas, telegráficas y telefónicas (arts. 56 y 57 de la Constitución), el cual está complementado con los arts. 215 y ss. de la Ley de Procedimiento Penal que establece que el instructor o el fiscal pueden decretar la entrada y registro de día y de noche en los

edificios y lugares públicos y en el caso de domicilio privado siempre que exista consentimiento del interesado. A falta de consentimiento se requiere resolución fundada (con las razones que justifican tomar las medidas y el edificio o lugar cerrado que haya de verificarse) firmada por el instructor con aprobación del fiscal, con el nombre del funcionario que la realizará y podrá llevarse a cabo entre las 5 a.m. y las 10 p.m. En cuanto al Registro de Libros y Documentos y de la Retención y Apertura de la Correspondencia, escrita, telegráfica y cablegráfica, están reguladas en los arts. 228 y ss. de la Ley de Procedimiento Penal que expresa que sólo se ordenará el registro de documentos y correspondencia del acusado o de otras personas, cuando haya indicios de que de esta diligencia podría resultar el descubrimiento o la comprobación del hecho delictivo que se investiga o de circunstancias importantes del mismo. Para la práctica de estas diligencias se requiere resolución fundada del instructor con determinación precisa de la correspondencia postal, telegráfica, cablegráfica o radiotelegráfica que haya de ser retenida o de la que se expedirá copia.

2. Libertad e inviolabilidad de la persona. El detenido o preso es inviolable en su integridad personal (art. 58 de la Constitución). No existe un delito específico que sancione esta conducta, en caso de que se produzcan agresiones contra el detenido tiene que perseguirse por los delitos contra la vida que están previstos en el Código Penal.
3. Nadie puede ser detenido sino en los casos, en la forma y con las garantías que prescriben las leyes (art. 58 de la Constitución). Esta disposición está complementada con los arts. 241 al 262 de la Ley de Procedimiento Penal. El art. 280 del Código Penal establece que la autoridad o sus agentes que dentro del plazo legal no pongan en libertad o a disposición de la autoridad competente a un detenido, incurre en sanción de privación de libertad de 6 meses a 2 años o multa de 200 a 500 cuotas.
4. Nadie puede ser encausado ni condenado sino por tribunal competente en virtud de leyes anteriores al delito

y con las formalidades y garantías que se establezcan (art. 59 de la Constitución), complementado por el art. 1º de la L.P.P. que establece que no puede imponerse sanción o medida de seguridad sino de conformidad con las normas de procedimiento establecidas en la ley y en virtud de resolución dictada por tribunal competente.

5. Todo acusado tiene derecho a la defensa (art. 59 de la Constitución). Según el art. 249 de la L.P.P. desde el momento en que se dicta resolución decretando cualquiera de las medidas cautelares que autoriza esta ley, el acusado será parte en el proceso y podrá proponer pruebas a su favor. A partir de este momento procesal el defensor podrá: 1) establecer comunicación con su representado y entrevistarse con el mismo con la debida privacidad, si se hallare detenido. 2) Examinar las actuaciones correspondientes al expediente de fase preparatoria, excepto que por razones de seguridad estatal según lo establecido en el art. 247, el abogado no tenga acceso a las actuaciones correspondientes a la fase preparatoria del juicio oral mientras se estén practicando. 3) Proponer pruebas y presentar pruebas a favor de su representado. 4) Solicitar la revocación o modificación de la medida cautelar impuesta a su representado. El art. 250 también expresa que el defensor tiene las facultades legales necesarias, para contribuir efectivamente al esclarecimiento de la verdad material y para ello está obligado a proponer o presentar todas las pruebas a su alcance que favorezcan a su defendido. También estará obligado a comunicarle a la brevedad posible el contenido de las notificaciones que reciba.
6. No se ejercerá violencia ni coacción sobre las personas para forzarlas a declarar (art. 59 de la Constitución). El art. 166 de la Ley de Procedimiento Penal establece que no se ejercerá violencia ni coacción de ninguna clase sobre las personas para forzarlas a declarar. Toda declaración obtenida con infracción de este precepto será nula, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda.
7. Las leyes penales sólo tienen efecto retroactivo cuando sea favorable al encausado o sancionado (art. 61

de la Constitución). Los arts. 3.2 al 3.5 del Código Penal regula todo lo relativo al carácter retroactivo de la ley penal en el tiempo, planteando que la nueva ley es aplicable al delito cometido si es más favorable al encausado.

En cuanto a convenciones regionales y universales que tienen impacto en el proceso penal, Cuba es signataria de la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 y de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes del 10 de diciembre de 1984.

1.1. Persecución penal pública y privada. Monopolio acusatorio del Ministerio Público. Legalidad y oportunidad, organización del Ministerio Público. La función de la policía. Breve noticia sobre su organización y dependencia política. La persecución penal privada en el sistema penal

De acuerdo al art. 127 de la Constitución a la Fiscalía General de la República corresponde la promoción y el ejercicio de la acción penal pública en representación del Estado.

La ley 83 del 11 de julio de 1997 establece en su art. 7.b) como objetivo de la Fiscalía General de la República promover la sanción de quienes atenten contra la independencia y soberanía del Estado, así como contra los intereses políticos, económicos y sociales de éste.

Asimismo el Libro Tercero, Título I de la L.P.P. está dedicado a la Acción Penal y establece en el art. 272 que ésta se ejercita ante el órgano jurisdiccional competente para conocer de la acusación contra el presunto culpable por los hechos que se le imputan; el art. 273 establece que la acción penal respecto a los delitos perseguibles de oficio se ejercita por el fiscal. Puede, por excepción ejercitarse por el perjudicado en el caso de que el fiscal pida el sobreseimiento libre, total o parcial y el tribunal lo objete, si el fiscal insiste el tribunal podrá aceptar dicha solicitud o por el contrario, ofrecerá directamente el procedimiento al perjudicado, si lo hubiere, por un plazo que no excederá de 10 días hábiles por si decide ejercitar la acción penal, mediante la acusación particular.

Según establece el art. 270 sólo en este caso si se presenta el acusador particular a sostener la acción, el tribunal le dará al proceso el curso correspondiente. Cuando el perjudicado se manifiesta por su parte, ejercitará la acción penal en los mismos términos y condiciones que los establecidos para el fiscal.

La acción penal correspondiente a los delitos privados se ejercita, de acuerdo al art. 274, exclusivamente mediante querrela del perjudicado.

De acuerdo al art. 420 de la L.P.P. la acción penal por los delitos de calumnia e injuria se ejerce únicamente mediante querrela de la parte ofendida o de las personas llamadas a completar su capacidad legal.

1.1.1. LEGALIDAD Y OPORTUNIDAD

Algunos estudiosos han interpretado en un párrafo del art. 127 de la Constitución de la República la base para la aceptación del principio de oportunidad. El párrafo dice así: "La ley determina los demás objetivos y funciones, así como la forma, extensión y oportunidad en que la Fiscalía ejerce sus facultades al objeto expresado". Sin embargo la ley posterior a ella (la Ley 83 de la Fiscalía General de la República) no se pronuncia sobre este particular; no obstante en fecha reciente la ley 88 del 16 de febrero de 1999 sobre Protección de la Independencia Nacional y la Economía de Cuba establece que la Fiscalía General de la República ejerce la acción penal pública en representación del Estado en correspondencia con el principio de oportunidad, con lo cual consagra procesalmente, por primera vez, el ejercicio de este principio. No hay otra expresión procesal concreta del mismo; sin embargo el Código Penal en sus arts. 8.2 y 8.3 establece dos preceptos que en la práctica se han considerado como parte del principio de oportunidad. Estos artículos expresan lo siguiente:

Art. 8.2. No se considera delito la acción u omisión que, aún reuniendo los elementos que lo constituyen carece de peligrosidad social por la escasa entidad de sus consecuencias y las condiciones personales de su autor.

Art. 8.3. En aquellos delitos en los que el límite máximo de la sanción aplicable no exceda de un año de privación de libertad o de multa no superior a trescientas cuotas o ambas, la autoridad actuante está facultada para, en lugar de

remidir el conocimiento del hecho al tribunal, imponer al infractor una multa administrativa, siempre que en la comisión del hecho se evidencia escasa peligrosidad social, tanto por las condiciones personales del infractor como por las características y consecuencias del hecho.

A su vez la Disposición Especial del Código Penal establece que a los efectos de lo previsto en el apart. 3 del art. 81 la multa administrativa aplicable no podrá ser inferior a doscientos pesos ni superior a mil pesos.

No obstante, el límite máximo de la multa podrá extenderse hasta dos mil pesos cuando las circunstancias concurrentes en el hecho o en el infractor, así lo aconsejen.

En estos casos, además se impondrá, cuando proceda, la responsabilidad civil que sea exigible de acuerdo a lo dispuesto en este Código. Asimismo podrá procederse al comiso de los efectos o instrumentos del delito, aplicando en lo pertinente las regulaciones que respecto a la sanción accesoria de comiso se establecen en el art. 43 del Código Penal.

Si el culpable satisface el pago de la multa y cumple la responsabilidad civil dentro de los 3 días hábiles siguientes a su imposición; se tendrán por concluidas las actuaciones y el hecho, a los efectos penales, no será considerado delito. Si el infractor no acepta pagar la multa o no la abona, el actuante remitirá las actuaciones al fiscal o si es éste quien toma la decisión, lo hace al tribunal a los efectos pertinentes.

Como se observa el ámbito discrecional de la autoridad actuante es bastante amplio.

1.1.2. ORGANIZACIÓN DE LA FISCALÍA

La Constitución de la República regula en sus arts. 127 al 130 la organización y funciones de la Fiscalía General de la República.

El art. 127 establece que la Fiscalía es el órgano del Estado al que corresponde, como objetivos fundamentales, el control y preservación de la legalidad, sobre la base de la vigilancia del estricto cumplimiento de la Constitución, las leyes y demás disposiciones legales y la promoción y el ejercicio de la acción penal pública en representación del Estado.

El art. 128 establece que la Fiscalía General de la República constituye una unidad orgánica subordinada únicamente

de la Asamblea Nacional del Poder Popular y al Consejo de Estado, esto por supuesto partiendo del principio de unidad de poder que establece el art. 69 de la Constitución que expresa que la Asamblea Nacional del Poder Popular es el órgano supremo del poder del Estado, y el Consejo de Estado (art. 89) es el órgano de la Asamblea Nacional del Poder Popular que la representa entre uno y otro período de sesiones, ejercita los acuerdos de ésta y cumple otras funciones constitucionales.

La Constitución también establece que el fiscal general de la República recibe instrucciones directas del Consejo de Estado. Al fiscal general de la República corresponde la reglamentación de la actividad de la Fiscalía en todo el territorio nacional.

Los órganos de la Fiscalía están organizados verticalmente en toda la Nación, subordinados sólo a la Fiscalía General de la República y son independientes de todo órgano local.

El art. 129 establece que el fiscal general de la República y los vicefiscales generales son elegidos y pueden ser revocados por la Asamblea Nacional del Poder Popular a propuesta del Presidente del Consejo de Estado, también a su vez los fiscales de la Fiscalía General son designados por este órgano a propuesta del fiscal general; el resto de los fiscales los designa y revoca el fiscal general de la República de acuerdo a las causales que vienen establecidas en el art. 37 de la ley, para ello se dispone la formación de un expediente de separación mediante el procedimiento que se establezca en el Reglamento; en casos de notoria gravedad se puede disponer la formación del expediente de separación mediante procedimiento sumario.

El art. 130 de la Constitución establece que el fiscal general de la República rinde cuenta de su gestión ante la Asamblea Nacional del Poder Popular y la ley 83 regula que sea al menos una vez en cada legislatura. La legislatura tiene un término de 5 años.

La ya citada Ley 83 de la Fiscalía General de la República determina la siguiente estructura: Fiscalía General, fiscalías provinciales, fiscalías municipales y fiscalía militar. El fiscal general tiene entre sus atribuciones (art. 11 f) impartir a los fiscales indicaciones sobre el ejercicio de la acción penal pública en correspondencia con la política penal trazada por el Estado, y el j) ratificar o modificar los pronunciamientos que realicen los fiscales, cuando así fuere necesario.

1.1.3. FUNCIÓN DE LA POLICÍA Y BREVE NOTICIAS SOBRE SU ORGANIZACIÓN Y DEPENDENCIA POLÍTICA

Según la L.P.P. en su art. 111 se consideran auxiliares de las funciones judiciales:

- los oficiales, sargentos, soldados y auxiliares del Ministerio del Interior;
- los jefes de unidades de las Fuerzas Armadas Revolucionarias;
- los responsables de vigilancia de los Comités de Defensa de la Revolución (organización comunitaria de masas);
- los jefes de unidades de la Defensa Civil;
- los capitanes de naves y aeronaves cubanas.

La Policía es una dependencia del Ministerio del Interior, que a su vez forma parte y se subordina al Consejo de Ministros que según el art. 95 de la Constitución es el máximo órgano ejecutivo y administrativo y constituye el Gobierno de la República. Asimismo el art. 99 de la Constitución establece que el Consejo de Ministros es responsable y rinde cuenta, periódicamente, de todas sus actividades ante la Asamblea Nacional del Poder Popular.

El Ministerio del Interior de acuerdo a la Ley de Defensa Nacional pertenece a las instituciones armadas del país.

La Ley de Procedimiento Penal regula en su Capítulo II, Secciones I, II y III, arts. 119 y ss. la actuación de la Policía y del instructor quienes tienen las facultades que sumariamente pasamos a exponer:

- Detener al presunto autor.
- Imponer cualquiera de las medidas cautelares previstas en la ley, excepto la prisión provisional, cuya imposición es facultad exclusiva del fiscal.
- Tener a su cargo el expediente investigativo de todo hecho presuntamente delictivo en que se desconozca él o los autores, o éstos no hayan sido habidos o se encuentran detenidos.
- Practicar en los expedientes, todas las diligencias y acciones que conduzcan al esclarecimiento del hecho y a la determinación; identificación y en su caso búsqueda y captura del o de los presuntos autores.

1.2. Garantías individuales del imputado, defensa, inocencia, *nemo tenetur*, prohibiciones probatorias. *Ne bis in idem*, facultad de injerencia estatal y sistema de control judicial. La defensa pública, sistema y organización. Breve referencia empírica

No existe procedimiento especial de amparo constitucional, por lo cual cualquier infracción de las garantías en el proceso penal recogidas en la Constitución tiene que reclamarse por vía de recursos judiciales ordinarios o a través de queja a la Fiscalía General de la República quien por imperativo del art. 127 de la Constitución tiene el control y preservación de la legalidad. El procedimiento viene regulado en la ley 83 de la Fiscalía y el reglamento de la misma ley del 30/11/98. El art. 24 de esta ley establece que los fiscales atienden, investigan y responden en un plazo de 60 días las denuncias, quejas y reclamaciones que en el orden legal le formulan los ciudadanos.

Si en las investigaciones se aprecia que han sido violados los derechos de algún ciudadano, el fiscal actuante dispondrá mediante resolución que se restablezca la legalidad.

En caso de desacuerdo del quejoso con la decisión del fiscal se puede dirigir ante el fiscal superior o al fiscal general dentro del término de 30 días posteriores de haber recibido respuesta, fundamentando los motivos de inconformidad a los efectos de que se reexamine el asunto y se ofrezca la respuesta procedente. Las resoluciones del fiscal general no son recurribles. Según el art. 21 de la misma ley la resolución que emita el fiscal para que se restablezca la legalidad no puede interferir en la esfera de atribuciones exclusivas de los órganos y organismos del Estado por lo cual su competencia es limitada.

Las resoluciones son de obligatorio cumplimiento, por parte del órgano, autoridad o funcionario al cual se dirige, quien dispondrá de un plazo de 20 días para informar al fiscal sobre las medidas adoptadas.

1.2.1. DEFENSA

El art. 59 de la Constitución expresa que todo acusado tiene derecho a la defensa.

Este servicio es ofrecido por varias instituciones jurídicas, pero en la esfera penal son mayoritariamente abogados adscritos a los bufetes colectivos quienes lo hacen, esta constituye una organización autónoma, de interés social y de carácter profesional formada en 1973.

Se rige por el dec. ley 81 del 8 de junio de 1984 sobre el Ejercicio de la Abogacía y el Reglamento sobre el Ejercicio de la Abogacía, y por su Código de Ética profesional. El defensor es designado por el usuario a través de la concertación del correspondiente Convenio de Servicios Jurídicos, que constituye un contrato de prestación de servicios jurídicos. El abogado, en cualquier estado del proceso puede ser sustituido por decisión de su cliente. La organización de bufetes colectivos posee un sistema de remuneración al abogado por caso terminado, donde éste cobra una proporción de la tarifa que se cobra al cliente.

En el procedimiento penal ordinario al abogado defensor sólo le es posible participar en la fase de instrucción o fase preparatoria a partir de que el acusado sea parte en el proceso penal y ello es a partir de que el instructor le notifique resolución dictada o ratificada por el fiscal decretando la prisión provisional o imponiendo cualquier otra de las medidas cautelares autorizadas por la ley. En caso de que no se impongan medidas cautelares el abogado sólo puede comenzar su actuación a partir del auto de apertura a juicio oral, no pudiendo por tanto actuar en la fase preparatoria. En este caso, formuladas las conclusiones por el fiscal, se abre por el tribunal la causa a juicio oral, éste requiere a los acusados y terceros civilmente responsables a fin de que designen abogados para su defensa, de no tenerlos ya designados, bajo el apercibimiento de que de no hacerlo en el acto o, a más tardar, dentro de 5 días hábiles, se le nombrará defensor de oficio.

Como tal no existe defensoría pública, por lo cual el tribunal se lo comunicará al bufete que corresponda (en general están responsabilizados por territorio) quien nombrará de sus asociados a quien corresponda. El Estado, de su Presupuesto Central paga a la organización de Bufetes Colectivos cada año los honorarios que correspondan de acuerdo a las tarifas establecidas por las defensas realizadas de oficio.

Para los delitos, competencia de los tribunales municipales que pueden imponer hasta un año de privación de li-

berdad, no existe defensa de oficio, por tanto una buena cantidad de acusados (evidentemente la mayoría) se presentan al juicio oral sin abogados. Tampoco la ley establece como obligatoria la presencia del fiscal en estos casos. El fiscal decide si estará presente o no y en estos casos en la mayoría de los procesos tampoco está presente.

1.2.2. OTRAS GARANTÍAS INDIVIDUALES DEL IMPUTADO

1.2.2.1. Presunción de inocencia

El art. 1° de la L.P.P. establece que se presume inocente a todo acusado mientras no se dicte fallo condenatorio contra él y que todo delito debe ser probado independientemente del testimonio del acusado, de su cónyuge y de sus familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Todo delito debe ser probado independientemente del testimonio del acusado, de su cónyuge y de sus familiares hasta el 4° grado de consanguinidad. La sola declaración (dice el art. 1° de la L.P.P.) de las personas expresadas no dispensará de la obligación de practicar pruebas necesarias para la comprobación de los hechos. En relación con este aspecto hay interesantes sentencias del Tribunal Supremo como la 2.068 del 19 de agosto de 1978 publicada en el Boletín del Tribunal Supremo (Edición Ordinaria, Año 5, n° 2) que dice: "La única prueba practicada en el acto del juicio fue la declaración de la acusada y la del instructor, cuyo informe se basó en el testimonio de aquélla, por consiguiente existe una infracción del principio establecido en la Ley de Procedimiento Penal, por el que se postula que todo delito debe ser probado independientemente del testimonio del acusado, de su cónyuge y de sus familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, en virtud de lo cual la sola declaración de las personas expresadas no dispensará la obligación de practicar las pruebas necesarias para la comprobación de los hechos".

1.2.2.2. Imparcialidad

Está garantizada a través del procedimiento de Recusación y Excusa que aparecen en el Título III, arts. 22 al 30 de la L.P.P. sin embargo aunque los tribunales no participan de la indagatoria, según el art. 263 de la L.P.P. una vez presentado

el expediente por el fiscal solicitando la apertura a juicio oral el tribunal puede devolver el expediente que recibió del fiscal si observa que: 1) se han quebrantado en la tramitación de la fase preparatoria algunas de las formalidades del procedimiento; 2) es necesario ampliar las investigaciones previas; 3) los hechos narrados en las conclusiones provisionales no se corresponden con las investigadas en el expediente; 4) en el hecho imputado se ha omitido algún elemento o circunstancia que sin alterarlo fundamentalmente, pudiera afectar la calificación del delito o se ha incurrido en error en cuanto a ésta, en el grado de participación del acusado o en la concurrencia de circunstancias agravantes de la responsabilidad penal.

Estas facultades del tribunal han suscitado serios debates por entender que ataca la imparcialidad de los jueces en un momento anterior al juicio oral y de una u otra forma puede comprometer su decisión al momento de dictar la sentencia.

1.2.2.3. Publicidad

El art. 305 establece que el juicio oral es público a menos que razones de seguridad estatal, moralidad, orden público o el respeto debido a la persona ofendida por el delito o a sus familiares, aconsejen celebrarlo a puertas cerradas.

1.2.2.4. "Ne bis in idem"

Nadie puede ser procesado ni sancionado sino una vez por la misma infracción. El art. 290-2 establece como objetivo el previo y especial pronunciamiento de la cosa juzgada.

1.2.2.5. Impugnabilidad de las resoluciones judiciales

El Título VII, arts. 53 al 83 regula los Recursos de Queja, de Apelación, de Apelación contra Sentencias que impongan la Pena de Muerte, y el Recurso de Casación. Estos recursos están explicados en detalle más adelante.

1.2.2.6. Instructiva de cargos

El art. 161 de la L.P.P. establece que el instructor estará en el deber de hacerle saber al acusado de qué se le acusa

por quién y los cargos que se le dirigen, e instruirlo del derecho que le asiste para prestar declaración, si quiere hacerlo, lo cual podrá realizar en cualquier momento y cuantas veces lo solicite. Sin embargo, no existe un auto de procesamiento que con las formalidades del caso relate en detalle los cargos imputados y las pruebas existentes al momento de producirse la instructiva.

1.2.2.7. La no autoincriminación

Ningún acusado tiene obligación de declarar en su contra. Los arts. 161 y 312 de la L.P.P. establecen que ningún acusado tiene obligación de declarar en su propia causa.

El acusado manifiesta lo que entienda necesario en relación con los hechos. Puede expresar que se abstiene de dar respuesta a la pregunta que se le haya formulado.

1.2.2.8. Carga de la prueba para la acusación

El art. 1º de la L.P.P. establece la obligación de que todo delito sea probado independientemente del testimonio del acusado.

1.2.2.9. Derecho de última palabra para el acusado.

De acuerdo al art. 355 de la L.P.P. el presidente del tribunal al terminar el juicio oral preguntará a los acusados si tienen algo que agregar en su defensa y si contestan afirmativamente, les concede la palabra.

1.2.2.10. Prohibiciones probatorias

La Ley de Procedimiento Penal no establece prohibiciones probatorias expresas. Sin embargo existen regulaciones en la ley para la inspección en el lugar de los hechos, para tomar declaraciones a los acusados, a los testigos, dictámenes periciales, para la entrada y registro en lugares públicos, en domicilio privado y en naves o aeronaves extranjeras en los arts. 123 al 140 de la L.P.P. No existen recursos expresos de procedimientos de nulidad en la vía judicial cuando las

pruebas han sido practicadas indebidamente. Sólo puede interponerse procedimiento de revisión según el art. 456-1 de la L.P.P. cuando se haya quebrantado en la tramitación del proceso algunas de las formalidades o garantías esenciales del procedimiento o no se hayan practicado pruebas de importancia especial.

1.2.3. FACULTADES DE INJERENCIA ESTATAL Y SISTEMA DE CONTROL JUDICIAL

El Estado como tal desde el punto de vista constitucional y legal tiene facultades en relación con los tribunales en el nombramiento del presidente y vicepresidentes, presidentes y demás jueces integrantes del Tribunal Supremo Popular los que son elegidos por la Asamblea Nacional del Poder Popular; en el caso del presidente y vicepresidentes a propuesta del presidente del Consejo de Estado y los demás jueces a propuesta del presidente del Tribunal Supremo Popular, previa aprobación del Consejo de Gobierno de este tribunal.

Los jueces de los tribunales provinciales y municipales son elegidos por las respectivas Asambleas Provinciales del Poder Popular a propuesta del presidente del Tribunal Supremo también con la aprobación del Consejo de Gobierno. En el caso del presidente y demás jueces profesionales de los tribunales municipales populares, son elegidos por las respectivas Asambleas Provinciales del Poder Popular, previa a la elección se oye por éstas el parecer del presidente de la Asamblea Municipal del Poder Popular del territorio al que debe destinarse el juez de que se trate.

Los tribunales provinciales y municipales deben hacerlos a sus respectivas Asambleas territoriales acerca de temas de trabajo que realizan de acuerdo con el interés de dichas Asambleas, por lo menos una vez en el mandato (5 años en la provincia y dos y medio en el municipio).

De acuerdo al art. 90 ch) de la Constitución, el Consejo de Estado puede impartir instrucciones de carácter general a los tribunales a través del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular. En el inc. 90 i), también de la Constitución se establece lo mismo respecto a la Fiscalía General de la República.

No existen recursos de control constitucional contra decisiones de estos órganos que se entiendan vulneran la Constitución aunque el art. 75 de la misma establece el poder de la Asamblea Nacional para revocar disposiciones del Consejo de Estado; no existe en estos momentos ninguna norma jurídica que establezca el procedimiento correspondiente, habiéndose establecido un plazo de dos años para hacerlo según acuerdo de la Asamblea Nacional de 1997.

1.2.4. CONTROL JUDICIAL

El control judicial se desarrolla a través de los recursos y a través del control interno de la actividad judicial que realizan los tribunales superiores sobre los inferiores.

La Ley de Tribunales establece en sus artículos las siguientes atribuciones:

Art. 19.1. Corresponde al Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular... 1) Trasmitir a los tribunales las instrucciones de carácter general recibidas del Consejo de Estado. 2) Examinar y evaluar la práctica judicial de sus propias Salas y de los demás tribunales. 3) Ejercer el control y la supervisión de la actividad jurisdiccional de todos los tribunales. 4) Impartir instrucciones generales de carácter obligatorio para los tribunales y a los efectos de establecer una práctica judicial uniforme en la interpretación y aplicación de la ley.

Las facultades del presidente del Tribunal Supremo Popular según el art. 20 de la Ley de Tribunales, son:

- Solicitar para su examen, las actuaciones de procesos de que esté conociendo o haya conocido cualquier tribunal.
- Disponer que jueces profesionales del Tribunal Supremo Popular se constituyan en las sedes de los tribunales provinciales y municipales populares y examinen las sentencias dictadas y los procesos sustanciados, así como que obtengan los datos relativos a la actividad jurisdiccional de los tribunales, se informen sobre los problemas concernientes a la aplicación uniforme de la ley y dictaminen sobre la necesidad de acordar instrucciones al respecto o propuestas para el perfeccionamiento de la legislación.

Los presidentes de Sala del Tribunal Supremo Popular proponen al Consejo de Gobierno:

- Medidas que garanticen la interpretación y aplicación uniforme de las leyes por todos los tribunales en que respecta a cada rama especializada.
- Cuestiones concernientes a su especialidad en la práctica judicial de los demás tribunales que hayan sido visitados para el control, supervisión y asesoramiento de la actividad jurisdiccional.

Los presidentes de los tribunales provinciales populares están facultados para:

- Disponer que jueces del tribunal provincial popular se constituyan en las sedes de los tribunales municipales populares y examinen la actividad general de dichos tribunales, remitiendo al presidente del Tribunal Supremo Popular cuantos antecedentes significativos recojan en el ejercicio de su actividad.
- Solicitar para examinarlas, las actuaciones de cualquier proceso que esté conociendo o haya conocido alguna de las salas del tribunal que preside u otros tribunales municipales populares subordinados.

1.3. Característica del "juicio previo" a la condena e imparcialidad de los jueces del Tribunal de Sentencia (juez natural y exclusión de jueces en otro período del procedimiento)

La fase del juicio oral, está a cargo del tribunal competente, quien en ese interregno es el encargado de imponer, dejar sin efecto o modificar las medidas cautelares o que corrijan presuntos errores de la fase preparatoria o de las conclusiones acusatorias; el tribunal ejecuta los pasos previos para la celebración del juicio, admitiendo o denegando las pruebas propuestas por la acusación y la defensa, y guía la práctica de las pruebas y el debate penal en la vista oral.

Como ya dijimos el juicio oral es público: según los arts. 306 y ss. de la L.P.P.: el presidente del tribunal tiene todas las facultades necesarias para conservar o establecer el orden en las sesiones y mantener el respeto debido al tribunal y demás organismos públicos. El presidente dirige los

debates. El juicio oral comienza con el secretario dando cuenta del hecho que haya motivado la formación de la causa e informa si el acusado se encuentra sujeto a alguna medida cautelar, seguidamente da lectura a los escritos de calificación, las listas de peritos y testigos que se hayan presentado oportunamente. Las pruebas se practican a continuación en el orden siguiente:

- 1) declaración de los acusados y de los terceros civiles responsables;
- 2) documentales;
- 3) examen de testigos;
- 4) informe pericial.

Las pruebas se comienzan siempre por las propuestas por la parte acusadora.

Practicadas las pruebas, el fiscal y el defensor con vistas del resultado de las mismas pueden mantener como definitivas sus conclusiones provisionales o modificarlas en todo o en parte. La primera de las conclusiones (relato de los hechos) sólo puede ser modificada en cuanto ello no suponga incluir elementos o circunstancias que implique una alteración sustancial del hecho originalmente imputado. Estas modificaciones se presentan siempre por escrito. En esta oportunidad la parte acusadora puede retirar la acusación. Sólo la defensa puede mantener como definitiva dos o más conclusiones alternativas.

Cuando en el acto del juicio oral se produzcan revelaciones o retractaciones inesperadas que alteren sustancialmente el hecho imputado, o permita suponer, que deben responder de él persona contra quienes no se haya abierto el juicio, el tribunal de oficio o a instancia de la parte acusadora dispondrá la práctica de nuevas diligencias de prueba o alguna sumaria instrucción suplementaria, lo que comunicará por escrito al fiscal para su práctica; las nuevas diligencias de prueba y la sumaria instrucción suplementaria se realizarán en un término que no excederá de 20 días hábiles a partir del momento en que el fiscal reciba la correspondiente comunicación del tribunal y hasta el momento en que concluya la instrucción o la práctica de las pruebas. El defensor puede proponer también las pruebas que estime convenientes para ser incluidas en las nuevas diligencias o en la sumaria instrucción suplementaria. Terminada la instrucción la presen-

tará al tribunal proponiendo la continuación del juicio que previa declaración de nulidad de lo actuado con posterioridad al trámite de calificación retrotrajo el proceso a dicho trámite.

Terminada la práctica de pruebas el presidente concederá la palabra a la acusación y después a la defensa.

Se extiende acta de cada sesión del juicio y se hace constar en ella sucintamente todo lo que de importancia hubiere ocurrido, así como las protestas formales por las partes respecto a los testigos incomparecientes cuya asistencia se haya entendido necesaria y el tribunal haya prescindido de los mismos. La parte que formule la protesta tiene derecho a que se consigne la fundamentación de sus alegaciones.

El tribunal dicta sentencia dentro del término fijado en la ley apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio con valoración de las mismas, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los acusados.

En la sentencia no se puede sancionar por un delito más grave que el que haya sido calificado por la acusación, apreciar circunstancias agravantes no comprendidas en la misma, ni tampoco la participación del acusado que lleve consigo mayor gravedad que el que la acusación haya sostenido, agravar el concepto de la acusación en cuanto al grado de realización del delito, ni imponer sanción más grave que la solicitada por la acusación.

En la sentencia se resuelven todas las cuestiones que hayan sido objeto del juicio, sancionando o absolviendo a los acusados no sólo por el delito principal y sus conexos sino por todas las cuestiones incidentales. Realiza la modificación de la sentencia; en su caso recepciona y eleva al tribunal superior los recursos que se interpongan, después de admitidos, una vez resueltas estas impugnaciones y firme la sentencia, dispone lo pertinente para su ejecución, durante la cual resuelve las incidencias que se presenten.

1.4. Independencia política de los tribunales.

Reglas fundamentadas al respecto y organización

La Constitución de la República dedica los arts. 120 al 126 a los tribunales. Veamos los aspectos más relevantes:

Los tribunales constituyen un sistema de órganos estatales, estructurado con independencia funcional de cualquier otro y subordinado jerárquicamente a la Asamblea Nacional del Poder Popular y al Consejo de Estado. El art. 122 dice que los jueces, en su función de impartir justicia, son independientes y no deben obediencia más que a la ley.

El Tribunal Supremo Popular ejerce la máxima autoridad judicial y sus decisiones, en este orden, son definitivas.

El Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo dicta normas de obligado cumplimiento por parte de todos los tribunales y, sobre la base de la experiencia de éstos, imparte instrucciones de carácter obligatorio para establecer una práctica judicial uniforme en la interpretación y aplicación de la ley.

Según el art. 18.1 de la Ley de Tribunales (ley 82) el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular se integra por el presidente del tribunal, quien lo preside, por los vicepresidentes y por el presidente de cada una de las salas. A las sesiones del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, se invita al ministro de Justicia y al fiscal general de la República, quienes participan con voz pero sin voto.

Las salas del Tribunal Supremo Popular son las siguientes: Sala de lo Penal, de lo Civil y Administrativo, de lo Laboral, de los Delitos contra la Seguridad del Estado, de lo Militar y Sala Económica. Pueden crearse dentro de las salas, secciones para conocer de asuntos especializados cuando se requiera o cuando las necesidades del servicio así lo exijan. Existe también una Sala Especial del Tribunal Supremo Popular para conocer de los recursos que se establecen en primera instancia por las salas de lo Penal, de los Delitos contra la Seguridad del Estado y de lo Militar del Tribunal Supremo. Las revisiones contra sus propias sentencias que decidiendo los recursos a que se refiere el inciso anterior, y los procedimientos de inspección judicial que se promueven por las autoridades facultadas por la ley, contra las sentencias dictadas por la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo Popular. La Sala Especial del Tribunal Supremo Popular se integra por el presidente del tribunal, dos presidentes de sala, dos jueces profesionales y dos jueces legos de cualquier sala.

En los tribunales provinciales (uno como mínimo en cada provincia, con excepción de la Isla de la Juventud que tiene categoría provincial aunque de acuerdo a la organización de

los municipios del país es un municipio especial) se repite la misma estructura, con las mismas salas salvo la Sala de lo Militar que no se integra a este nivel a estos tribunales sino que forma tribunales militares independientes, aunque se unen en la máxima instancia en el Tribunal Supremo. Las salas de los tribunales provinciales se constituyen para los actos de impartir justicia por un juez profesional que la preside y dos jueces legos, sin embargo en los casos previstos en el reglamento de la ley se constituyen a los efectos de impartir justicia por tres jueces profesionales, uno de los cuales lo preside y dos jueces legos, en total 5 jueces.

Los tribunales municipales se integran por su presidente, presidente de secciones y demás jueces profesionales y legos. Los tribunales municipales no se dividen en salas, pero pueden crearse en ellos secciones que conozcan de las materias especializadas, cuando lo demande la densidad de la población, el volumen o la naturaleza de los asuntos, o el ámbito de competencia. Para los actos de impartir justicia se integran por un juez profesional y dos legos y siempre actúa como presidente el juez profesional.

De acuerdo con la ley 82 (Ley de Tribunales) la jurisdicción de los tribunales en sus distintos grados, se ajusta a las necesidades de la función judicial, la competencia de los tribunales, salas y secciones se establece en la legislación procesal correspondiente. En el caso de lo penal según el art. 4° de la L.P.P. corresponde a los tribunales provinciales populares de la Sala de lo Penal el conocimiento de los procesos que se originen en virtud de la comisión de hechos punibles comunes y contra la seguridad del Estado, sancionables con multa superior a mil cuotas, privación de libertad superior a tres años o muerte.

Los tribunales municipales populares son competentes para conocer de los índices de peligrosidad predelictiva y de los delitos cometidos en sus respectivos territorios, sancionables con privación de libertad que no exceda de tres años, o multa no superior a mil cuotas o ambas.

Corresponde a los tribunales militares el conocimiento de los procesos penales por la comisión de todo hecho punible en que resulte acusado un militar, aun cuando alguno de los participantes o la víctima sean civiles.

Asimismo los tribunales militares podrán conocer de los procesos penales por hechos cometidos en zonas militares,

con independencia de la condición de civil o militar que tengan los participantes en los mencionados hechos.

La jurisdicción, competencia, organización e integración de los tribunales militares, así como la elección, designación, revocación y responsabilidad de los jueces militares, están determinadas por la Ley de Tribunales Militares.

El art. 5° de la Ley de Tribunales establece que los tribunales están en la obligación de cumplir la Constitución y las demás disposiciones legales, así como las instrucciones de carácter general provenientes del Consejo de Estado que reciban por conducto del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

2. Síntesis acerca del procedimiento tradicional y todavía vigente, y su adecuación a los principios anteriores

2.1. Fuentes *strictu sensu* del Derecho procesal penal nacional

Las fuentes del Derecho procesal es la ley, la cual es aprobada por la Asamblea Nacional y los decretos leyes del Consejo de Estado que de acuerdo al art. 89 de la Constitución es quien la representa entre uno y otro período de sesiones. De acuerdo al sistema legal cubano ambas normas tienen igual fuerza legal. La única diferencia es que los decretos leyes pueden ser revocados por la Asamblea Nacional. Debe aclararse que el Consejo de Estado no es un órgano del Ejecutivo (en Cuba el Ejecutivo es el Gobierno el cual es ejercido por el Consejo de Ministros) sino que como dijimos anteriormente es el órgano de la Asamblea Nacional que la representa entre uno y otro período de sesiones, ejecuta los acuerdos de ésta y cumple las demás funciones que la Constitución le atribuye. Debe tenerse presente que la Asamblea Nacional tiene dos sesiones ordinarias al año y cada sesión raramente excede los 5 días, por lo cual necesita un órgano permanente que asuma buena parte de sus funciones cuando no está sesionando.

La Asamblea Nacional del Poder Popular basado en el principio de unidad de poder del Estado y no de la división de poderes es el órgano supremo del poder del Estado (arts. 69 y 70 de la Constitución).

Como ya hemos dicho el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular y la Fiscalía General de la República pueden dictar instrucciones para la aplicación de estas disposiciones legales, pero no pueden crear normas jurídicas. No se reconoce la jurisprudencia como fuente de Derecho ni la obligatoriedad de su cumplimiento por los tribunales inferiores de las sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo aunque tienen una innegable influencia sobre los mismos. La costumbre no es fuente de Derecho.

2.2. Estructura del procedimiento común, con determinación del órgano estatal que asume cada faz del procedimiento. Recursos contra la sentencia

El proceso penal comienza con la denuncia, aunque los delitos son perseguibles de oficio. El art. 116 de la L.P. plantea que el que presencie la perpetración de un delito o que de cualquier otra forma tenga la certeza de que se ha cometido, está obligado a ponerlo en conocimiento de un tribunal, fiscal, instructor, unidad de policía o en defecto de ésta la unidad militar más próxima al lugar en que se halle. La generalidad de las denuncias se hacen en la Policía o ella la interpone de oficio.

La Policía al tener conocimiento de un hecho delictivo puede: detener al autor, imponerle medidas cautelares excepto la privativa de libertad y ponerlo a disposición del instructor de la policía a las 24 horas de su detención, en caso en que se desconozcan los autores o éstos no hayan sido habidos practicará todas las diligencias y acciones que conduzcan al esclarecimiento del hecho y a la determinación, identificación y en su caso, búsqueda y captura del o de los presuntos autores. El fiscal, respecto a los expedientes investigativos a cargo de la Policía, cuando lo considere necesario y en lo pertinente, puede cumplir funciones de control y supervisión.

La fase preparatoria se abre cuando hay autores conocidos y constituyen las diligencias previas al juicio oral dirigidas a averiguar y a comprobar la existencia del delito y sus circunstancias, para la busca de la verdad material. Las diligencias de la fase preparatoria se practican directamente por

el instructor de la policía del Departamento de Seguridad del Estado o de la propia Fiscalía.

Estos instructores son directamente responsables de la planificación, ejecución y valoración de las acciones de instrucción, diligencias investigativas y trámites necesarios para la sustanciación de los expedientes de fase preparatoria, salvo aquellas actuaciones que según la ley requiere autorización del fiscal.

El fiscal ejerce el control de la fase preparatoria y los instructores cumplirán oportunamente las medidas e indicaciones que pueda disponer el fiscal.

La llamada fase intermedia, es responsabilidad del fiscal, quien en esa etapa confirma que la investigación está completa, y en el caso de que considere que falta alguna diligencia por practicar la devuelve al instructor para que la realice o la ejecuta él directamente; además, prepara el acta acusatoria con los requisitos legales requeridos solicitando al tribunal competente la apertura a juicio oral, aunque también puede interesar el sobreseimiento libre de las actuaciones o establecer algún incidente previo.

Puede asimismo solicitar sobreseimiento provisional cuando: a) no resulte suficientemente justificada la perpetración del delito que haya dado lugar a la formación del expediente; b) cuando resulte haberse cometido un delito y no haya motivo suficiente para acusar a determinada o determinadas personas como autores o cómplices. En cualquiera de estos casos revocará la medidas cautelares que se hubieren dictado.

El juicio oral está a cargo del Tribunal de Sentencias y los jueces que participan en él no han participado en ninguna otra etapa del procedimiento lo cual ha sido explicado en el punto 1.3.

2.2.1. RECURSOS CONTRA LAS SENTENCIAS

En la Ley de Procedimiento Penal aparecen los recursos contra las resoluciones: el recurso de queja y el recurso de súplica.

2.2.1.1. Recurso de queja

Es contra las resoluciones del instructor o del fiscal que puedan causar perjuicio irreparable. El recurso, debidamente

te razonado, debe establecerse dentro del tercer día de notificación de cada la resolución (art. 53 L.P.P.).

Recibido el recurso el fiscal resolverá lo que proceda mediante auto (debe ser razonado según el art. 42.2 de L.P.P.), contra esta resolución no cabe recurso alguno.

2.2.1.2. Recurso de súplica

Las resoluciones de los tribunales que no sean de mera trámite pueden ser recurridas en súplica salvo los casos en que la ley lo prohíba o conceda otro recurso.

El recurso de súplica, debidamente razonado, se interpone ante el propio tribunal que haya dictado la resolución, dentro de los tres días posteriores a su notificación, contra lo que decida el tribunal no cabe recurso alguno (art. 57 L.P.P.).

2.2.2. RECURSO DE APELACIÓN

La apelación procede, según los arts. 58 y ss. de la L.P.P. contra:

- sentencias de los tribunales municipales populares;
- autos de los tribunales provinciales populares que deniegan o rechazan de plano solicitudes de *habeas corpus*;
- sentencias que impongan la sanción de muerte;
- sentencias dictadas en causas en que habiendo solicitado el fiscal la sanción de muerte, el tribunal absuelve o sanciona otra distinta;
- autos que designan la solicitud de extradición;
- sentencias dictadas en juicios celebrados por el procedimiento abreviado.

Seguidamente la Ley de Procedimiento Penal desarrolla en los arts. 60 al 64 el recurso de apelación contra la sentencia de muerte que tiene como característica esencial que se resuelven por la sala correspondiente del Tribunal Supremo Popular y si no se establecen por el sancionado en el término legal se entenderá interpuesto y admitido de oficio.

La vista se celebra ajustándose a las disposiciones del juicio oral. El tribunal admitirá, en su caso, las pruebas que sean pertinentes y dispondrá de oficio las demás que estime necesarias.

Los arts. 380 y ss. establecen el procedimiento para el recurso de apelación contra la sentencia que dicte el tribunal municipal popular en delitos sancionables hasta con un año de privación de libertad. El recurso se establecerá para ante el tribunal provincial popular. La única causa de inadmisión es por haber sido establecido fuera del término legal. Las otras causas de inadmisibilidad serán de la apreciación exclusiva del Tribunal Superior, una vez recibidas las actuaciones.

El tribunal cita vista oral, salvo que la apelación sea sobre cuestiones de Derecho o esté dirigido a combatir la adecuación de la sanción impuesta por el tribunal municipal popular. La vista en caso de celebrarse puede reproducir total o parcialmente la prueba practicada por el tribunal municipal u otra que a su juicio sea útil.

En caso que la sentencia del tribunal municipal sea de más de un año de privación de libertad y no exceda de 3 años, el recurso de apelación se sustancia de la misma forma con la única diferencia de que el término para la interposición del recurso es de 5 días hábiles contados a partir de la fecha de la notificación de la sentencia y el recurso deberá estar autorizado con firma del letrado.

La instrucción 63 del 11 de mayo de 1977 del Tribunal Supremo Popular dispone que el tribunal superior no puede imponer sanciones a acusados absueltos por el tribunal inferior, a no ser que el recurso haya sido interpuesto por el fiscal.

2.2.3. RECURSO DE CASACIÓN

Aparece regulado en los arts. 67 y ss. de la Ley de Procedimiento Penal que lo permite contra: las sentencias de primera instancia de sala del Supremo o del tribunal provincial popular, salvo en casos de pena de muerte donde queda claro que el recurso que procede es la apelación; los autos de previo y especial pronunciamiento que pongan término al proceso, haciendo imposible su continuación o cualquier otra decisión que tenga los mismos efectos.

El recurso de casación puede interponerse por quebrantamiento de forma o por infracción de ley.

2.2.3.1. *Quebrantamiento de forma*

- Cuando se haya negado alguna diligencia de prueba que, propuesta en tiempo y forma por las partes, se considere pertinente.
- Cuando se haya omitido la citación del acusado, cualquiera que sea su situación procesal, o la de su abogado o de la parte acusadora.
- Cuando se desestime en el juicio oral una pregunta por considerarla sugestiva o impertinente dirigida a un testigo no siéndolo y tenga influencia en la causa.
- Cuando no se exprese en la sentencia, clara y terminantemente, cuáles son los hechos que se consideran probados, o resulte manifiesta contradicción entre ellos.
- Cuando no se resuelva en la sentencia todos los puntos de Derecho que hayan sido objeto de la acusación y la defensa.
- Cuando el tribunal dictó sentencia de un hecho o delito distinto al que se imputó, o un grado de participación diferente o de circunstancias modificativas sin invitar a las partes que se pronunciaran sobre el tema.
- Cuando la sentencia se dictó por un número de Jueces menor que el señalado en la ley o que haya sido recusado.
- Cuando se haya desestimado indebidamente la oposición formulada en relación con la querrela inicialmente inadmisibles por ausencia de alguno de los requisitos formales que la ley establece.

2.2.3.2. *Infracción de ley*

- Cuando los hechos probados se califiquen y sancionen como delito, no siéndolo; se sancionan, no obstante existir una circunstancia eximente de la responsabilidad penal o a pesar de que circunstancias posteriores a la sanción del delito impidan sancionarlo. Son circunstancias posteriores a la comisión de delito: a) la prescripción de la sanción penal; b) amnistía; c) el perdón de las personas ofendidas en los casos que proceda o que en virtud de ley posterior el hecho deje de ser punible.
- Cuando exista error de Derecho en la calificación del delito de acuerdo a los hechos declarados probados.

- Cuando exista error de Derecho al calificar la participación de algunos de los acusados en los hechos declarados probados.
- Cuando se haya cometido error de Derecho en la calificación de los hechos declarados probados en concepto de circunstancias agravantes, atenuantes o eximentes de la responsabilidad penal.
- Cuando los hechos que en la sentencia se declaren probados no se califiquen o no se sancionen como delito siéndolo, y sin que circunstancias posteriores de las anteriormente expresadas impidan sancionarlo.
- Cuando la medida de la sanción impuesta no corresponda, según la ley, a la calificación adoptada respecto al hecho justiciable, a la participación en él de los acusados, o a las circunstancias atenuantes o agravantes de la responsabilidad penal, o habiéndose impuesto la sanción dentro de la medida que la ley señala, no se haya hecho un adecuado uso del arbitrio judicial.

El recurso se interpone ante el propio tribunal dentro de los 10 días hábiles siguientes a la notificación del auto o sentencia. El tribunal lo traslada por 5 días al oponente. La sala sólo puede declarar inadmisibles si fuera interpuesto fuera del término. La cita inadecuada de un precepto autorizante no será obstáculo para la admisión del recurso si de los términos del mismo puede inferirse el propósito del recurrente y el precepto en que se ampara, siempre que cumpla los requisitos que la ley establece.

La sala decide la citación para vista y es su facultad contra la que no cabe recurso. La celebración de vista puede ser solicitada por las partes. La sala o sección que corresponda determinará al respecto, contra lo que resuelva no procederá recurso alguno (art. 74 de la L.P.P.).

2.3. **Noticias sobre procedimientos especiales.**

Breve referencia a procedimientos penales en manos de autoridades no judiciales (faltas o contravenciones y juzgamiento por tribunales militares)

Como ya explicamos el art. 5º de la L.P.P. establece que corresponde a los tribunales militares el conocimiento de los

procesos penales por la comisión de todo hecho punible en que resulte acusado un militar, aun cuando alguno de los participantes o la víctima sean civiles.

Asimismo los tribunales militares podrán conocer de los procesos penales por hechos cometidos en zonas militares con independencia de la condición de civil o militar que tengan los participantes en los mencionados hechos.

En estos casos la autoridad actuante dará cuenta con las actuaciones preliminares al fiscal militar.

Éste o el tribunal militar según dictamen 193 del 20 de junio de 1984 del Tribunal Supremo, puede mediante resolución fundada acordar que las actuaciones se remitan al tribunal provincial o municipal o a la Fiscalía que correspondan, por lo que la Fiscalía y los tribunales militares seleccionan los casos que le son de interés.

El Libro Sexto (arts. 385 al 497) de la L.P.P. establece que los Procedimientos Especiales son los siguientes:

TÍTULO I: Del modo de proceder para exigir responsabilidad penal a los miembros del Buró Político del Partido Comunista de Cuba, al presidente, vicepresidente y secretario de la Asamblea Nacional del Poder Popular, a los miembros del Consejo de Estados y del Consejo de Ministros, a los jueces del Tribunal Supremo Popular, al fiscal general de la República y a los vicefiscales generales.

En estos casos el Pleno del Tribunal Supremo Popular es competente para juzgar a estas personas.

En los casos de los miembros del Buró Político, el presidente, vicepresidente y secretario de la Asamblea y los miembros del Consejo de Estado y del Consejo de Ministros requieren previa autorización de los órganos a que pertenecen. La autorización la solicita el Tribunal Supremo Popular de acuerdo a las diligencias practicadas las que le son enviadas por el fiscal general de la República si las encuentra con méritos suficientes. Si la denuncia le es enviada por los órganos a que pertenecen obviamente no requieren la autorización expresada.

TÍTULO II: Del modo de proceder para exigir responsabilidad penal a los presidentes de tribunales y de salas, jueces profesionales y legos y fiscales.

En estos casos el tribunal competente es el tribunal de grado inmediato superior al del funcionario inculcado. El procedimiento se ajustará en su sustanciación a las normas correspondientes al delito de que se trate con las mismas garantías, formalidades y recursos que por aquélla se establecen.

TÍTULO IV: Procedimiento para aplicar medidas de seguridad pre y pos delictivas.

La competencia corresponde a los tribunales municipales populares.

En el primer caso (predelictiva) se inicia a solicitud del fiscal mediante escrito en el que se expondrán los hechos y las circunstancias y se propondrá también la medida de seguridad procedente. En los casos de enajenación mental, desarrollo mental retardado, embriaguez habitual, narcomanía y dipsomanía puede presentarla el tutor o representante legal y a falta de estos el familiar bajo cuyo cuidado se halle aquél.

Para la declaración de índice de peligrosidad predelictiva se realiza una comparecencia donde se oirá al presunto asegurado. En el acto es obligatoria la intervención del fiscal y de un defensor designado por el interesado o, en su defecto nombrado de oficio.

Contra la resolución que dicte el tribunal municipal popular se puede interponer recurso de apelación ante el tribunal provincial popular correspondiente.

En el caso de la medida de seguridad posdelictiva está atribuida al tribunal que corresponda el conocimiento del delito en cuya virtud se hubiere revelado el respectivo índice de peligrosidad.

TÍTULO V: Del ejercicio de la acción penal por delitos sólo perseguibles a instancia de parte.

La querrela requiere la dirección y firma del abogado.

El tribunal resuelve mediante auto lo que proceda sobre su admisión, si la admite dispondrá que se requiera al querrellado para que designe abogado que lo represente y defienda, bajo el apercibimiento de que de no hacerlo se le asignará de oficio. El abogado puede presentar pruebas y posteriormente el tribunal señala el juicio oral.

Título VI: La extradición sólo es posible en virtud de tratados vigentes o bajo el principio de reciprocidad.

Los arts. 435 al 441 regulan todas las formalidades.

Título VII: Contra acusados ausentes.

En caso de acusado ausente se suspende el procedimiento una vez concluida la fase preparatoria hasta que aparezca el acusado.

Título VIII: Procedimiento de revisión.

Se faculta al Ministerio de Justicia, presidente del Tribunal Supremo Popular y al fiscal general de la República para promover la revisión de las sentencias firmes y autos de sobreseimientos libres dictados por los tribunales provinciales populares y el Tribunal Supremo Popular en materia penal. En el caso de sentencias de los tribunales municipales populares cuando se haya impuesto sanciones privativas de libertad, multa o sanciones accesorias particularmente severas o significativamente benignas teniendo en cuenta el hecho o el autor. También es posible la revisión cuando se haya absuelto indebidamente al acusado.

Existen 18 causales que pueden dar lugar al procedimiento de revisión, muchas de las cuales son las mismas del recurso de casación. El tribunal competente es la Sala de lo Penal o contra la Seguridad del Estado del Tribunal Supremo Popular.

Se celebra vista oral con declaración del acusado y práctica de pruebas. En esta vista informan el fiscal y el defensor del sancionado.

Título IX: Procedimiento de *habeas corpus*.

Procedimiento que funciona como una defensa contra las detenciones arbitrarias y la prisión abusiva. Según el art. 467 de la L.P.P. "Toda persona que se encuentre privada de libertad fuera de los casos o sin las formalidades y garantías que prevén la Constitución y las leyes, debe ser puesta en libertad a petición suya o de cualquier otra persona, mediante un sumarísimo proceso de *habeas corpus* ante los tribunales competentes.

Título X: Procedimiento sumarísimo.

Éste se desarrolla en circunstancias excepcionales cuando el fiscal general de la República puede interesar al presi-

dente del Tribunal Supremo Popular y éste decida si se juzgan mediante este procedimiento los hechos delictivos competencia de los tribunales de justicia, excepto lo que sea competencia de los tribunales municipales populares.

En el procedimiento sumarísimo en la medida que el tribunal competente estime necesario se reducen los términos que esta ley establece para la tramitación de las diligencias previas, el juicio oral y los recursos (art. 480 de la L.P.P.)

Título XI: Procedimiento abreviado.

El procedimiento abreviado fue establecido por el dec. ley 151 de 1994 para los casos de delito sancionables de 1 a 8 años de privación de libertad cuando se trate de delitos flagrantes o cuando siendo evidente el hecho y la participación en él del acusado, éste se halla confeso en cuyo caso el fiscal dentro de las 72 horas siguientes al haber tenido conocimiento del caso a través del instructor, procederá del modo siguiente: 1) dispondrá el inicio del expediente de fase preparatoria, señalando al instructor las diligencias o trámites indispensables para completar las actuaciones para lo cual podrá disponer de un término prudencial que en ningún caso podrá exceder de 20 días naturales, improrrogables o declarará que no es necesario practicar nuevas diligencias por hallarse completas las actuaciones. El fiscal también decidirá sobre la situación procesal del acusado, oído el parecer del instructor.

Una vez decidido por el fiscal el inicio del procedimiento abreviado se le comunicará de inmediato al acusado, informándole además lo resuelto por el fiscal con respecto a su situación procesal. A partir de este momento el acusado será parte y podrá designar defensor.

Terminado el expediente, el fiscal, en un término de 72 horas lo examinará y si lo halla completo, formulará la acusación y lo remitirá al tribunal competente con su escrito de conclusiones donde consignará los medios de prueba de que intenta valerse o proponer al tribunal que se prescinda de la práctica de prueba en el juicio oral o que se practiquen sólo aquellas que resulten indispensables.

Esta solicitud debe ser fundada. En este caso el tribunal podrá disponer que en el acto de juicio oral se prescinda de las pruebas o se practiquen sólo las solicitadas originalmente por el fiscal.

2.3.1. FALTAS O CONTRAVENCIONES

Las faltas o contravenciones son actualmente totalmente administrativas, se imponen multas que sólo pueden ser apeladas ante la autoridad administrativa superior. El Código Penal tipifica en su art. 170 el delito de incumplimiento derivado de la Comisión de Contravenciones competencia de los tribunales municipales. Este artículo textualmente establece lo siguiente:

- 1) El que no cumpla las obligaciones derivadas de una resolución que haya agotado sus trámites procesales legales, dictada por autoridad o funcionario competente relativa a las contravenciones, incurre en sanción de privación de libertad de 1 a 6 meses.
- 2) El tribunal en el caso previsto en este artículo, puede sustituir la sanción privativa de libertad por la de trabajo correccional con internamiento.
- 3) En el caso previsto en el apartado 1 sólo se procede si media denuncia de la autoridad o funcionario que dictó la resolución de que se trate. Si antes de dictarse sentencia, el acusado satisface las obligaciones derivadas de dicha resolución, se archivarán las actuaciones.

2.3.2. SOLUCIONES ALTERNATIVAS AL PROCESO PENAL

Las únicas posibilidades alternativas al proceso penal son las explicadas cuando hablamos de oportunidad y legalidad que aparecen en los arts. 8.2 y 8.3 del Código Penal. Existen también los llamados delitos paralelos que a la vez son contravenciones administrativas cuya consideración como tal están a decisión de la autoridad actuante.

2.4. Breves noticias sobre ejecución penal

La ejecución está a cargo del tribunal que haya dictado la sentencia (art. 490 L.P.P.). Para la ejecución de la misma adoptará, sin dilación, las medidas y disposiciones que en cada caso se requieran, librando las órdenes y despachos indispensables a ese fin. Cuando el tribunal a quien corresponda la ejecución no pueda practicar por sí mismo todas las diligencias necesarias comisionará al de la localidad en

que debe tener efecto para que las practique. El tribunal realiza la liquidación de la sanción, que sirve de base a las autoridades y funcionarios encargados de los establecimientos penitenciarios y a otros centros en que se haya de cumplirse para determinar la fecha de su extinción. La facultad del tribunal para ejecutar la sentencia comprende la de resolver las cuestiones e incidentes que se susciten en relación a su ejecución y excluye, por tanto, la de otra autoridad vigente o diseñada.

La sanción de privación de libertad se cumple en los centros penitenciarios que son dirigidos y administrados por el Ministerio del Interior. El control judicial se lleva a cabo por el tribunal sancionador para los efectos de cambios en la sanción (sustituir la privación de libertad a otras alternativas), licencia extrapenal o libertad condicional

3. Reforma ya vigente o diseñada

3.1. Proyectos actuales y su estado (reforma total o parcial). Perspectivas

En los actuales momentos no se encuentra en tramitación legislativa ningún proyecto que reforme al procedimiento.

3.2. Reformas recientes

Es de significar la nueva legislación aprobada por la Asamblea Nacional el 11 de julio de 1997, Ley de Tribunales Populares (Ley 82) y la Ley 83 de la Fiscalía General de la República.

Los aspectos fundamentales de la nueva Ley de Tribunales son los siguientes:

- 1) Se encarga al Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (integrado por el presidente del Tribunal Supremo Popular, los vicepresidentes y los presidentes de cada una de las salas) del autogobierno de los tribunales, parte del cual (aspectos administrativos, financieros y de cuadros) estaban confiados al Ministerio de Justicia hasta la promulgación de la presente ley.

- 2) De conformidad con el art. 52 de la ley los jueces tanto profesionales como suplentes son elegidos sin sujeción a término de mandato; según la ley anterior eran por un término de 5 años.
- 3) Se establece que las promociones de los jueces se realizan según los resultados de los concursos de oposición y de mérito que convoca el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

Éstos son algunos de los aspectos más novedosos que se plantean en la referida ley.

Por su parte la Ley 83 de la Fiscalía General de la República, es la primera ley orgánica que se promulga en Cuba donde se regulan todos los aspectos generales del funcionamiento de esta institución. Sus aspectos más importantes son los siguientes:

1) Se establece en el art. 8º sus funciones fundamentales entre las que se destaca promover y ejercitar la acción penal pública en representación del Estado; actuar ante violaciones de los derechos constitucionales y las garantías legalmente establecidas y frente a las infracciones de la legalidad en los actos y disposiciones de organismos del Estado y sus dependencias, velar por la legalidad en la tramitación de los procesos judiciales y por el respeto de las garantías constitucionales y procesales. La ley también faculta a la Fiscalía para incoar e instruir directamente expedientes de fase preparatoria u otras actuaciones previas en los procesos penales, de conformidad con las leyes procesales vigentes, asimismo tiene la obligación de comprobar el cumplimiento de las sanciones y medidas de seguridad detentivas. También debe comprobar el cumplimiento de las leyes, reglamentos y disposiciones sobre el tratamiento a menores de edad infractores o con trastornos de conducta y de los menores acogidos en instituciones asistenciales.

La ley dispone que los fiscales se nombran por tiempo indefinido; anteriormente eran por 5 años y sólo pueden ser separados mediante expediente de corrección disciplinaria. Asimismo se ratifican los principios constitucionales de unidad orgánica y subordinación a la Asamblea Nacional del Poder Popular y al Consejo de Estado.

El art. 28 de la nueva Ley de la Fiscalía establece que la misma está facultada para realizar inspecciones, con el fin

de comprobar el cumplimiento de la legalidad en los establecimientos penitenciarios, centros de reclusión de asegurados, centros correccionales, unidades en que se cumpla la prisión provisional y cualquier otro centro de reclusión, internamiento o detención, para ello el fiscal tiene las facultades siguientes: examinar documentos y expedientes de cualquier detenido, acusado, sancionado o asegurado; revisar instalaciones y locales habilitados al efecto, comprobar la legalidad de las órdenes y disposiciones dictadas por el órgano o autoridad correspondiente, entrevistar detenidos, acusados en prisión provisional, sancionados o asegurados, realizar verificaciones y emitir resoluciones para que se restablezca la legalidad quebrantada en casos de infracción.

Se han realizado también algunas otras modificaciones al procedimiento penal que pasamos a explicar:

El dec. ley 87 del 22 de julio de 1985 sobre el procedimiento de revisión de las sentencias firmes y de los autos de sobreseimientos libres dictados por los tribunales provinciales, Tribunal Supremo y por los tribunales municipales en materia penal, que amplía las posibilidades de revisar las aludidas resoluciones judiciales elevando de 8 a 19 las causales de revisión. Esta ley es uno de los primeros pasos que se dieron a mediados de la década de los 80 para el desarrollo de una nueva política penal que pretendía abrir más la posibilidad de enmendar posibles errores judiciales que se hubieren cometido después de una etapa basada en una severa represión del delito inspirada en una política criminal que consideraba el delito un "rezago" de la sociedad capitalista.

El dec. ley 128, del 18 de junio de 1991, cambió los trámites a seguir en los procesos, competencia de los tribunales municipales populares; la otra modificación la introdujo el dec. ley 151, del 10 de junio de 1994, que adicionó una nueva forma de sustanciación, en determinados casos, denominada "procedimiento abreviado" la cual ya explicamos anteriormente. Además de simplificar algunos trámites de la fase preparatoria.

Veamos algunos detalles:

Las transformaciones insertadas por el dec. ley 128 de 1991, se circunscribieron a los delitos de la competencia de los tribunales municipales, siendo trascendente que por primera vez la figura del fiscal en esta instancia ejerza funcio-

nes de supervisión y lo faculta para proceder al archivo provisional de aquellas actuaciones donde no resulte suficientemente justificada la realización del delito o no se aporten las pruebas requeridas para estimar a una o más personas culpables y para archivar definitivamente los casos que están que el hecho no constituye delito, sean éstos falsos o estén exentos de responsabilidad penal por algunas de las causas establecidas en la ley.

Se faculta también a la policía para archivar provisionalmente las actuaciones, cuando no sean conocidos los autores, siempre bajo la supervisión del fiscal. Realiza así mismo el carácter sumario del proceso; regula los términos procesales para los que intervienen como sujetos del proceso; y se establece un término conminatorio para los casos de actuaciones con detenidos o presos. En los casos de índice de peligrosidad, se sustituye la vista oral por una comparecencia del presunto acusado asegurado, asistido de un representante, siendo obligada la presencia del fiscal, por lo que sin duda la reforma se hizo en detrimento de garantías procesales al sustituir el juicio oral por una comparecencia del acusado.

En cuanto al procedimiento por índice de peligrosidad predelictivo el dec. ley 151 modificativo de la L.P.P. atribuye por vez primera en el país, facultades a la policía para dejar en libertad al detenido, imponerle al acusado la medida cautelar de fianza en efectivo, o dar cuenta al instructor con el detenido y las actuaciones, éste a su vez puede dejar sin efecto la detención, imponer algunas de las medidas cautelares no detentivas, o revocar o modificar la que haya dispuesto la policía o proponer al fiscal la imposición de la medida privativa de libertad. El fiscal puede decretar la detención preventiva del imputado dentro del término de 72 horas o imponer cualquier otra e incluso ponerlo en libertad. Para adoptar su decisión el fiscal podrá entrevistar al acusado y practicar cualquier otra diligencia necesaria.

De acuerdo a estas modificaciones, la fase preparatoria se divide en dos etapas independientes: la fase investigativa y la propiamente llamada fase preparatoria; es de señalar que la fase investigativa comprende aquellos hechos que revisten caracteres de delito pero no tienen autor conocido, o incluso aún cuando éste se ha identificado, no ha sido posi-

ble vincularlo al procedimiento penal, etapa ésta que se encuentra a cargo de la policía y comienza desde el momento en que se denuncia un hecho delictivo o por otras vías se conoce de la posible comisión de éste, y se agota con el descubrimiento y la aprehensión de su presunto comisario (arts. 123 y 124).

Una vez determinado el autor y no resultar habido en un término de 72 horas, se archivará provisionalmente el expediente investigativo, previa requisitoria del acusado y la correspondiente aprobación por el fiscal de la resolución que dispuso dicho archivo.

El fiscal y los jefes de las unidades o de las correspondientes instituciones de la policía podrán disponer la puesta en curso de los expedientes investigativos archivados que se consideren procedentes.

Todas las acciones y diligencias practicadas durante la tramitación del expediente investigativo, serán válidas, para en su caso, sustanciar el expediente de fase preparatoria y presentar las actuaciones al tribunal.

4. Observaciones jurídico-empíricas

4.1. Breve desarrollo jurídico-empírico

4.1.1. ENCARCELAMIENTO PREVENTIVO

En el Capítulo II de la L.P.P. de los arts. 244 al 262 se regula todo lo concerniente al aseguramiento del acusado.

La prisión provisional procede siempre que concurren las circunstancias siguientes: que conste de las actuaciones la existencia de un hecho que reviste caracteres de delito y que aparezcan motivos bastantes para suponer responsable penalmente del delito al acusado independiente de la extensión y calidad de la prueba que se requiere para que el tribunal pueda formar su convicción en el acto de dictar sentencia. Sin embargo el art. 253 de la L.P.P. establece que puede decretarse una medida distinta de la prisión provisional siempre que se aprecien en la persona del acusado buenos antecedentes personales y de conducta y que el delito que se le imputa no haya producido alarma, que no sea de los que se cometen con frecuencia en el territorio de la respectiva provincia o municipio o cuando no existan elementos suficien-

tes para estimar fundadamente que el acusado tratará de evadir la acción de la justicia.

El art. 258 de la expresada ley establece que están excluidos del beneficio de gozar de libertad provisional bajo fianza los acusados en los delitos contra la seguridad del Estado y en los delitos para los cuales la ley establece sanción de muerte o la máxima de privación de libertad.

Como ya hemos señalado al efectuarse la detención la Policía no podrá mantener una persona detenida por más de 24 horas. Dentro de ese término lo debe poner en libertad o imponerle alguna de las medidas cautelares previstas en la ley, excepto la prisión provisional, que sólo podrá aplicarse por el fiscal que corresponda. En el término mencionado dará cuenta al instructor el cual dispone de un máximo de 72 horas para tomar alguna de estas decisiones: 1) dejar sin efecto la detención; 2) imponer algunas de las medidas cautelares no detentivas, o revocar o modificar las que haya dispuesto la Policía, y 3) proponer al fiscal la imposición de la medida cautelar de prisión provisional. El fiscal a su vez dispone de 72 horas para aplicar cualquier medida cautelar o disponer la libertad del acusado. En la resolución, decretando la prisión provisional del acusado, podrá excepcionalmente disponerse, por razones de seguridad estatal, que aquél reserve la proposición de pruebas para después que se abra la causa a juicio oral. En estos casos el acusado y su abogado no tendrán acceso a las actuaciones correspondientes a la fase preparatoria mientras se estén practicando.

De acuerdo al art. 251 de la L.P.P. la prisión provisional sólo puede mantenerse mientras subsistan los motivos que la originaron. La modificación puede realizarla el fiscal y después de abierto el proceso a juicio oral se dispone por el tribunal. El acusado o su defensor podrán solicitar en cualquier momento la modificación de la medida cautelar y en estos casos el fiscal o tribunal decidirán al respecto de la solicitud de modificación de la medida cautelar en un término que no excederá de 5 días hábiles contados a partir del momento de dicha solicitud. Contra esta decisión el solicitante puede establecer el recurso correspondiente.

Según la instrucción 53 del 9/6/75 del Tribunal Supremo la modificación de la medida cautelar de prisión provisional procede cuando su duración alcance el límite inferior de la sanción señalada para el delito.

La instrucción 137 del 11/1/90 del Tribunal Supremo recomienda la adopción de medida cautelar de prisión provisional para los casos de delito que revistan un significativo grado de peligrosidad social.

La duración promedio de la prisión provisional es de 6 meses, el porcentaje es de un 7 % del total de condenados a pena privativa de libertad y se impone en menos de la tercera parte de los casos en los delitos competencia de los tribunales provinciales y algo menos del 15 % de los casos en los tribunales municipales.

4.1.2. MEDIDAS ALTERNATIVAS

El art. 255 de la L.P.P. establece como medidas cautelares además de la prisión provisional las siguientes:

- 1) Fianza en efectivo.
- 2) Fianza moral de la empresa o entidad donde trabaje el acusado o el sindicato u otra organización social o de masas a que pertenezca.
- 3) Reclusión domiciliaria.
- 4) Obligación contraída en acta de presentarse periódicamente ante la autoridad que se señale.

4.1.3. DURACIÓN DEL PROCEDIMIENTO COMÚN. PROCEDIMIENTO ABREVIADO

El procedimiento común tiene una duración promedio de 2 meses en los casos de competencia de los tribunales municipales y 4 meses en los casos de competencia de los tribunales provinciales hasta la primera instancia.

La duración del procedimiento abreviado no está disponible con estadísticas confiables.

4.1.4. ORGANIZACIÓN JUDICIAL

Los jueces penales profesionales son 7,2 por 100.000 habitantes; debe recordarse que en la instancia provincial pueden llegar en ciertos casos a 3 jueces profesionales, aunque una buena parte de los procesos es con un juez profesional que preside la sala y dos legos.

En la instancia municipal es sólo un juez profesional quien a su vez preside la sala y dos jueces legos. En el Tribunal Supremo se constituye sala siempre con 3 jueces profesionales.

Los fiscales son 6,5 por 100.000 habitantes.

4.1.5. VALORACIÓN DEL SISTEMA

El sistema funciona en mi opinión con un nivel aceptable de eficiencia en cuanto a su celeridad, los problemas fundamentales son de carácter cualitativo, de control de garantías y de eficiencia técnica.

4.2. Problemas y deficiencias del procedimiento vigente

Existe una variedad importante de problemas, sin embargo los fundamentales son en nuestra opinión los siguientes:

- 1) Necesidad de disminuir el peso de los elementos inquisitivos y aumentar el contenido que se corresponda con las instituciones del modelo acusatorio.
- 2) La organización de los tribunales es muy jerarquizada lo cual en la práctica puede ser un obstáculo a la independencia de los jueces.
- 3) Regular con mayor precisión la intervención del fiscal en el control de las actuaciones que realiza la Policía y las decisiones que se adoptan cuando en la investigación de hechos delictivos no resultan descubiertos los posibles autores. Debe separarse al instructor orgánicamente de la institución policial.
- 4) Posibilitar una participación más temprana del defensor en todos los casos y no sólo cuando se apliquen medidas cautelares. La participación debe ser desde el momento de la detención.
- 5) La intervención del tribunal previo al juicio debe limitarse aún más a fin de que no se prejuzgue en cuanto al caso concreto.
- 6) Necesidad de un juez de garantías que vigile el cumplimiento de éstas en la fase preparatoria, incluyendo la imposición de medidas cautelares. Ampliar las garantías de los procesados y sospechosos en cuanto a algunas actuaciones que tengan directa relación con

los derechos fundamentales en el proceso penal reconocidos constitucionalmente.

- 7) Las reglas procesales del principio de oportunidad requiere una mayor reglamentación estando actualmente reguladas casuísticamente por el fiscal general y el Ministerio del Interior.
- 8) Deben adoptarse medidas dirigidas al perfeccionamiento de la realización práctica de los juicios orales, enriqueciendo el debate oral, disminuyendo la carga formal.
- 9) La motivación de las sentencias penales debe recogerse expresamente en la ley, así como su debida congruencia con el relato de los hechos dados por probados.
- 10) Debe darse un mayor protagonismo a la víctima del delito y en su caso al perjudicado, dándole mayor amplitud a la institución del acusador particular.

5. Apéndice legislativo

5.1. Cronología

Ley de Enjuiciamiento Criminal promulgada en España por Real Decreto de 1882 y que con algunas modificaciones se hizo extensiva a Cuba y Puerto Rico por Real Decreto del 19 de octubre de 1888.

Ley Procesal de la República de Cuba en Armas del 28 de julio de 1896 la cual fue puesta nuevamente en vigor en el territorio controlado por el Ejército Rebelde en febrero de 1958 (lucha contra la dictadura de Fulgencio Batista y en 1959 hecha extensiva a todo el territorio nacional.

Orden 92 del 26 de junio de 1899 del Primer Gobierno Interventor Norteamericano, modifica los arts. 916 al 952 relativo a los recursos de casación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Orden 213 de mayo de 1900 también del Primer Gobierno Interventor Norteamericano que regula el procedimiento de los juicios de faltas y delitos que conocen los jueces correccionales.

Orden 427 del 15 de octubre de 1900 del mismo Gobierno Interventor Norteamericano que establece el procedimiento de *habeas corpus*.

Dec. ley 491 del 14 de septiembre de 1934 que crea los tribunales de urgencia. Otras legislaciones relacionadas con estos tribunales son el dec. ley 499 del 21 de septiembre de 1934, el dec. ley 549 del 29 de septiembre de 1934, ley 12 del 15 de marzo de 1935, ley del 13 de octubre de 1936, dec. ley 696 del 28 de marzo de 1936, el acuerdo ley 3 de 1942 de Seguridad y Orden Público también introduce modificaciones al procedimiento de urgencia, fue puesto en vigor mediante el dec. 127 de 1942.

Ley 7 del 31 de mayo de 1949 (crea la Sala de Garantías Constitucionales y Sociales del Tribunal Supremo) que le da competencia para el recurso de apelación en materia de *habeas corpus* y otros aspectos del procedimiento penal.

Reglamento 1 dictado por el Alto Mando del Ejército Rebelde el 21 de febrero de 1958 se hizo extensivo a todo el territorio de la República de Cuba por la ley 39 (Gaceta Oficial del 2 de febrero de 1959) contiene numerosas normas procesales y declara como supletoria la Ley Procesal Penal de Cuba en Armas de 1896. La ley 33 del 29 de enero de 1959 también le introdujo modificaciones a esta ley procesal. La ley 634 del 20 de noviembre de 1959 la establece como el procedimiento para juzgar a los acusados por delitos contrarrevolucionarios.

Ley de Reforma Constitucional del 27 de octubre de 1959 introduce modificaciones constitucionales que le dan competencia a los tribunales revolucionarios y declara inaplicable a los acusados o detenidos por delitos contrarrevolucionarios el procedimiento de *habeas corpus*.

Ley 634 del 20 de noviembre 1959 que establece que la Ley Procesal de la República de Cuba en Armas, con las modificaciones que se le introducen tienen competencia para conocer de los delitos contrarrevolucionarios.

Ley 6 de agosto 1972 aprueba la Ley de Procedimiento Penal Militar.

Ley 1250 del 23 de junio de 1973 de Organización del Sistema Judicial.

Ley 1251 del 25 de junio de 1973 de Procedimiento Penal, derogó la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Ley 3 del 8 de agosto de 1977, promulga una nueva ley de tribunales militares.

Ley 4 del 15 de agosto de 1977, nueva Ley de Organización del Sistema Judicial para atemperarla a la Constitución de 1976.

Ley 5 del 13 de agosto de 1977 aprueba una nueva Ley de Procedimiento Penal.

Decreto ley 87 del 22 de julio de 1985, se modifica el Procedimiento de Revisión de la Ley de Procedimiento Penal ampliando las causales.

Ley 70 del 12 julio de 1990 crea una nueva Ley de Tribunales Populares.

Decreto ley 128 del 18 de julio de 1991 que introduce nuevas modificaciones al procedimiento penal.

Decreto ley 151 del 10 de junio de 1994 modifica nuevamente la L.P.P.

Ley 82 de Tribunales Populares de julio de 1997.

Ley 83 de la Fiscalía General de la República de julio de 1997.

6. Apéndice bibliográfico

6.1. Artículos en revistas

ARRANZ CASTILLERO, Vicente: "Las garantías jurídicas fundamentales de la justicia penal en Cuba", *Revista Cubana de Derecho*, 4, 1991.

- "Las acciones de instrucción", *Revista Cubana de Derecho*, 8, 1992.

AMARO SALUP, Raúl: "El sumario y la intervención del fiscal en la fase preparatoria", *Revista Cubana de Derecho*, 3, 1992.

BODES TORRES, Jorge: "Cambios en el procedimiento de los tribunales municipales", *Revista Cubana de Derecho*, 5, 1992.

CANDIA FERREYRA: "Problemas actuales de la legislación procesal penal", *Revista Cubana de Derecho*, 4, 1991.

MERINO BRITO, Eloy: "El proyecto de Ley de Procedimiento Penal", *Revista Cubana de Derecho*, 3, 1973.

PÉREZ SARMIENTO, Eric: "Estudio de la fase preparatoria en el proceso penal cubano", *Revista Jurídica*, 6, 1989.

RODRÍGUEZ GAVIRA, Antonio: "Algunas ideas sobre la modificación de nuestra Ley de Procedimiento Penal", *Revista Cubana de Derecho*, 6, 1988.

SEFER ZÁRATE, Ismael: "Acerca de la Ley de Procedimiento Penal", *Revista Cubana de Derecho*, 22.

6.2. Libros

- BODES TORRES, Jorge: *Cuba, judicatura y procedimiento penal*. Ediciones de la Asamblea Nacional, 1996.
- *La detención y el aseguramiento del acusado en Cuba*. 2ª ed., Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1996.
- MARTÍNEZ, José Agustín: *Ley de Seguridad y de Orden Público. Exposición. Concordancias y comentarios*, Jesús Montero, 1942.
- MERINO BRITO, Eloy: *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Editora Universitaria, Instituto del Libro, La Habana, 1967.
- PRIETO MORALES, Aldo: *Derecho procesal penal*, Ochoa, La Habana, 1977.

EL SALVADOR

Por JOSÉ RICARDO MEMBREÑO*

El proceso de reforma judicial en América latina ha ocupado uno de los lugares importantes en la agenda política de nuestros países en las dos últimas décadas. Esta situación ha sido producto de la restauración de incipientes democracias en la región a partir de la extinción de regímenes militares dictatoriales que desaparecieron por diversas vías: elecciones, procesos revolucionarios impulsados por movimientos populares, o golpes de Estado encabezados por grupos de militares, en algunos casos actuando bajo presión de la sociedad civil.

El Salvador no escapa a esa dinámica, el 15 de octubre de 1979 se produce un golpe de Estado impulsado por un grupo de militares con la finalidad de derrocar al presidente de turno, el Gral. Carlos Humberto Romero;¹ pero que además pretendían a partir de una proclama revolucionaria abor-

* El autor es abogado investigador y coordinador del área de estudios y capacitación del Centro de Estudios Penales de El Salvador CEPES órgano ejecutor de la Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho FESPAD; profesor de la Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura en el área de las Ciencias Penales, y además es profesor de Derecho penal y procesal penal en prestigiosas universidades del país.

¹ El general Romero es el último presidente militar electo en elecciones fraudulentas el 20 de febrero de 1977 cuando el partido gobernante era el aún existente Partido de Conciliación Nacional (PCN) que mantuvo el poder desde 1962 respondiendo a los intereses de la oligarquía salvadoreña, quienes para asegurar su hegemonía se respaldaban en el ejército y elegía sus candidatos de entre los jefes del ejército más cercanos a ellos en reuniones celebradas en la Escuela Militar, lugar donde se aseguraba el nuevo Presidente de la República.

tar la efervescencia social impulsada por las organizaciones populares que propugnaban por un cambio revolucionario en el *status quo* imperante en la época. Inmediatamente se forma un gobierno provisional de facto materializado en la Junta Revolucionaria de Gobierno integrada por tres civiles que en teoría representaban a todos los sectores sociales y dos militares líderes del golpe de Estado.

De 1980 a junio de 1984 se produce la escalada de represión más grande que se haya dado en la historia de la sociedad salvadoreña (entre 70 y 75 mil muertos según cifras oficiales); el ejército apoyado por la administración norteamericana desarrolla una serie de operativos denominados de tierra arrasada en los que masacran a miles de campesinos, ejemplo de ello es la masacre del "Mozote"² perpetrada por efectivos de una unidad contrainsurgente y que es tomado como caso tipo de las masacres de campesinos por la fuerza armada en el informe de la Comisión de la Verdad,³ operativos que sólo se comparan con los desarrollados por el ejército norteamericano en la guerra de Vietnam, y en los que el sistema de justicia no hizo absolutamente nada, de hecho el gobierno salvadoreño por medio de sus autoridades negaron la masacre y es hasta 1990 cuando un poblador sobreviviente incoa una denuncia penal, la que es parcializada a raíz de la injerencia indebida del entonces presidente de la Corte Suprema de Justicia.⁴

Aparecen grupos paramilitares de exterminio de enemigos políticos con la modalidad de escuadrones de la muerte. Una decena de curas incluyendo un arzobispo (donde señor Oscar Romero), así como prominentes líderes políticos de pensamiento democrático son asesinados a manos de estos

² El Mozote es una zona rural ubicada al noreste del país, lugar donde entre los días 10 y 13 de diciembre de 1981 un batallón elite del ejército, el batallón Atlacatl preparado para operaciones de contrainsurgencia bajo supervisión de asesores militares norteamericanos, perpetró una de las más cruentas masacres en contra de la población civil en la que murieron según cifras extraoficiales alrededor de 1.000 personas, aunque sólo un poco más de 500 fueron identificadas (ver "De la locura a la esperanza, la guerra de doce años en El Salvador", informe de la Comisión de la Verdad, *Revista ECA*, n° 553, marzo de 1993, p. 259.)

³ Ver "De la locura...", op. cit., pp. 259 a 264.

⁴ Ídem, p. 265.

grupos que actúan en la más absoluta impunidad, bajo protección de estructuras de poder estatal. En 1984 se realizan las primeras elecciones "democráticas" después de 50 años en las que un candidato civil gana la presidencia de la República, con el apoyo de la administración norteamericana.

En 1985, con el afán de mejorar el sistema de administración de justicia salvadoreño, se crea con el auspicio de la Agencia Interamericana para el Desarrollo (AID) del gobierno norteamericano, la Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña (CORELESAL) según decreto legislativo n° 39 de fecha 13 de junio de 1985, publicado en el Diario Oficial n° 131, tomo 288 del 12 de julio del mismo año; instancia a la que se le da como mandato principal la realización de estudios teórico-empíricos que reflejen el estado en que se encuentra el sistema de administración de justicia salvadoreño.

Con la creación de CORELESAL se inicia el esfuerzo de la reforma judicial en El Salvador. En 1987 se hace el primer diagnóstico sobre el Órgano Judicial. En 1989 se realiza un diagnóstico que pone en evidencia la crisis y decadencia del sistema penitenciario salvadoreño, y en 1990 se presenta un estudio sobre la problemática de la administración de justicia en El Salvador,⁵ documentos que constituyen los ejes a partir de los que se inicia el cambio en la forma de administrar justicia, y que en materia de legislación penal ha dado sus frutos a partir del 20 de abril de 1999, al entrar en vigencia nuevos códigos penal y procesal penal y la Ley Penitenciaria, enmarcados dentro de los principios consagrados en la Constitución vigente desde 1983 y en el sistema universal e interamericano de protección de los Derechos Humanos que protegen la dignidad humana.

1. Bases político-jurídicas del proceso penal

El derecho, como lo expresa Alberto Binder en su obra *Introducción al Derecho procesal penal*, es una manifestación de poder. Derecho y poder son dos caras de una misma moneda⁶

⁵ Ver *Problemática de la administración de justicia en El Salvador*, CORELESAL, 1990, p. 8.

⁶ BINDER, Alberto: *Introducción al Derecho procesal penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 27.

que confluyen en la dinámica de los conflictos sociales. En el ámbito de la justicia, el derecho se plantea como un límite al poder estatal para garantizar la vigencia y el respeto del orden jurídico establecido en la Constitución. En la justicia penal el derecho como límite debe analizarse desde la perspectiva del respeto a la dignidad humana, escudo protector frente al ejercicio de poder estatal manifestado a través del *ius puniendi* que faculta al Estado para investigar y sancionar mediante un procedimiento previo a las personas que por determinadas circunstancias se enfrentan a su poder coactivo.

En el caso salvadoreño estas reglas del juego no siempre han estado claras. Existen muy pocos indicios de la organización judicial antes de la colonia, pero a partir de la conquista (1492 en adelante) imperó el régimen jurídico impuesto por la corona española al conquistar la mayor parte de América. Comenzando por el predominio de la legislación de Castilla y del Reino de España, aplicada a los territorios conquistados, y posteriormente, dadas las circunstancias de territorios de ultramar se le dio vigencia a una serie de disposiciones que fueron denominadas "derecho indiano" y que se recogen en la Recopilación de Indias de 1680. Señalando una serie de instituciones propias del derecho español en el modelo de justicia inquisitorial, ya que como bien lo anota el profesor Vélez Mariconde el Fuero Real, los Fueros Municipales y el Fuero Juzgo (de corriente acusatorio privado) no debieron ser aplicados en la América española, por la sencilla razón que la vigencia de sus leyes estaba condicionada a la prueba de su uso, y no cabe duda de que en las Indias no fueron observadas,⁷ situación que es demostrable a partir de las instituciones que rigieron judicialmente verbigracia el Consejo de Indias y la Casa de contratación de Sevilla, órganos que ejercían jurisdicción.

El proceso penal inquisitivo, como modelo político de persecución se afianza históricamente, ante los requerimientos de centralización del poder de las monarquías absolutas que terminan conformando los estados nacionales. Surge, entonces como ejercicio de poder punitivo adecuado a la for-

ma política que lo engendra, del mismo modo y con anterioridad, surge en el seno de la Iglesia para servir a sus vocaciones de universalidad,⁸ basta recordar que en la época de consolidación del feudalismo en Europa la Iglesia había extendido notoriamente su influencia, dominaba en el escenario espiritual y se consolidaba como un poder político con tanta o mayor autoridad que el secular. Esto lleva a la elaboración de un sistema normativo, el *Derecho canónico* que da lugar a la creación del Tribunal de la Inquisición con el objetivo de perseguir herejes para sacarlos de su error⁹ dando lugar a uno de los capítulos más sangrientos en la historia de la humanidad en los que haya participado la Iglesia, en donde a partir de la vulneración del derecho a la libertad de conciencia, en defensa de dogmas de fe se perseguía, investigaba y ejecutaba a una persona por su formas de pensar, basta recordar las investigaciones en contra de Nicolás Copérnico, Giordano Bruno y Galileo Galilei, perseguidos por sus manifestaciones científicas, para entender la naturaleza de juzgamiento del sistema inquisitivo.

Las características notorias del sistema penal que rigió en América fueron en general, semejantes a las imperantes en los países de la Europa continental de la época: predominio de la Iglesia, carencia de principios de legalidad sustantiva y de separación de poderes, derivación monárquica, predominio de la investigación, ausencia de debate, limitación de la defensa, secreto y escriturismo de las actuaciones, arbitrio judicial y crueldad de las penas. Todo ello en el caso americano, agravado por una legislación dispersa y hasta contradictoria, y por las dificultades inherentes a las grandes distancias y escasa población, agregándose a ello la frecuencia de prácticas abusivas, explica un general descrédito sobre los métodos de justicia durante la época colonial y que se mantuvieron aún después de la independencia política de España.¹⁰

En El Salvador, esa realidad, matizada por cierto, sobrevive hasta nuestros días. De hecho el Código Procesal Penal derogado el 20 de abril de 1998 (y que sigue vigente para los

⁸ BOVINO, Alberto: *Temas de Derecho procesal penal guatemalteco*, Fundación Myrna Mack, 1996, p. 27.

⁹ Ver VÁZQUEZ ROSSI, Jorge: op. cit., p. 123.

¹⁰ Ídem, p. 144.

⁷ VÉLEZ MARICONDE, Alfredo: *Derecho procesal penal*, t. I, 3ª ed., 1986, p. 158.

procesos iniciados antes de esa fecha), no obstante estar clasificado dentro de los modelos de enjuiciamiento penal moderno, sus características son propias del modelo inquisitivo reformado donde predomina la escritura, la secretividad de la fase de instrucción, con una violación total de las garantías de independencia e imparcialidad del juzgador en tanto que el mismo juez que instruía iniciando el proceso ponía la sentencia definitiva, con un excesivo control de doble instancia, permitiendo la Consulta del proceso sin recurso, violando el derecho de defensa y permitiendo la *reformatio in peius* por el tribunal superior aunque el único apelante de la sentencia fuese el imputado o su defensor, irrespetando el principio de congruencia y el derecho a un juicio oral y público establecido en la Constitución y los pactos internacionales.

En ese contexto la vigencia de principios procesales y debido proceso constitucional ha sido dispersa en la legislación salvadoreña, carente de uniformidad, agregado a ello el irrespeto que por parte de los agentes estatales se manifiesta a la norma constitucional, siguiendo la línea que impera en Europa del siglo XIX y gran parte del XX en donde la Constitución vendría a concretarse en una simple pieza lógico-sistémica presente en cualquier Estado, de cualquier época y de cualquier signo y contenido, de modo que la Constitución pasa a ser, pues, un concepto formal y abstracto hasta el extremo, positivista consecuentemente puesto que es una pura realidad estructural de hecho, sean cuales fueren los valores materiales que exprese.¹¹ Basta dar un vistazo a las constituciones que ha tenido el Estado salvadoreño a partir de su vida independiente (13 en total) para darse cuenta de lo dispar que ha sido la positivación de principios procesales y el debido proceso constitucional. En ese sentido principios como el de juicio previo,¹² legalidad,¹³ presunción de inocen-

¹¹ Ver GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, reimpresión, Civitas, Madrid, 1994, p. 43.

¹² El antecedente normativo de la garantía del juicio previo se encuentra en la Constitución del Estado de El Salvador de 1841, art. 76 1ª parte. Vid. *Diez años de la Constitución de El Salvador*, t. III, 1ª ed., Unidad Técnica Ejecutora, Proyecto de Reforma Judicial II, 1993, p. 11.

¹³ En igual sentido el principio de legalidad está regulado en el art. 80 de la Constitución de 1841. Ídem, p. 14.

cia,¹⁴ inviolabilidad de la defensa en juicio,¹⁵ *in dubio pro reo*,¹⁶ igualdad,¹⁷ juez natural,¹⁸ independencia e imparcialidad del juez¹⁹ han ido apareciendo en la legislación salvadoreña en diferentes épocas y como ya lo hemos dicho no han sido respetados dado el modelo inquisitorial de enjuiciamiento criminal que ha predominado.

1.1. La persecución penal pública

En el proceso penal salvadoreño si bien se ha respetado el principio de oficialidad en cuanto a la persecución penal, (salvo las excepciones de acción penal privada que se regulan de una forma taxativa en el art. 28 C.P.P.) no ha existido claridad en cuanto a qué sujeto procesal es el titular de tal derecho. Sin ahondar en discusiones histórico-doctrinarias sobre el ejercicio de la acción penal podemos establecer dos

¹⁴ La garantía de presunción de inocencia no tiene antecedentes histórico-normativos. Ídem, p. 11.

¹⁵ Es hasta la Constitución de 1939 que se reconoce el derecho de defensa en el art. 43 inc. 2º, mal utilizado por cierto ya que desde el punto de vista legal, en el Código Procesal Penal vigente desde 1974 este derecho se establecía al inicio de la fase contradictoria, o sea que durante la fase de investigación el imputado podía estar en indefensión sin ninguna responsabilidad para el Estado. Es hasta la reforma que a esa materia se refiere, y que entró en vigencia el 22 de agosto de 1992 se reconoció el derecho inviolable de defensa tal como lo reconoce la Constitución de 1983 en el art. 12 (desde las diligencias iniciales del procedimiento) no obstante la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) tiene vigencia en El Salvador desde el 19 de junio de 1978. Ídem, p. 12.

¹⁶ Este principio de aceptación universal no tiene antecedente histórico normativo en lo que a duda razonable se refiere, no obstante la Constitución lo reconoce desde 1883 art. 21 inc. 2º. en el Derecho penal sustantivo cuando permite la retroactividad de la ley penal cuando ésta favorezca al delincuente. Ídem, p. 16.

¹⁷ El más remoto antecedente se sitúa en los arts. 13 y 111 de la Constitución de 1871. Ídem, p. 6.

¹⁸ En cuanto a la garantía del juez natural podemos decir que está reconocida a partir del reconocimiento al principio de legalidad de jueces y tribunales en la Constitución de 1841, art. 80. Ídem, p. 14.

¹⁹ Estas garantías carecen de antecedentes histórico-normativos, y aparecen por primera vez regulados en la Constitución de 1983 en los arts. 172 inc. 3º y 186 en la parte orgánica de la Constitución, lo que nos indica que no se reconocen como garantías judiciales fundamentales, sino como atributos personales de los jueces, contraviniendo lo que se regula en el P.I.D.C.P. (art. 14) y la C.A.D.H. (art. 8.1) que las establece como garantías judiciales fundamentales de la persona.

momentos para distinguir la distribución del ejercicio de la persecución penal pública, el Código derogado y el Código vigente desde este año.

En el Código derogado la investigación estaba en manos de los jueces; tanto la denuncia como la iniciación de la averiguación de los hechos para deducir responsabilidades correspondía a ellos,²⁰ dando a la acción penal una actividad de contenido concreto tendente a la aplicación de una sanción frente a la pretensión punitiva del Estado manifestada en la figura del juzgador, que siendo el mismo que sancionaba perdía la imparcialidad y se contaminaba por el prejuzgamiento. Lo anterior significa que para que existiese acción penal era necesario la existencia de un hecho punible,²¹ situación que denota el ejercicio del derecho subjetivo de punir por parte del Estado a partir de la existencia de un hecho delictivo.

En sentido contrario en el C.P.P. vigente, la acción penal se manifiesta por ley como una actividad de contenido abstracto, en tanto se dispensa como un instrumento para la realización del proceso desvinculado de todo contenido sustancial,²² esto es así, dada la separación de funciones procesales que hace la Constitución de El Salvador, así el art. 172 establece que corresponde al Órgano Judicial "...la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materias constitucional, civil, penal..., así como en las otras que determine la ley", función judicial o jurisdiccional. La función investigativa la deja en manos del fiscal general de la República, eso es lo que regula el art. 193 de la Constitución que dice: "Corres-

²⁰ En ese sentido los arts. 125, 130, 145 y 147 establecían: el primero que cualquier persona que se considerara ofendida por un delito perseguible de oficio o tuviere conocimiento de él, podía denunciarlo ante el juez competente. ...El 130 que el juez que reciba una denuncia con todos los requisitos legales estará obligado a iniciar el proceso para la averiguación de los hechos denunciados. ...El 145 que el proceso penal podrá iniciarse por denuncia, por acusación y de oficio. ...el 147 establecía que el juez de primera instancia o el de paz, luego que tenga noticia de haberse cometido un delito perseguible de oficio procederá a instruir diligencias para la averiguación del mismo, sus autores y cómplices.

²¹ El art. 85 del Código derogado establecía que: "Todo delito o falta da lugar a una acción penal para el esclarecimiento del hecho y la aplicación de las sanciones que correspondan a quien o quienes resultaren responsables".

²² Ver SERRANO, Armando, *et al.*: *Manual de Derecho procesal penal*. FNRI-ODI-USAID, 1998, p. 228.

ponde al fiscal general de la República: ... 3º Dirigir la investigación del delito con la colaboración de la Policía Nacional Civil en la forma que determine la ley ... 4º Promover la acción penal de oficio o a petición de parte...", función de persecución penal que se desarrolla en algunas disposiciones del C.P.P. tales como el art. 19 cuando dice que "Corresponde a la Fiscalía General de la República ejercer la acción penal pública para la persecución de oficio de los delitos en los casos determinados por este Código", complementándose con el art. 83 que establece como una obligación de la Fiscalía "...dirigir la investigación de los delitos y promover la acción penal ante los jueces o tribunales...". Las disposiciones legales preindicadas señalan que el ejercicio de la acción penal vía requerimiento fiscal en el nuevo procedimiento común (arts. 235 y 247, C.P.P.) se presenta no como una actividad que, basada en la existencia del delito se realiza para la aplicación de una sanción penal, sino como una actividad dirigida a promover la actuación de la ley mediante el proceso para que el órgano jurisdiccional emita una decisión sobre la *notitia criminis*, independientemente de que resulte favorable o desfavorable a la pretensión punitiva estatal.²³

Siendo que el Ministerio Público a través de la Fiscalía tiene el monopolio de la acción penal pública es necesario reconocer que dicha institución tiene una fuerte cuota de poder la que es necesario controlar por la vía judicial, sobre todo porque está facultada para hacer uso de criterios de discrecionalidad y selección al momento de aplicar el principio de oportunidad, ya por la vía de la oportunidad *strictu sensu*, ya por el uso de otros criterios de oportunidad como la desestimación y suspensión condicional del procedimiento, entre otros, que reflejan la intención constitucional de depositar el ejercicio de la persecución penal en manos de los fiscales, evitando de esa forma la parcialidad de los jueces a través de la figura del juez contaminado²⁴ y garantizando a su vez el desarrollo de un proceso penal fundamentado en nuestra carta política.

²³ Ídem, p. 229.

²⁴ Es necesario aclarar que en el modelo de enjuiciamiento criminal recién derogado no existía separación de ejercicio jurisdiccional en las fases esenciales del proceso (instrucción y plenario) ya que el mismo juez instructor era quien imponía la sentencia.

1.1.1. EL MINISTERIO PÚBLICO EN EL SALVADOR

Resulta obvio que instituciones como el Ministerio Público²⁵ o Ministerio Fiscal, que de suyo no han tenido un desarrollo histórico-político que genere confianza frente a los ciudadanos, aparezca en la vida institucional salvadoreña en la primera mitad de este siglo, con una doble función: Defender los intereses del Estado y de la sociedad.

Lo anterior, en opinión de Fernando Cruz Castro, genera una grave contradicción, porque cuando la Constitución en el art. 193, ordinal 1° establece que corresponde al fiscal general de la República defender los intereses del Estado y de la sociedad, hace resurgir una peligrosa e inconveniente coincidencia entre los intereses estatales y los de la sociedad. Los intereses del Estado, que generalmente son los que en la coyuntura impone el Poder Ejecutivo, no coinciden con los de la sociedad..., homologar los intereses del Estado con los de la sociedad civil es una manifestación consciente o inconsciente de un autoritarismo estatal que anula las auténticas aspiraciones de la sociedad civil.²⁶

En cuanto a la organización funcional de la Fiscalía podemos decir que hay una estructura jerárquica que deriva de la Constitución y que establece facultades a la cabeza dirigente, quien obviamente delega estas funciones en agentes auxiliares. En este contexto, uno de los problemas que presenta la F.G.R. es precisamente la falta de profesionalización de sus integrantes. De hecho la Ley Orgánica del Ministerio Público que regula tanto las funciones de la Fiscalía como de la Procuraduría General de la República, es una ley bastante obsoleta que se ha ido modificando en la medida que surgen

²⁵ En la actualidad el Ministerio Público es un órgano independiente de los órganos fundamentales del Estado, en la Constitución aparece dentro del título referente a los Órganos de Gobierno, está compuesta por la Fiscalía General de la República, la Procuraduría General de la República y la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos. Una mezcla rara que no tiene precedentes conocidos, cuyos titulares son electos por la Asamblea Legislativa, a través de una votación calificada (55 diputados) y duran tres años en el ejercicio de sus funciones pudiendo ser reelegidos (art. 192 C.N.).

²⁶ Ver CRUZ CASTRO, Fernando: "Las funciones del Ministerio Público en las constituciones centroamericanas", en *Revista Pena y Estado*, Editores del Puerto, año 2, n° 2, 1997, p. 192. En ese mismo sentido ver ZAFFARONI, EUGENIO R., y Carranza, ELIAS: *Informe de la misión científica...*, p. 12.

algunas atribuciones puntuales a las citadas instituciones; sin embargo no se establece en ella la carrera fiscal, permitiendo de esa forma que dentro de la institución ejerzan funciones de persecución del delito personas que técnicamente no están preparadas para cumplir con las funciones constitucionales.

En ese sentido vale citar al profesor argentino Jorge Vázquez Rossi, cuando al analizar la necesidad de que el defensor técnico del imputado sea un abogado manifiesta que elementales razones de paridad de fuerzas y de oportunidades indican que el ejercicio de la defensa debe estar al cuidado de letrados, ya que la acusación está a cargo de un funcionario con título de abogado.²⁷ Esta situación ha pasado por alto en nuestro medio y ante las declaratorias de nulidad que algunos jueces de sentencia decretaron en casos en los que la acusación era presentada por un fiscal no abogado se introdujo una reforma en septiembre de 1998 en la cual se permite que tanto fiscales como defensores públicos pueden actuar en juicio aun sin ser abogados durante dos años a partir de la vigencia de la reforma.²⁸

Por otra parte en el ámbito de la persecución criminal las actuaciones fiscales han estado enmarcadas en patrones de la cultura inquisitiva que aun perviven en nuestra sociedad: funciones como las de garantizar la legalidad; perseguir e investigar el delito; defender los intereses de la sociedad, han sido tomadas en cuenta hasta recién aprobada la nueva normativa ya que antes los fiscales desempeñaron un papel pasivo en el proceso y cuando se les permitía actuar en juicio optaron por las funciones de un acusador que a toda costa perseguía sancionar a las personas que ingresan al sistema.

1.1.2. LEGALIDAD. OPORTUNIDAD

Es función constitucional de los fiscales perseguir todas aquellas conductas que la ley penal regula como delito, aplicación clara del *principio de oficialidad* como principio básico

²⁷ Ver VÁZQUEZ ROSSI, Jorge: *Proceso penal, teoría y práctica*, Universidad, Buenos Aires, 1986, p. 50.

²⁸ Reforma aprobada según decreto legislativo n° 418 publicada en el Diario Oficial n° 198, t. 341 del 23 de octubre de 1998.

del proceso penal y del que derivan otros principios, entre los que podemos mencionar principios de: *estatalidad, oficialidad, legalidad, indeclinabilidad, improrrogabilidad y indisponibilidad*.²⁹

En relación con la necesidad de promoción de la acción se sostiene que cuando la policía o la fiscalía llegan a conocer la existencia de un delito de acción pública tienen el deber de promoverla en la forma establecida por la ley,³⁰ así lo establece el C.P.P. salvadoreño en el art. 19 que ya hemos citado, complementándose con el art. 238: "...Tan pronto como la Fiscalía General... tenga conocimiento de un hecho punible sea por denuncia o por cualquier otra vía fehaciente, iniciará la investigación...", y el 239: "La policía, por iniciativa propia, por denuncia u orden del fiscal, procederá a investigar los delitos de acción pública...", esto es adoptando la teoría que sostiene que de todo delito nace la acción penal teoría que pierde vigor cada día más.

Además de la necesidad de promoción de la acción hay otra regla aplicable a la legalidad: La irrevocabilidad que señala que una vez promovida la acción penal, su ejercicio no puede suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, salvo los casos expresamente previstos por la ley.³¹ Bajo este concepto el fiscal no puede transar con el imputado, ni renunciar a la acción penal, ni desistir, dejando al órgano estatal a decir del doctor Vélez Mariconde un poder puramente formal (excitar la jurisdicción solicitando la actuación de la ley penal), que no incide sobre el contenido sustancial de la relación procesal, de modo que no puede evitar el pronunciamiento del juez.³² El planteamiento anterior puede conducirnos a pensar que es posible guiar a los órganos de persecución del Estado para que ellos apliquen el Derecho penal de forma igualitaria y en todos los casos.³³

Frente a lo anterior coincidimos con Bovino cuando afirma que esa creencia de que el Estado es capaz de perseguir y sancionar toda conducta punible es empíricamente imposi-

²⁹ Vid. VÉLEZ MARICONDE, Alfredo: op. cit., t. II, p. 176.

³⁰ Op. cit., p. 181.

³¹ Ibidem.

³² Ídem, p. 182.

³³ BOVINO, Alberto: op. cit., p. 98.

ble, la criminología se ha encargado de desvirtuar la afirmación de que vía principio de legalidad pueden perseguirse todos los delitos, la cifra negra de la criminalidad como instrumento criminológico ha demostrado lo anterior; escasez de recursos humanos y materiales, falta de políticas sociales deficiente, incremento de la delincuencia son sólo insumos que confirman la hipótesis.³⁴

En El Salvador de acuerdo a estadísticas de la Corte Suprema de Justicia y de la Fiscalía del 100 % de casos que ingresaban al sistema anterior, aproximadamente un 90 % se sobreesían o absolvían y sólo el resto recibía una sanción. De esta manera el principio de legalidad procesal no sólo carece de fundamentos teóricos sino que, además, aparece, en la práctica, como de realización imposible. Ello significa que el sistema de justicia penal selecciona, de algún modo aquellos casos de los cuales se ocupa.³⁵ El Estado, de hecho haciendo uso del principio de selectividad, aplica criterios de oportunidad en cuanto a qué conductas perseguir.

Frente al reconocimiento de la imposibilidad de perseguir todos los delitos que supone la vigencia del principio de legalidad, se propone la adopción del principio de oportunidad,³⁶ que no es más que la facultad que tiene el organismo encargado de perseguir el delito y ejercer la acción penal, prescribir o suspender la persecución y el ejercicio de la acción penal, funcionando dicho principio como una excepción a la regla de legalidad a la que se adscriben las legislaciones cuya fuente es el Derecho continental europeo.

En El Salvador, la entrada en vigencia de un modelo de enjuiciamiento tendente al acusatorio, en tanto que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba,³⁷ permite la aplicación de criterios de oportunidad³⁸ reglada propios del Derecho continental.

³⁴ Op. cit., p. 98.

³⁵ Op. cit., p. 99.

³⁶ Op. cit., p. 99.

³⁷ Ver FERAJOLI, Luigi: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, 2ª ed., 1997, p. 564.

³⁸ Más adelante cuando abordamos las salidas alternas al sistema nos referimos a los criterios de oportunidad reglada del C.P.P.

De igual manera se utilizan otros criterios, que aunque no están reglados taxativamente en los de prescindencia de la persecución penal, pueden considerarse como verdaderos criterios de oportunidad, tal es el caso de la suspensión condicional del procedimiento a prueba (arts. 22 y ss. C.P.P.) que como dice Bovino es un método que permite, con la conformidad del perseguido, interrumpir la persecución y resguardar la imposición eventual de una pena, si el imputado demuestra —durante un plazo razonable— que se puede comportar conforme a Derecho, bajo la amenaza de retornar la persecución penal si se aparta considerablemente de las instrucciones y advertencias impuestas.³⁹

1.1.3. LA FUNCIÓN DE LA POLICÍA EN LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL

La firma de los Acuerdos de Paz introdujo elementos nuevos dentro de los esquemas de seguridad pública y de las funciones policiales. Mediante ellos se preveía la disolución de todos los cuerpos de seguridad pública, y la creación de una sola entidad que realizara las funciones policiales. Su accionar debía ser enteramente civil y bajo los criterios y exigencias de un cuerpo de seguridad al interior de una sociedad democrática. Para ello, la conducción policial debía ser estrictamente civil, la policía debía estar desacuartelada y separada del ministerio que encaraba los asuntos de la defensa nacional.

Con la reforma constitucional de 1996 sobre las facultades del fiscal general de la República en la investigación del delito, y atendiendo al art. 19 del Reglamento Relativo a la Dirección Funcional de la Fiscalía en la Policía Nacional Civil, se realizaron esfuerzos varios en la elaboración del *Manual del investigador eficiente*, cuyo propósito es "presentar un material de orientación idóneo, fácil y de aplicación inmediata, dirigido a fiscales e investigadores de la Policía Nacional Civil, en el cual se definan en forma clara y precisa sus funciones y campo de acción en relación con las investigaciones criminales", en otro sentido en el marco de la vigencia de la nueva legislación penal se elaboró el *Manual del fiscal y*

³⁹ Cf. BOVINO, Alberto: op. cit., p. 103.

el manual más reciente un pequeño manual de procedimientos policiales para la aplicación de la nueva normativa.

Sin embargo es necesario recalcar que dentro de las instituciones estatales que más se han resistido al cambio en el modelo de enjuiciamiento criminal ocupan el primer lugar las encargadas de la seguridad pública, encabezadas por el ministro de Seguridad Pública y el director de la P.N.C., evidenciando de esa forma la escasa o nula capacidad en la persecución e investigación del delito, situaciones que llevan a los citados funcionarios a estar manejando siempre un discurso de eficacia con el menoscabo de las garantías ciudadanas, de hecho la mayoría de las reformas en materia procesal penal que se han hecho a la legislación en septiembre de 1998, se encaminan a dar mayores facultades discrecionales a la policía.

1.2. Garantías individuales del imputado

El diseño de un proceso penal democrático pasa necesariamente por el reconocimiento de la dignidad del hombre; reconocimiento que sólo es posible si el sistema penal es revestido de otra serie de garantías individuales que hagan posible la vigencia y respeto de la primera. A ese cúmulo de garantías a las que hacemos referencia se les conoce como *garantías individuales del imputado*.

Establecer un sistema de garantías o resguardos frente al uso de la fuerza estatal, procurando evitar el uso arbitrario de ésta, teniendo como objetivo proteger la libertad y la dignidad del hombre,⁴⁰ es la visión doctrinaria que impulsa el proceso penal salvadoreño vigente, respondiendo de esa forma al texto constitucional.

1.2.1. INVIOLABILIDAD DE LA DEFENSA

La Declaración de Derechos del Estado de Virginia de 1776 preveía que "en toda acusación criminal, el hombre tiene derecho a conocer la causa y la naturaleza de la acusación, a confrontar con los acusadores y testigos, a producir

⁴⁰ BINDER, Alberto: op. cit., p. 52.

prueba en su favor y a un juicio rápido por un jurado imparcial de doce hombres de su vecindad sin cuyo consentimiento unánime no puede ser declarado culpable".⁴¹ A decir del profesor Julio Maier, ésta puede considerarse como una de las primeras acepciones constitucionales de la garantía de defensa en juicio.

En el derecho constitucional salvadoreño la garantía de defensa aparece regulada por primera vez en la Carta Magna de 1939, pero es hasta la Constitución de 1983 cuando se especifica con claridad la inviolabilidad de la defensa en juicio penal, sosteniéndose que la persona sometida a proceso penal *deberá ser informada de manera inmediata y comprensible de sus derechos y las razones de su detención, no puede ser obligada a declarar contra sí mismo, puede abstenerse de declarar; y además tiene derecho a ser asistida por un defensor desde las diligencias policiales*. De la letra del texto constitucional a la práctica hubo una marcada diferencia de aproximadamente nueve años, ya que fue hasta el año de 1992, a partir de reformas parciales al Código Procesal Penal derogado y a la Ley Orgánica del Ministerio Público, que se reconoce el ejercicio del derecho de defensa material del imputado y su consecuencia inherente: un profesional que ejerza la defensa técnica, creando para ello el Departamento de Defensoría Penal Pública en la Procuraduría General de la República, institución que por mandato constitucional le corresponde "dar asistencia legal a las personas de escasos recursos económicos, y representarlos judicialmente en la defensa de su libertad individual...".⁴²

Formalmente hablando podemos decir que en El Salvador hay un ejercicio irrestricto del derecho de defensa tanto material como técnica; por un lado ejerciendo el ciudadano su garantía básica, su derecho inherente que se manifiesta a través de la defensa material derivada en actos ejercidos por él propio tales como las declaraciones que no deben valorarse como elementos de prueba, la reconstrucción de los hechos, el nombramiento del defensor de su confianza, así como

⁴¹ Cf. MAIER, Julio B. J.: *Derecho procesal penal*, t. I: "Fundamentos", 2ª ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 540.

⁴² Ver el art. 194, parte II, ordinal 2º, de la Constitución de la República de El Salvador.

también a ser informado sin demora de la acusación, ser oído al inicio y al final del juicio, estar presente en todo el juicio, contar con un intérprete, contar con tiempo y medios para preparar la defensa, interrogar testigos, peritos y a la fundamentación de las decisiones judiciales.

No obstante, el derecho de defensa ha tenido un retroceso luego de la entrada en vigencia del C.P.P. Si bien cuando el C.P.P. entró en vigencia contemplaba una regla en el sentido de que las personas aptas para ejercer la defensoría penal tanto pública como privada (defensa técnica) deberían ser abogados en ejercicio, es decir profesionales autorizados por la Corte Suprema de Justicia con título habilitante y demás requisitos legales, que asiste y representa al imputado dentro del proceso penal;⁴³ lo anterior fue desvirtuado por la reforma de septiembre de 1998 en la que se establece que la defensa pública puede ser ejercida por estudiantes de derecho.

En síntesis el problema en el ejercicio de la defensa técnica no es de carácter normativo, dado que el C.P.P. establece reglas claras de nombramiento, obligaciones, facultades, número de defensores, intervenciones, defensor sustituto, (que es una figura novedosa en el proceso penal nuestro) sanciones por abandono de la defensa, además de establecer como ya lo hemos dicho la institución de la defensa penal pública gratuita a cargo del Estado, el problema es de capacidad práctica de los defensores.

En el ámbito del nuevo proceso penal debemos admitir que hay serias deficiencias en la formación de los abogados, sobre todo en quienes ejercen la defensoría penal privada, no obstante en la defensa pública también se enfrentan graves dificultades de manera especial en la fundamentación dogmática de las peticiones que tienen que ver con el Derecho penal sustantivo debido al desconocimiento de la teoría del delito como herramienta en la práctica cotidiana de los defensores, sobre todo en un modelo procesal como el nuestro en donde se establecen vinculaciones sumamente estrechas entre la regulación sustantiva y la formal... llegando a la conclusión de que el Derecho penal no tiene existencia práctica fuera del ámbito del Derecho procesal penal,⁴⁴ y que en ese

⁴³ Ver VÁZQUEZ ROSSI, Jorge: *El proceso penal...*, p. 54.

⁴⁴ Ídem, p. 249.

sentido hay una exigencia técnica fuerte y una responsabilidad profesional a las personas que se dedican a tal actividad.

1.2.2. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Tanto en el ámbito internacional como en el local se establece la garantía de presunción de inocencia o de no culpabilidad.⁴⁵ El significado de este principio lo entendemos como el derecho que tiene toda persona a ser considerada inocente mientras un juez independiente e imparcial no declare en un juicio oral y público que es culpable de conformidad con la ley y con las pruebas que haya aportado, la Fiscalía General en cumplimiento de los principios del acusatorio *nemo iudex sine actore, ne procedat iudex ex officio* (no hay juicio sin acusación, el juez no puede proceder de oficio).

Uno de los problemas esenciales a los que se enfrenta la presunción de inocencia está vinculado a la coerción estatal, especialmente en lo que se refiere a la coerción procesal, sobre todo si tomamos en cuenta que de este principio derivan el fundamento, la finalidad y la naturaleza de la coerción penal del imputado; si éste es inocente hasta que la sentencia firme lo declare culpable, claro está que su libertad sólo puede ser restringida a título de cautela.⁴⁶ Si una de las finalidades del proceso penal es la averiguación de la verdad histórica o material de un hecho concreto para garantizar la seguridad jurídica y evitar la impunidad, es un imperativo que para la realización del juicio la persona imputada de un delito esté presente en el momento del debate. Frente a tal disyuntiva, es obligación del Estado crear mecanismos que permitan, por una parte respetar el estado de inocencia y por la otra garantizar la eficacia procesal.

La pregunta es: ¿cómo garantiza el estado la eficacia procesal, verbigracia la presencia del imputado sin afectar la li-

bertad y por ende el estado de inocencia? Ésta es una de las cuestiones en las que la respuesta no es del todo satisfactoria, y que, a decir del profesor Julio Maier es un mal necesario sobre todo en lo relacionado a la detención o prisión preventiva, dado que el mecanismo estatal que utiliza la coerción procesal es la aplicación de medidas cautelares, que en un proceso penal democrático deben tener un carácter restrictivo y deben servir exclusivamente para garantizar la presencia del imputado al momento del juicio, no medidas que signifiquen anticipo de pena de prisión, ya que la pena es el fin de la coerción penal, no de la coerción procesal.

Ése debe ser el fundamento de la prisión preventiva, la que sólo debe aplicarse cuando exista real peligro de fuga o de obstaculización de la justicia (*periculum in mora*) y cuando exista una imputación concreta de participación en el hecho a controvertir (*fumus boni iuris*). De lo contrario, se deben aplicar otros mecanismos alternativos a la prisión preventiva, tales como cauciones económicas o juratorias, arresto en el domicilio, sometimiento a vigilancia de personas o instituciones, presentaciones periódicas a los tribunales, etc., mecanismos que están comprendidos en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokyo) adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990, y que tratan de evitar que se vulnere la garantía de presunción de inocencia.

En la misma lógica de protección al estado de inocencia se ubica otro principio universalmente reconocido: el *in dubio pro reo* o principio de la duda razonable que no es otra cosa que el derecho del imputado a ser puesto en libertad cuando el juez tenga una duda razonable al valorar la prueba presentada en el juicio, en el entendido de que una sentencia de condena sólo es posible si el juez tiene certeza positiva de la culpabilidad del sujeto.

1.2.3. PROHIBICIONES PROBATORIAS

La esencia de las prohibiciones probatorias estriba en la necesidad que existe de limitar al Estado en el uso del poder punitivo, sobre todo porque es lógico pensar que siendo el titular de la acción penal, está obligado a la investigación de

⁴⁵ En este sentido ver el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.2), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 11.2), Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8.2), Constitución de El Salvador (art. 12) y Código Procesal Penal salvadoreño (art. 4°).

⁴⁶ Ver MORA, Luis Paulino: "Garantías constitucionales en relación con el imputado", en *Un nuevo sistema procesal penal en América latina*, Konrad Adenauer-CIEDLA, Buenos Aires, 1997, p. 29.

los hechos punibles⁴⁷ para probar en juicio las imputaciones dada la obligación que en el C.P.P. tiene la carga de la prueba (art. 4° C.P.P.). En este sentido la prueba juega un papel preponderante, ya que es el mecanismo más confiable y seguro que tiene el Estado para descubrir la verdad real. La investigación y actividad probatoria son dos caras de una misma moneda. Pero la prueba no sólo es ese mecanismo para descubrir la verdad, sino que también es una garantía para evitar los excesos de poder y la arbitrariedad estatal manifestada en las actuaciones fiscales y en las decisiones judiciales. Se entiende como garantía porque no puede incorporarse al proceso cualquier medio probatorio — pese al principio de libertad probatoria que rige al C.P.P. — sólo es posible la prueba si ésta ha sido obtenida e incorporada de la forma prescrita por la ley, de una forma lícita y que además derive del mundo exterior para cumplir con el principio de la objetividad.

Los límites a la actividad probatoria en el C.P.P. responden a los anteriores planteamientos, en el primero de los casos no se puede incorporar como prueba los dichos del abogado del imputado en relación con los hechos a controvertir debido a que bajo los términos del secreto profesional el art. 187 regula el *deber de abstención*. En esa misma disposición se regula la obligación de no declarar de los funcionarios públicos en razón del secreto de Estado. No sucede así en el caso de los cónyuges, convivientes o parientes del imputado que en el Código anterior sí tenían el deber de abstención. En el C.P.P. se establece como una facultad de abstención por lo que no podemos afirmar que estamos en este caso frente a una prohibición probatoria.

Por otra parte no puede incorporarse al debate aquella prueba que ha sido obtenida mediante medios ilícitos. En ese sentido el art. 15, C.P.P. que dispone el principio de legalidad de la prueba establece en los incs. 2° y 3° que: "...No tendrán valor los elementos de prueba obtenidos en virtud de una información originada en un procedimiento o medio ilícito. ...Se prohíbe toda especie de tormento, malos tratos,

⁴⁷ No hay que olvidar que constitucionalmente es el Estado el garante de valores tales como la vida, la integridad física, la libertad, la seguridad jurídica, el patrimonio, etcétera.

coacciones, amenazas, engaños o cualquier otro medio que afecte o menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de las personas...". No obstante en el proyecto de reformas que discute actualmente la Asamblea Legislativa se incluye una norma que vendría a quebrar las prohibiciones probatorias.⁴⁸

La disposición citada regula lo que en doctrina se conoce como la regla de exclusión y la teoría de los frutos del árbol venenoso. En los dos supuestos estamos frente a actividad probatoria que vulnera derechos y garantías fundamentales, que es el segundo grupo de prohibiciones probatorias que la doctrina reconoce. En ese sentido podemos decir que no se debe dar valor probatorio a evidencia que es obtenida mediante mecanismos ilegales como el allanamiento de domicilio sin orden judicial y sin estar frente a los supuestos de excepción debido a que el medio por el cual se obtuvo la evidencia es ilícito y por ende deberá excluirse como prueba. De otra forma si la prueba es obtenida utilizando un medio lícito pero proveniente de un acto ilícito, la prueba no debe valorarse.

Es necesario destacar que el C.P.P. no obstante garantizar la vigencia de la regla de exclusión, establece un mecanismo de incorporación excepcional de evidencia y de inicio de investigación bajo el supuesto del *hallazgo casual*. El art. 173 inc. 3°, parte final al regular el registro dispone que "...Si en la práctica de la diligencia se encontraren efectos concernientes a acciones delictivas distintas a la que se investiga, la policía deberá incautarlos y entregarlos al juzgado que libró la orden de registro, junto con un informe pormenorizado de su actuación...". Lo que no debemos perder de vista es que la prueba será legal sólo si es obtenida por medios lícitos y su valoración se fundamentará en el principio de libertad probatoria, limitada por las reglas de la sana crítica (art. 162, C.P.P.).

⁴⁸ En la propuesta de reforma al art. 15 del C.P.P. se establece: "Tratándose de operaciones encubiertas practicadas por la Policía Nacional Civil o la Fiscalía General de la República, bajo la autorización del fiscal general de la República, se permitirá el uso de medios engañosos con el exclusivo objeto de detectar, investigar y probar conductas delictuales... No obstante lo dispuesto en el inc. 1° del presente artículo, si el vicio de la prueba consiste en no haber sido incorporada al proceso con las formalidades prescritas por este Código, la misma deberá ser valorada por el juez como indicio, aplicando las reglas de la sana crítica".

1.2.4. PROHIBICIÓN DE LA MÚLTIPLE PERSECUCIÓN (*NON BIS IN IDEM*)

La prohibición de la persecución penal múltiple, en el caso salvadoreño está fundamentada constitucionalmente en el art. 11 inc. 1º parte final de la Constitución cuando expresa que "...Ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa"; la anterior garantía se regula en la legislación secundaria sólo a partir de la entrada en vigencia del C.P.P.

La garantía del *non bis in idem* significa que si una persona es sometida a un proceso penal y éste finaliza con una decisión firme sobre los hechos (verbigracia sobreseimiento definitivo, sentencia definitiva condenatoria o absolutoria) no puede volver a iniciarse un nuevo proceso sobre la misma base fáctica es decir sobre la misma persona, el mismo hecho o mismo motivo de persecución.⁴⁹

Las anteriores identidades generan problemas de aplicación práctica, tal es el caso de los mismos hechos como presupuesto de aplicación de la garantía, en el sentido de que la relación a tomar en cuenta es la identidad fáctica, no la jurídica, pues esto último significaría que sobre los mismos hechos podría haber doble persecución siempre y cuando la calificación jurídica fuese diferente. A este respecto se establece una excepción, y es cuando dos procesos sobre un mismo hecho se fundan en reglas diferentes que implican, precisamente su unificación como por ejemplo cuando un mismo hecho puede encuadrarse dentro de un delito de acción pública y al mismo tiempo dentro de un delito de acción privada.⁵⁰ Ésa es la conclusión que se desprende de la regla establecida en el art. 65 inc. 2º, C.P.P. cuando dice: "No se acumularán procedimientos por delitos de acción pública con procedimientos por delitos de acción privada".

En relación con el mismo motivo de persecución es necesario distinguir cuándo estamos frente a persecución de delitos y faltas en un mismo caso, y cuándo se está frente a situaciones de índole administrativa en donde se pretenden sanciones disciplinarias. No se puede alegar doble persecución por ejemplo cuando un médico es sancionado administrativamente por un caso de mala praxis y a la vez es per-

seguido penalmente por las lesiones culposas que haya ocasionado al paciente. El C.P.P. salvadoreño en el art. 7º establece "Nadie será perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho. La sentencia absolutoria firme dictada en el extranjero sobre hechos que puedan ser conocidos por los tribunales nacionales producirá el efecto de cosa juzgada". De la lectura del artículo anterior se desprende que la citada garantía tiene protección tanto para hechos juzgados en El Salvador, como en el extranjero, de tal suerte que si por ejemplo un ciudadano salvadoreño ha sido procesado y juzgado en Guatemala por un hecho cometido en contra de un salvadoreño, que obligaría a la persecución penal en El Salvador en base al *principio personal o de nacionalidad*, si los tribunales guatemaltecos lo absolvieron de responsabilidad, no pueden los tribunales salvadoreños ejercer la acción penal que de acuerdo al principio antes citado tendrían expedita, en tanto que estaríamos frente a un caso de doble juzgamiento. La citada garantía no se limita a la sentencia, ya que se extiende, como una exigencia de seguridad, al ámbito de la persecución penal; esto es, al desarrollo investigativo previo a la resolución definitiva. La consecuencia es la de que un individuo que ha sido absuelto o condenado por un hecho, no puede ser nuevamente sometido a proceso por el mismo hecho. A los mismos efectos opera el sobreseimiento definitivo que, en tal sentido es idéntico a una sentencia...". La garantía opera, en consecuencia, no sólo respecto a una pluralidad condenatoria, sino persecutoria. Mediando una decisión jurisdiccional conclusiva, condenatoria, absolutoria o desincriminante, no cabe habilitar un nuevo proceso por los mismos hechos, ya que nos encontramos ante una situación en la que se ha agotado o extinguido la acción penal.⁵¹

En el mismo sentido se discute si la garantía es operativa en los casos de investigaciones preliminares que no arriban a un grado de conocimiento suficiente para justificar el procesamiento o la acusación, pero que tampoco implican la evidencia necesaria para dar base al sobreseimiento definitivo quedando por ende en una suerte de punto muerto.⁵² A este respecto y tal como lo expresa Vázquez Rossi, el C.P.P. esta-

⁴⁹ Ver BINDER, Alberto: op. cit., pp. 164 y 165.

⁵⁰ Ídem, p. 166.

⁵¹ Ver VÁZQUEZ ROSSI, Jorge: *Derecho procesal penal*, t. 1, p. 293.

⁵² Ídem, p. 295.

blece para estos casos la figura del archivo. Así el art. 246 establece que "Si en la denuncia no ha sido individualizado el imputado y después de recibidas todas las pruebas disponibles no sea posible atribuir la comisión del hecho investigado a ninguna persona y no existan posibilidades razonables de hacerlo, el fiscal podrá ordenar mediante resolución fundamentada, el archivo de las actuaciones; caso contrario continuará con la investigación hasta la individualización...". Lo anterior con la finalidad de que si antes que precluya el plazo de la prescripción se encuentran evidencias probatorias para fundamentar la acusación pueda intentarse nuevamente la acción penal, habida cuenta de que no ha existido persecución penal judicial, mucho menos juzgamiento.

El principio del *non bis in idem* tiene dos efectos muy concretos en el proceso penal. El primero de ellos es la imposibilidad de revisar una sentencia firme en contra del imputado... *el que ha sido condenado, no puede ser nuevamente condenado a una sentencia más grave*. Por imperio de este principio la única revisión posible es una revisión a favor del imputado (art. 431, C.P.P.). El segundo efecto consiste en dar fundamento a la excepción de litispendencia para evitar la doble persecución, en ese sentido este mecanismo debe ser lo más ágil posible de tal suerte que pueda interponerse en cualquier etapa del proceso.⁵³ En este sentido si bien es cierto, el C.P.P. no establece expresamente la excepción de litispendencia, podemos extraer su contenido de lo dispuesto en el art. 277 numeral 2º cuando dice: "A partir de la audiencia inicial, las partes podrán oponer las siguientes excepciones de previo y especial pronunciamiento ... 2) Falta de acción, ... no fue iniciada legalmente...". Todo para ser congruente con la protección de la garantía a que hemos hecho referencia.

1.2.5. FACULTADES DE INJERENCIA ESTATAL Y SISTEMA DE CONTROL JUDICIAL

1.2.5.1. Protección del domicilio y de las comunicaciones privadas

La Constitución salvadoreña establece en el art. 20 que la morada es inviolable y que sólo podrá ingresarse a ella por man-

⁵³ Ver BINDER, Alberto: op. cit., p. 170.

dato judicial, por flagrante delito o peligro inminente de su perpetración y por grave riesgo de las personas. Por su parte el C.P.P. al desarrollar esta garantía establece en el art. 173 que "Cuando haya motivo suficiente para presumir que en un lugar público o privado existen objetos relacionados con la comisión del hecho punible que se investiga, o que allí puede efectuarse la detención del imputado o de alguna persona sospechosa, el fiscal o la policía deberán solicitar al juez la expedición de una orden de registro de ese lugar...", en ese orden de ideas el art. 176 disponía las horas en que debían practicarse los registros con o sin allanamiento, estableciendo un horario entre las 6 de la mañana y las 18 horas (seis de la tarde). Con la reforma de septiembre del año 1998 la citada disposición quedó redactada de la siguiente manera: "Los registros y allanamientos se podrán practicar las 24 horas del día con orden judicial". La disposición comentada preocupa no sólo en su redacción sino que en la aplicación práctica, sobre todo cuando la policía ha demostrado no estar preparada en materia de investigación y es peligroso que en la búsqueda de la eficacia judicial realicen persecuciones y pongan prueba con la finalidad de afectar a determinados grupos para demostrar eficacia.

Además de la reforma anterior, actualmente se discute en la Asamblea Legislativa otro bloque de reformas al C.P.P. entre las que se plantea agregar una causal que permita a la policía ingresar a una vivienda sin orden judicial, sólo con orden fiscal cuando se presuma que en el lugar hay drogas, armas, explosivos u otros efectos de un delito, vulnerando de esa forma lo dispuesto en el art. 20 de la Constitución. Lo grave de la situación es que en la práctica cotidiana los agentes policiales han violado tal disposición con la anuencia, algunas veces, del órgano jurisdiccional. No es casualidad que la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional no sea pacífica al proteger el domicilio; en ese sentido existen sentencias en las cuales dicho tribunal ha avalado actuaciones policiales que han derivado primero en allanamientos sin la respectiva orden judicial y sin estar en los supuestos de excepción que se regulaban en el C.P.P. derogado (que son casi similares al actual) y en otras leyes especiales.⁵⁴ En segundo

⁵⁴ En ese sentido, conf. el art. 181 del C.P.P. derogado, así como el art. 10 literal o) de la ley reguladora de las actividades relativas a las drogas que establecen los supuestos de ingreso a una vivienda sin orden judicial.

lugar no han respetado lo dispuesto en el art. 193 ordinal 8 de la C.N. que establece entre otras cosas que los agentes policiales actuarán bajo la dirección funcional de los fiscales.⁵⁵

Los comentarios anteriores son válidos también para la protección de la correspondencia y de las comunicaciones privadas, que contrario a lo que sucede en otros países, en el caso salvadoreño encuentran protección constitucional en el art. 24 cuando se establece la prohibición de *violar la correspondencia, y además interferir e intervenir las comunicaciones telefónicas*; en ese sentido podemos decir que si la intimidad, vía comunicaciones privadas, se protege por mandato constitucional, toda información que se haga llegar por esta vía deberá someterse a la regla de exclusión probatoria y por ende no tendría valor, igual regla deberá aplicarse en los casos de información colectada en los allanamientos sin orden judicial.

1.2.5.2. Derecho a no declarar contra sí mismo

La Constitución salvadoreña establece este derecho en el art. 12 que dispone "...La persona detenida deberá ser informada ...no pudiendo ser obligada a declarar...". En consecuencia el C.P.P. al regular los derechos del imputado en el art. 87 establece "El imputado tendrá derecho: ...5) A abstenerse de declarar...". Las anteriores regulaciones plantean el derecho que tiene el imputado de decidir acerca de su declaración, en palabras de Alberto Binder el imputado es quien tiene señorío y el poder de decisión sobre su propia declaración.⁵⁶

Del ejercicio del derecho señalado se desprenden algunas consecuencias prácticas. Una de ellas es que el silencio o la negativa a declarar del imputado, o las expresiones contradictorias que haya manifestado en diferentes declaraciones nunca pueden utilizarse en su contra; por otro lado el imputado puede declarar cuantas veces quiera, de hecho en

⁵⁵ Para mayor ilustración ver los comentarios a las sentencias 2-E-96-R caso "Escalante Guerra" y 2-C-96-R caso "Contreras" en los que la sala en dos casos similares tuvo decisiones dispares en materia de *habeas corpus*. *Revista Pena y Estado*, año 3, n° 3, "Policía y sociedad democrática", sección de jurisprudencia, pp. 397 a 403.

⁵⁶ *Idem*, p. 179.

el C.P.P. se señalan distintos momentos en los cuales el encartado puede declarar: en sede policial (art. 242), en sede judicial ya sea en la audiencia inicial (arts. 259 a 261), durante la instrucción (art. 269) o en la vista pública cuantas veces quiera (art. 342).

En el mismo sentido hay una discusión pendiente sobre si el imputado puede ser utilizado o no como objeto de prueba, sobre esto último en el proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Proceso Penal conocidas como "Reglas de Mallorca" se establece en la regla n° 23 que: "Toda intervención corporal estará prohibida salvo que se cuente con el consentimiento del afectado. Sin embargo, y sólo cuando no exista otro medio para descubrir el presunto delito, la autoridad judicial podrá acordarla, atendida la gravedad del mismo y la falta de peligro para la salud del afectado". Consideramos que esta posición excepcional es la más adecuada en tanto que protege a las víctimas de una posible impunidad, de hecho el C.P.P. salvadoreño establece en el art. 167 que "Si en el curso de una investigación ya iniciada el fiscal estima necesario una inspección en el cuerpo del imputado por presumir que puedan existir elementos o indicios de prueba, solicitará autorización al juez para realizarla... Si el juez considera que el acto es procedente, lo realizará respetando la dignidad y la salud de la persona...". Lo que habría que observar en este caso es si en realidad se puede garantizar el respeto a la dignidad humana, pues de lo contrario se estaría atentando contra garantías constitucionales.

1.2.5.3. Prohibición de la tortura

Si bien es cierto el texto constitucional salvadoreño no establece expresamente prohibición de la tortura, ésta se puede inferir a la luz de la interpretación de los arts. 12 y 27 inc. 2° de la Constitución, dado que ambas disposiciones protegen la dignidad humana como bien jurídico afectado a partir de la práctica de tormentos, infamias o torturas por parte de los agentes estatales en aras de descubrir la verdad. El C.P.P. establece la prohibición de la tortura, reconocida además en los instrumentos internacionales de protección a

los derechos humanos,⁵⁷ en los arts. 15 inc. 3º y 87 nos. 6 y 7 que establecen, el primero, el principio de legalidad de la prueba, y segundo, los derechos del imputado en el proceso penal.

Otra consecuencia que se puede derivar de este límite que analizamos es el establecimiento de la prohibición de métodos prohibidos para declarar regulados en el art. 2º especialmente en el inc. 2º, "Toda medida que menoscabe la libertad de decisión del imputado, su memoria o capacidad de comprensión y dirección de sus actos será prohibida tal como los malos tratos, las amenazas, el agotamiento, las violencias corporales, la tortura u otros tratos inhumanos o degradantes, el engaño, la administración de psicofármacos, los sueros de la verdad, el polígrafo y la hipnosis".

A tenor de lo anterior aunque la verdad histórica o material es un fin legítimo del proceso penal, éste adolece de una capacidad intrínseca y absoluta para alcanzarla en plenitud. En consecuencia, el proceso penal no debe abandonar la particular relación que lo liga al tema de la verdad, pero tampoco debe absolutizarla. Más bien debe considerar el problema de la verdad dentro del aspecto más amplio de la redefinición del conflicto, que es la función genuina del proceso penal dentro de una sociedad basada en el Estado de Derecho.⁵⁸

1.3. Características del juicio previo

1.3.1. PUBLICIDAD

Es característica del sistema republicano de gobierno la publicidad de los actos de la administración pública, en ese sentido el ejercicio de la administración de justicia y en especial el modelo procesal penal acusatorio concibe al juicio como un acto de gobierno público, ejercido por la ciudadanía, por un sector de ella o por algunos elegidos como jurados,⁶⁰ esto significa que las decisiones de los tribunales son decisiones

⁵⁷ En este sentido ver Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, además de los siguientes instrumentos: P.I.D.C.P. art. 7º, D.U.D.H. art. 5º, C.A.D.H. art. 5.2, D.A.D.D.H. arts. XXV y XXVI.

⁵⁸ Ídem, p. 175.

⁵⁹ Ídem, p. 176.

⁶⁰ Ver VÁZQUEZ ROSSI, Jorge: op. cit., p. 197.

transparentes, que cumplen con el principio republicano de publicidad de los actos de gobierno. Esa transparencia significa que ella cumple su función preventiva, ligada a los fines de la pena y al fundamento del castigo.⁶¹

Por otra parte la publicidad debe entenderse como el mecanismo de control que tiene la ciudadanía para darse cuenta de cómo sus jueces administran justicia, de allí que éstos deban dictar sus sentencias de cara al pueblo, para que ese control popular de la administración de justicia sea efectivo, en tanto que la publicidad del juicio busca asegurar el control del ejercicio del poder.⁶² Lo anterior significa que cualquier persona pueda ingresar a las salas de audiencias, los juicios deben realizarse a puertas abiertas para que se pueda observar lo que allí suceda, ya que además sirve como garantía del encartado de que su juicio sea transparente.

En ese sentido la publicidad del juicio no sólo surge de la esencia del juicio republicano, sino que es una de las garantías judiciales básicas previstas por los pactos internacionales de derechos humanos, Convención Americana de Derechos Humanos, art. 8º, por ejemplo.⁶³ En el mismo sentido la Constitución salvadoreña establece en el art. 12 la publicidad del juicio: "Toda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público"; a su vez el C.P.P. regula la publicidad tanto del juicio como de los actos procesales en los arts. 272 y 327. Por supuesto que el derecho a la publicidad del juicio puede tener limitaciones expresas, fundadas en razones de orden, pudor o necesidad de mantener ciertos actos en secreto,⁶⁴ dichas limitaciones deben fundarse claramente en la ley. En el caso salvadoreño se critica la reserva de los actos procesales y del juicio, que como excepciones aparecen en los dos artículos que hemos citado, dada la amplitud de las disposiciones. Compartimos las críticas al menos en uno de los presupuestos para limitar la publicidad: el interés público, ya que no se puede, no es propio de los modelos de juicio republicano y democrático reservar aque-

⁶¹ BINDER, Alberto: op. cit., p. 104.

⁶² Íbidem.

⁶³ Ídem, p. 102.

⁶⁴ Ídem, p. 104.

llos casos en donde se ve afectado el interés público, es una contradicción a la publicidad en tanto que los casos de interés público deben ser conocidos por todos los ciudadanos.

1.3.2. INMEDIACIÓN

Otra característica básica del proceso penal es la inmediación procesal, entendida ésta como la necesidad de que en la realización de los actos y diligencias tendentes a la recolección de información para incorporarla al debate, y en el desarrollo del juicio, las partes intervinientes se encuentren presentes, sobre todo los sujetos a quienes les corresponde tomar las decisiones sobre el caso, verbigracia jueces de sentencia o jueces jurados.

Lo anterior significa que no debe realizarse ninguna actuación procesal, si no se cuenta con la presencia del fiscal, los defensores, el imputado, la víctima si quiere estar presente, el querellante, pero sobre todo el juez, vinculándose esta característica con la identidad física del juzgador. El C.P.P. regula la inmediación en el juicio, en el art. 325: "La vista pública se realizará con la presencia ininterrumpida de los jueces y de las partes". A pesar de que la anterior disposición es válida para la audiencia de juicio, su vigencia alcanza a cualquier audiencia que se realice en el desarrollo del proceso. Así el art. 319 expresa en el inc. 5° que: "en cuanto sean aplicables, regirán las reglas de la vista pública, adaptadas a la sencillez de la audiencia", en alusión a la audiencia preliminar; igual redacción tiene el art. 255 inc. 1° que se refiere a la audiencia inicial. Es necesario agregar como corolario que para hacer valer la inmediación, el C.P.P. prohíbe expresamente la delegación de funciones judiciales, así el art. 128 inciso final dispone: "La delegación de funciones judiciales en el secretario o empleados subalternos tornará nulas las actuaciones realizadas y hace responsable directamente al juez o tribunal por las consecuencias de dicha nulidad".

1.3.3. CONCENTRACIÓN

Todo lo relevante, todo el material sobre el que corresponderá el pronunciamiento jurisdiccional, ocurre en la audiencia de debate; allí y sólo allí, las partes contrapuestas

expondrán sus argumentos y arrimarán sus probanzas, ante la atención de los jueces y en acto público.⁶⁵ Concentración significa que todo el material probatorio deberá examinarse en la audiencia de juicio en un acto único y continuo. Al menos ésa es la lógica procesal para que la evidencia física y los elementos probatorios no contaminen a los jueces que los examinan; es totalmente inverso a lo que sucede en los modelos de juicio inquisitivo en donde la prueba es valorada en la fase de instrucción y la etapa plenaria sirve sólo para legitimar esos actos.

Frente a esta característica y tomando en cuenta que prueba es sólo la que se vierte en el juicio, las legislaciones procesales establecen excepciones a la regla, denominándolos anticipos probatorios. El C.P.P. establece dicha excepción en el art. 270, para los casos de actos definitivos o irreproducibles verbigracia un reconocimiento médico de genitales en los casos de agresiones sexuales; los casos de prueba preconstituida cuando la información a incorporar son documentos o evidencia física encontrada en el lugar, y el anticipo probatorio propiamente dicho que es cuando se toma declaraciones a testigos o peritos que por circunstancias excepcionales y fundamentadas no podrán estar presentes en la audiencia del juicio. La práctica de los anticipos probatorios debe realizarse respetando la inmediación procesal.

1.3.4. CONTRADICCIÓN

Para hacer efectivo el principio *nemo iudex sine actore* (no hay juicio sin acusación) es necesario que exista otro sujeto que contradiga los hechos manifiestos en la acusación. No en balde se ha dicho que el proceso acusatorio comienza con el acto formal y concreto de la acusación, que es aquel en el cual el actor (fiscal o querellante) dirige una imputación concreta y determinada en contra del acusado. Esta atribución implica definir los hechos y el derecho, así como también la responsabilidad que se postula tuvo el imputado. Esta instancia proyectiva se traslada al accionado que, a su vez, está constreñido a responder y facultado para hacerlo.

⁶⁵ Ver VÁZQUEZ Rossi, Jorge: op. cit., p. 199.

De ambas posiciones contrapuestas surge y se perfila el contradictorio.⁶⁶

Uno de los principios que trata de garantizar la contradicción en juicio es el de igualdad de armas, que significa que las partes intervinientes en el proceso participarán en éste, en igualdad de condiciones y oportunidades. El debate que es el momento en el que más se manifiesta la contradicción establece reglas claras de igualdad de participación de los sujetos procesales incluyendo al imputado y a la víctima, quienes en el modelo salvadoreño son los últimos en intervenir. La contradicción en juicio está además vinculada con el derecho de defensa o de oposición en el proceso, y que debe manifestarse en todos los actos del procedimiento.

1.3.5. ORALIDAD

Dentro de los modelos procesales la oralidad no es considerada como característica esencial, incluso algunos sostienen que se trata más que de una característica, de un mecanismo para hacer efectivas las anteriores; Alfredo Vélez Mariconde sostiene que la oralidad no es más que la mejor forma de asegurar la vigencia de la inmediación,⁶⁷ para Vázquez Rossi la oralidad es condición de una auténtica inmediación, de un contacto directo entre el juzgador y los sujetos y materia sometida a decisión, lo que no sólo hace a la introducción y percepción de las acreditaciones sino a la relación con los mismos protagonistas;⁶⁸ por su parte Binder sostiene que la oralidad es un instrumento, un mecanismo previsto para garantizar ciertos principios básicos del juicio penal. En especial ella sirve para preservar el principio de inmediación, la publicidad del juicio y la personalización de la función judicial. ...La oralidad es un instrumento, un mecanismo; la inmediación o la publicidad son principios políticos y garantías que estructuran al proceso penal, ...se habla de juicio oral, aunque como dijimos, la oralidad sólo sea el mecanismo o el instrumento del juicio republicano.⁶⁹

⁶⁶ Ídem, p. 198.

⁶⁷ Ver VÉLEZ MARICONDE, Alfredo: *Derecho procesal penal*, t. I, 3ª ed. 2ª reimp., Lerner, Córdoba, 1986, p. 418.

⁶⁸ Ver VÁZQUEZ ROSSI, Jorge: op. cit., p. 199.

⁶⁹ Ver BINDER, Alberto: op. cit., p. 96.

1.3.6. EL JUEZ NATURAL

Actualmente, la garantía del juez natural está determinada por la predeterminación legal del juez, esto significa que la competencia otorgada al juzgador en el ejercicio de la actividad jurisdiccional debe estar previamente establecida por la ley, facultad concedida al legislador (art. 131, ordinal 31 de la Constitución).

Lo anterior significa que ni los reglamentos administrativos, ni los propios fallos de la Corte Suprema de Justicia, ni clase alguna de acuerdo, reglamento o decisión de carácter secundario puede modificar la competencia fijada por la ley.⁷⁰

La garantía del juez natural está regulada en el art. 15 de la Constitución que dice: "Nadie podrá ser juzgado sino... por tribunales que previamente haya establecido la ley", el derecho internacional lo establece en el art. 14.1 del Pacto y en el art. 8.1 de la CADH. Como podemos observar, en sentido formal el juez natural está garantizado en el ordenamiento jurídico habida cuenta de que el C.P.P. lo regula en el art. 2º que dice: "toda persona a quien se impute... y ante un tribunal competente, instituido con anterioridad por la ley" en sentido material, a nuestro juicio, esta garantía ha sido sutilmente violada cuando se otorga competencia especial a un determinado juez para que conozca un caso específico,⁷¹ asimismo se violaba la garantía cuando por mandato legal se permitía erradicar causas sometidas al conocimiento del jurado, para que las conociera un juez de una cabecera departamental,⁷²

⁷⁰ Ídem, p. 139.

⁷¹ En el proceso penal anterior era una regla de hecho el otorgamiento de competencias especiales cuando se trataba de casos específicos, uno de los últimos que se conoció fue un caso de narcotráfico en el que se decomisó un alijo grande de cocaína en una jurisdicción y fue instruido por un juez de la capital que carecía de competencia por razón del territorio para conocer de los hechos. Finalmente ese caso fue resuelto por el juez competente por la vía de la nulidad, decisión que le costó la destitución y procesamiento por prevaricato, proceso que fue iniciado por órdenes de la Corte Suprema de Justicia en una clara violación de las leyes que rigen al Órgano Judicial.

⁷² La división política de El Salvador está determinada por departamentos (una especie de provincias), las cabeceras departamentales son las capitales departamentales y es donde formalmente se concentran las instituciones estatales y el gobierno departamental.

en el sentido de permitir que la elección de jurados la realizaba el juez que celebraba la vista pública, imposibilitando de esa forma que fueran los pares del justiciable quienes juzgaran.

1.4. Independencia política de los tribunales

1.4.1. IMPARCIALIDAD

El ordenamiento constitucional salvadoreño no establece expresamente la imparcialidad del juez, aunque ésta puede deducirse de lo que disponen el art. 16 y el art. 186 inc. 4 de la C.N., cuando establecen el primero: "Un mismo juez no debe serlo en diversas instancias en una misma causa", y tanto que el segundo dice: "...La ley deberá asegurar a los jueces protección para que ejerzan sus funciones con toda libertad, en forma imparcial...", la citada garantía también está reconocida en los instrumentos de protección de los derechos humanos verbigracia arts. 14 del P.I.D.C.P., 8° de la C.A.D.H. y 10 de la D.U.D.H., todas leyes de la República que tanto están ratificados por nuestro país. El ordenamiento jurídico interno regula la garantía en el art. 3° C.P.P. junto a la garantía de independencia judicial:

Lo anterior significa que los jueces al tomar sus decisiones no deberán tomar partido a favor o en contra de alguna de las partes en contienda, sus decisiones deberán basarse del análisis objetivo de la prueba vertida en el juicio y de su posterior valoración de conformidad con las reglas de la sana crítica racional, art. 162 C.P.P., de tal suerte que los jueces deben valorar tanto los elementos probatorios a favor como los elementos en contra del imputado.

Por esa razón es que los códigos procesales establecen las figuras de los impedimentos, las excusas y las recusaciones judiciales, ya que si un juez se encuentra por ejemplo dentro de uno de los supuestos de impedimento judicial deberá apartarse del caso para que sea un juez imparcial quien lo juzgue, y en caso de no apartarse las partes tienen el derecho de recusarlo. La garantía también opera cuando el funcionario judicial ha actuado antes en el caso, ya sea como parte procesal o como juez inferior en grado, ya que si conoce se contamina del caso y su fallo carecerá de imparcialidad.

1.4.2. INDEPENDENCIA JUDICIAL

La tercera garantía concerniente a la judicatura es la independencia judicial. Esta garantía política también está reconocida en el ordenamiento jurídico salvadoreño, tanto a nivel constitucional como infraconstitucional. El art. 172 inc. 3° reza: "...Los magistrados y jueces en lo referente al ejercicio de la función jurisdiccional, son independientes y están sometidos exclusivamente a la Constitución y a las leyes...", en cuanto a la normativa infraconstitucional tanto nacional como internacional valen los artículos citados para la imparcialidad.

No podemos hablar de una real vigencia de las garantías judiciales si no existe independencia del administrador de justicia; entendida tanto como atributo personal del juez como también y más importante aún como garantía de los ciudadanos frente a quienes tienen el poder de administrar justicia, en tanto que algo de tan graves consecuencias, como es la aplicación de la ley penal, debe estar en manos de una persona que actúe en total libertad y sin estar sometida a presiones. No hay que olvidar que es una garantía prevista tanto en favor de los jueces como de los ciudadanos.⁷³ En síntesis podemos decir que la independencia judicial es una garantía jurídica y política de los ciudadanos que consiste en que la persona o personas que tienen el poder de dirimir los conflictos jurídicos en los que aquéllos se encuentran involucrados, lo hagan independientemente de todo poder o influencia, basándose exclusivamente en la ley y en los hechos comprobados.⁷⁴

La pregunta obligada es: ¿cómo se logra la independencia judicial? Existe en la doctrina una doble perspectiva en relación a la independencia. La independencia externa y la independencia interna; la primera está referida a que el Poder Judicial no debe estar sometido ni a las presiones ni a los vaivenes políticos de los otros órganos del Estado, con un total respeto a la teoría de la división de poderes de

⁷³ Ver BINDER, ALBERTO: op. cit., p. 149.

⁷⁴ Ver MARTÍNEZ VENTURA, Jaime: "La independencia orgánica del Órgano Judicial y la independencia funcional de magistrados y jueces", en *Justicia Penal y Sociedad, Revista guatemalteca de Ciencias Penales*, año III, n° 5, agosto 1994, p. 105.

Montesquieu que nuestra carta política recoge en el art. 151: "El poder público emana del pueblo. Los órganos del gobierno no lo ejercerán independientemente dentro de las respectivas atribuciones y competencias que establecen esta Constitución y las leyes...". Esto significa que bajo ningún concepto los otros órganos del Estado o cualquier otro aparato de poder deberá influir en las decisiones de los jueces. A este respecto podemos decir que la independencia externa de algunos órganos, en su manera es asumida por el Órgano Judicial, lo cual ha sido demostrado en algunos fallos jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional verbigracia la declaratoria de inconstitucionalidad de algunos artículos de la ahora derogada Ley de Emergencia en contra de la delincuencia y el crimen organizado.⁷⁵

En cuanto a la independencia interna, ésta se dirige al interior del Órgano Judicial y significa que el juzgador en el ejercicio de su poder jurisdiccional no debe estar sometido ni siquiera a las presiones o arbitrariedades de los demás miembros del órgano administrador de justicia, sean de su nivel o superiores en grado, tomando en cuenta que el límite de la independencia del juez sólo está determinado por la Constitución y por la ley, dicho en otras palabras, el derecho previsto en el ordenamiento jurídico aplicado a los hechos tal como han sido reconstruidos en el proceso, ya que tanta jurisdicción tiene el juez de paz del lugar más recóndito del país, como el presidente del Órgano Judicial cuando ejercen funciones judiciales. A este respecto podemos decir que una de las luchas que deben librar los miembros de la judicatura en El Salvador pasa precisamente por lograr la independencia interna en el ejercicio de sus funciones.

⁷⁵ La citada sentencia fue dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia el 14 de febrero de 1997 fundamentando su fallo en el hecho de que las disposiciones derogadas atentaban en contra de algunos derechos y garantías fundamentales de la persona, reconocidas tanto en el Derecho interno, como en tratados internacionales de protección a los derechos humanos. En ese mismo sentido las sentencias que ampararon al ex inspector de la Policía Nacional Civil y al ex superintendente de electricidad y comunicaciones, funcionarios que había sido destituidos sin seguirles el debido proceso administrativo y violándoles el derecho de audiencia, dichos fallos fueron dictados en octubre y noviembre de 1997.

El proceso penal en El Salvador antes de la reforma

2.1. Fuentes del proceso penal antes de la reforma

Vale decir, antes que todo, que la Constitución de 1983 siempre contempló el principio de legalidad y de juez natural (art. 15), el derecho a un juicio previo (art. 11), el derecho a la presunción de inocencia (art. 12), el derecho a no ser obligado a declarar y a la nulidad de la declaración sin voluntad (art. 12), a gozar de defensa técnica (art. 12), a gozar de un juez imparcial e independiente (art. 186), a un recurso judicial efectivo (arts. 11.2, 183 y 247), a la libertad como regla básica y general dentro del proceso (arts. 1º, 2º, 13.3), a ser llevado con prontitud ante autoridad judicial (arts. 13.1 y 13.2), la regulación constitucional del registro y pesquisa (art. 19), la prohibición de intervención telefónica (art. 24), la retroactividad de la ley penal favorable (art. 21), la inviolabilidad de la morada (art. 20), la prohibición de la pena de muerte con excepción de algunas causas militares (art. 27.1), la dignidad y humanidad de la ejecución de la pena (art. 27.2), el fin resocializador de la pena privativa de libertad (art. 27.3), el principio de acusación y persecución penal inicial a cargo del mismo ente acusador (Ministerio Público, art. 193), etc.

Ninguno de los mencionados principios procesales se respetó. De hecho, el Código Procesal Penal anterior, hacía de la figura del juez el supremo investigador, y de los cuerpos policiales los entes auxiliares de la administración de justicia, conocedores de las técnicas de investigación. No obstante la exclusiva atribución de juzgar que tienen los jueces (art. 172, C.N.)— la potestad de llevar a juicio y coordinar la investigación del delito al mismo juez que instruye la causa.

2.2. Estructura del procedimiento común

Hay que sentar como premisa básica que el modelo procesal penal siempre estuvo divorciado de los preceptos constitucionales.

El proceso penal, desde la óptica legal, antes de su reforma, adoptaba la clasificación tradicional del proceso civil bonapartista: un proceso extraordinario, con plenitud de formas; y un conjunto procesal de configuraciones determina-

das que se autodenominaba como procedimientos extraordinarios, dentro del cual se encontraba el juicio sumario, el juicio verbal (aplicable sólo a las faltas penales), y los procedimientos especiales, que se formaban por el procedimiento de antejuicio, los procedimientos en los juicios de que concurren los jueces de hacienda, los procedimientos para el tratamiento de los delitos cometidos con abuso de la libertad de expresión, el procedimiento en caso de enfermedad mental y la extradición.

El proceso como tal se conformaba por una etapa de diligencias iniciales de investigación, cuyo trámite y coordinación se configuraban al juez de paz,⁷⁶ el cual remitía al Jefe de primera instancia lo actuado en los primeros doce días del proceso judicial, con una puesta a disposición del imputado, quien le era enviado con detención provisional en el 95 % de los casos. Posteriormente, el juez de primera instancia se convertía en el "superinvestigador" y ordenaba y practicaba, por su propia cuenta, las diligencias que las partes proponían o las que de oficio considerara pertinentes "para hacer valer el derecho". Ahora bien, incluso esta fase, que era la etapa de instrucción, ya tenía una predefinición legal en perjuicio del imputado; y es que el art. 115 del anterior Código Procesal Penal establecía como un fin de la investigación la averiguación de los elementos necesarios para comprobar la existencia del delito y establecer quién o quiénes son los responsables, así como las circunstancias que excluyan, atenúen o agraven la responsabilidad del o de los imputados (*sic*).

Cuando el juez estimaba que el proceso "estaba suficientemente depurado" elevaba a plenario, por medio de un decreto que era apelable, sin mayor posibilidad de control por las partes, pues dada la escritura del proceso, la posibilidad de contradicción que formalmente se disponía para tal etapa, se reducía a una transmisión sin sentido de documentos.

⁷⁶ Por un imperativo cultural, existe por lo menos un juez de paz en todos los municipios del país. Estos jueces son policompetentes, es decir que pueden conocer de los juicios civiles, mercantiles, penales, inquilinato, familia, etc. Concretamente, en materia penal tienen la potestad de conocer e instruir el proceso durante las primeras 72 horas de acercamiento judicial, y culminaban —según la ley anterior— su procedimiento con una remisión de lo actuado al juez de primera instancia.

habida cuenta de que el juez ya tenía predispuesta su resolución.⁷⁷ Presentado el proceso a prueba, lo ya recogido por el juez era sometido a la tarifa legal. No obstante que había una disposición legal que reconocía la libertad valorativa del juez, adecuándose a la sana crítica, lo cierto era que la prueba se valoraba conforme a una tarifa legal, que incluía, desde presunciones de culpabilidad, hasta el valor preferente que tenía la inspección ocular del juez.

Las sentencia definitiva era la menor forma de cerrar el proceso, pues éste se concluía, más allá de un 75 % mediante sobreesimientos, luego que el proceso había durado tres o cuatro años en el escritorio judicial. La sentencia era recurrible en apelación ante una cámara de segunda instancia, que revisaba en su integralidad el juicio, y podía revalorar la prueba, lo cual hacía, prácticamente, que se realizaran dos juicios en uno contra el imputado. Consecuentemente a ello, la casación penal se tomaba como un recurso extraordinario sujeto a fórmulas sacramentales que estorbaban el logro de la redefinición del conflicto social y de la justicia.

2.3. Procedimientos especiales

El Código derogado regulaba cinco casos de procedimientos penales especiales frente al proceso ordinario común a saber: procedimiento en el caso de antejuicio, procedimiento en los juicios que concurren los jueces de hacienda; procedimiento por delitos cometidos con abuso de la libertad de expresión; procedimiento en caso de enfermedad mental y extradición. El primero de ellos referido a aquellos casos en donde los imputados son funcionarios públicos protegidos por fuero constitucional. Dicho procedimiento podía seguirse ante la Asamblea Legislativa en los casos de funcionarios públicos de primer grado, verbigracia diputados, presidentes de los órganos fundamentales, ministros de Estado; y el otro seguido ante la Corte Suprema de Justicia aplicado a funcionarios de segundo grado, verbigracia jueces, agentes fiscales, defensores públicos, secretarios judiciales, gobernado-

⁷⁷ En verdad, son excepcionales los casos en los que un juez fue consecuentemente para revocar su propio decreto de elevación a plenario.

res políticos, alcaldes municipales. Tanto la Asamblea como la Corte debían determinar si había lugar a la formación de causa para iniciar el juicio correspondiente.

En lo que se refiere a los juicios seguidos ante los jueces de hacienda hay que destacar que este procedimiento se utilizaba para aquellos casos en donde el sujeto pasivo del delito era el Estado y correspondía sobre todo a casos de afectación patrimonial al Estado o defraudación al fisco por la vía del contrabando de mercaderías. Las reglas que se utilizaban en la fase de instrucción eran las mismas reglas del juicio ordinario, y en cuanto a la etapa plenaria se resolvía por la vía del juicio sumario mediante un auto de llamamiento, juicio y una audiencia de vista de la causa. En lo que se refiere al resto de procedimientos no hay mayores comentarios dado que éstos casi nunca fueron utilizados, sobre todo por la falta de reconocimiento a la garantía de libertad de expresión, debido al período político en el que el Código tuvo vigencia. De hecho es hasta después de la firma de los Acuerdos de Paz que se conoce en tribunales un caso de supuesto delito cometido por abuso de la libertad de expresión.⁷⁸

En relación a soluciones alternativas al sistema penal debemos decir que en el Código derogado no existían, ya que la excarcelación como mecanismo de libertad provisional no debe considerarse una solución alternativa al proceso penal.

No hay procedimientos judiciales en manos de autoridades no judiciales, no obstante la Constitución establece la posibilidad de arresto administrativo hasta por cinco días (art. 14, C.N.). Actualmente no existe una ley de contravenciones administrativas, pero se sabe de un anteproyecto que está en estudio en el Órgano Ejecutivo para su presentación a la Asamblea. En lo referente a jueces militares, vale decir que existe una competencia especial que otorga facultades a un juez de primera instancia militar para que juzgue los delitos y faltas cometidas por militares en ejercicio y que están desarrolladas en el Código de Justicia Militar, que en sus instituciones procesales respondía al Código derogado.

⁷⁸ En 1996 un oficial de la P.N.C. inicia un proceso penal en contra del jefe de redacción de un periódico acusándolo del delito de difamación por haber divulgado hechos que vinculaban al oficial policial en un caso de acoso sexual. Al final el caso fue sobreesido.

2.4. Ejecución penal

A este respecto podemos acotar que, aunque el C.P.P. derogado establecía una etapa de control judicial sobre la ejecución penal en manos del mismo juez sentenciador, en la práctica dicho control fue escasamente ejercido, limitándose en algunos casos a algunas visitas de cárceles en el año, que la ley le ordenaba al juzgador. Es hasta inicios de la presente década, como producto de los diagnósticos emitidos por la Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña (CORELESAL) que se crea en la Corte Suprema de Justicia el Departamento de Delegados de Vigilancia Penitenciaria, para controlar por vía administrativa —ya que carecían de mandato judicial— la ejecución de la pena privativa de libertad. No obstante desde septiembre de 1972 hasta el 20 de abril de este año estuvo vigente la Ley del Régimen de Centros Penales y de Readaptación, inspirada en las Normas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos dictadas en 1956, pero que en sus 26 años de vigencia nunca fue aplicada dado el poco interés estatal en el sistema penitenciario. De más está decir que la escritura del proceso, la retardación de justicia y la falta de políticas penitenciarias coherentes generaron un fuerte fenómeno de presos sin condena que en algunos períodos llegó al 90 %, y la degradación del sistema penitenciario, convirtiéndolo en una maquinaria reproductora de criminalidad, con reclusos viviendo en condiciones infrahumanas carentes de servicios de salud, educación, asistencia social, esparcimiento y sobre todo con una deficiente alimentación. En síntesis los fines preventivo-especiales que el art. 27 de la Constitución da a la pena en aras de la rehabilitación del condenado han sido sólo una utopía en el sistema penitenciario salvadoreño.

3. Reforma vigente

3.1. Fuentes del nuevo proceso penal

Si tocara identificarlas hay que decir que, en primer lugar, la nueva legislación penal salvadoreña, tiene por arraigo político básico la firma de los Acuerdos de Paz, y la ejecución del Proyecto de Reforma Judicial I y II, y especialmente este último, que fue el que determinó el impulso fundamental al inicio de la reforma. La inspiración directa del nuevo Código

Procesal Penal la conforman: el Código Procesal Penal de la provincia argentina de Córdoba, el Código Procesal Penal de Costa Rica de 1976, el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Politicos, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

3.2. Estructura del procedimiento común

En la actualidad, con la vigencia del nuevo Código Procesal Penal, la mayoría de los procedimientos penales especiales que existían en la legislación salvadoreña han desaparecido tramitándose todas las acciones penales conforme a un solo procedimiento común, no obstante se sigue manteniendo el procedimiento y se agregan los juicios de faltas, procedimiento especial para la imposición exclusiva de medidas de seguridad, el procedimiento abreviado y el procedimiento por delitos de acción privada.

El procedimiento común tiene la siguiente estructura básica:

- Actos iniciales de investigación.
- Instrucción formal. Etapa intermedia o de control de la instrucción.
- Juicio plenario. Sentencia.
- Etapa impugnativa o de control del fallo.
- Ejecución de la pena.⁷⁹

3.2.1. ACTOS INICIALES DE INVESTIGACIÓN

Los actos iniciales de investigación son los que se realizan, generalmente, al momento de la *notitia criminis*, con los que se pretende lograr un mínimo de información básica que permita al fiscal requerir al Órgano Judicial el inicio del proceso penal en contra de una persona por la imputación que sobre ella se hace de la comisión de un ilícito penal mediante el aviso, la denuncia⁸⁰ o querrela, y la misma actividad policial de patrullaje que descubre la realización de delitos.

⁷⁹ Sobre esta fase me referiré en otro apartado de la investigación.

⁸⁰ Hay que señalar que en un afán poco democrático la denuncia en el C.P.P. aparece regulada como una obligación ciudadana tal como se desprende de lo dispuesto en el art. 229, obligación que a nuestro juicio está demás dado que no se establece la consecuencia que acarree al ciudadano el no cumplimiento de dicha obligación.

La Fiscalía General de la República, es quien se encarga de la investigación del delito, y recibe colaboración de la Policía Nacional Civil. Por supuesto que ello parte de una división funcional del trabajo fiscal y policial, toda vez que se parte del presupuesto básico de que los actos directos de investigación son realizados por técnicos de la investigación del delito.

Dentro de esta fase del proceso penal se realiza la primera manifestación de limitación a la libertad personal, con la detención administrativa que es una medida cautelar no-jurisdiccional, con rango constitucional y limitación hasta por un máximo de 72 horas. Esta detención es ordenada única y exclusivamente por el fiscal (art. 288 C.P.P.) que esté en el conocimiento del caso, y para poder declararla deben concurrir los requisitos que se exigen para la detención provisional.⁸¹

El proceso puede finalizar, sin que ello signifique extinción de la acción penal, por medio de resolución de archivo (art. 246 C.P.P.) emanada por el fiscal del caso, cuando en la denuncia no ha sido identificado el imputado y luego de las diligencias iniciales de investigación no es posible atribuir el hecho delictivo a persona alguna. Sin embargo, esta resolución puede impugnarse por la víctima ante el fiscal superior, quien puede ordenar la realización del requerimiento.

Esta etapa del proceso penal tiene un plazo expresamente fijado para su culminación, el cual depende de si el imputado está en detención y el fiscal considera que es necesario que continúe en tal estado. Tal plazo, que de alguna manera está fijado por la Constitución, en su art. 13, y que es de 72 horas, se encuentra en el Código Procesal Penal en el art. 235, que literalmente expresa:

"La Fiscalía General de la República, al recibir una denuncia, querrela o el informe de la policía previsto en el artículo anterior, formulará requerimiento ante el juez de paz en el plazo de setenta y dos horas, si el imputado se encuentra detenido y diez días, si no lo está, salvo que la urgencia del caso exija que lo haga inmediatamente. Si el imputado se halla detenido, será puesto a disposición del juez de paz lo antes posible, dentro del plazo de 72 horas."

⁸¹ Sobre este punto de la detención provisional volveremos más adelante con amplio detenimiento.

Además de ese plazo, que la Constitución sólo lo refleja respecto de la libertad o detención del imputado, ésta ordena que se remitan al juez todas las diligencias realizadas extrajudicialmente, lo cual en la práctica de aplicación de la normativa no ha sido obedecido por los fiscales, quienes presentan el requerimiento muchas veces sin el acompañamiento de las diligencias que han realizado, no obstante haber reformado el art. 235 del C.P.P. para obligar a los fiscales a presentar las diligencias.

Las diligencias iniciales de investigación culminan con el desarrollo de la audiencia inicial. Una vez que el fiscal ha presentado el requerimiento que por obligación legal debe presentar, el juez debe convocar a la realización de una audiencia inicial que tiene por objeto poner en conocimiento del Órgano Judicial que se ha iniciado una investigación fiscal contra una persona determinada por la supuesta realización de un delito, solicitándole que, por el mérito de la información obtenida hasta el momento, se proceda a determinar una situación procesal al imputado, ya sea mediante la aplicación de cualquiera de las salidas colaterales que incorpora la legislación para descongestionar el sistema, o que se decrete la instrucción formal, para preparar la vista pública, mediante la recolección de información útil y pertinente que permita, por una parte, que el fiscal prepare su acusación, y por la otra, que el imputado prepare su defensa. A las salidas colaterales me referiré más adelante.⁸²

Son órganos oficiales que participan de las diligencias iniciales de investigación la Policía Nacional Civil, la Fiscalía General de la República y el Órgano Judicial mediante el juez de paz. El derecho a la defensa técnica gratuita implica también que la Procuraduría General de la República actúe de manera subsidiaria, cuando las condiciones económicas del imputado no permitan el autofinanciamiento de un abogado particular.

3.2.2. INSTRUCCIÓN FORMAL

La instrucción formal, que es una de los posibles resultados que puede tener la audiencia inicial, no es vista como

⁸² Sobre este punto véase más adelante el tema relativo a las soluciones alternativas al sistema penal.

la etapa esencial o fundamental del proceso penal, y todo lo contrario, el carácter marcadamente acusatorio que inspira al nuevo proceso hace que la atención se ponga sobre el juicio, de donde se concluye, con razón, que la instrucción formal tiene por objeto la preparación de la vista pública.

Mediante la instrucción formal se incrementa el nivel de participación del juez penal dentro del desarrollo del proceso, aunque claro, por ser un juez que no conoce del juicio o vista pública, y además por el ya mencionado carácter acusatorio del nuevo proceso, debe entenderse que en principio está llamado a controlar el ejercicio del poder investigativo del fiscal, garantizando la protección de los derechos del imputado y de la víctima.

Eso es lo que naturalmente se desprende de la interpretación constitucional, que hace como único investigador al Fiscal General de la República por medio de sus agentes auxiliares. Frente a esta situación hay un desfase constitucional del proceso en vista de que algunas disposiciones le dan calidad de coordinador de la investigación al juez de instrucción, en contra del modelo acusatorio. En efecto, el art. 267 del Código Procesal Penal dispone:

“El juez de instrucción coordinará la investigación del hecho contenido en el requerimiento, procurando la mayor colaboración posible entre la Fiscalía General de la República, la policía, las partes y las autoridades judiciales.

Quando sea necesario realizar actos irreproducibles fuera del área de competencia del juez, él se podrá constituir en cualquier lugar del territorio nacional, y si ello no es posible, encomendárselos a la autoridad judicial correspondiente.”

Incluso, en artículo siguiente, el Código Procesal Penal vuelve al fiscal, de alguna manera, como un ejecutor de órdenes judiciales de investigación. Así lo establece el art. 268 en su inc. 2º, que dice:

“Cuando el juez encomiende al fiscal la realización de diligencias de investigación, le fijará un plazo para que presente los resultados. No será necesario que el fiscal levante actas de los actos de investigación, salvo cuando las considere útiles para su trabajo posterior o para el desarrollo del procedimiento...”

Estas dos disposiciones son, a buen criterio, resabios histórico-políticos del modelo inquisitivo que imperaba en El

Salvador, pues se pretende que el juez sea la persona que, en las palabras del Código *coordine la investigación de los delitos*, e incluso que pueda ordenarle al fiscal la realización de ciertas diligencias, imponiéndole un plazo de tiempo para realizarlas a cabalidad, olvidándose que la función de investigación es indelegable.

La instrucción formal, como etapa dentro del procedimiento común, tiene una duración legal de seis meses como plazo máximo, sin embargo ese plazo puede ser ampliado hasta por seis meses más cuando se trate de delitos que por su complejidad requieran una prórroga dentro del plazo común de tal etapa.

La prórroga es solicitada por el juez de instrucción ante la cámara de segunda instancia⁸³ bajo cuya competencia ya sea por acto oficioso o por pedimento de alguna de las partes. Esa prórroga, establece el Código, puede ser solicitada en cualquier momento de la instrucción hasta quince días antes de la fecha señalada para la audiencia preliminar.

La instrucción formal, cuando es decretada, establece la fecha en la que se estará finalizando la etapa, la cual coincide con el desarrollo de la audiencia preliminar.

Pero durante el transcurso de la etapa de instrucción, el imputado puede ser objeto de medidas precautorias. Obviamente la más gravosa a su libertad lo constituye la detención provisional (arts. 292 y 293 C.P.P.), la cual puede ser sustituida por otras medidas menos perjudiciales (art. 295 C.P.P.). En todo caso, se establece la obligación al Juez de Instrucción para realizar una audiencia por cada tres meses, como mínimo (art. 307 C.P.P.), o cada vez que alguna de las partes se lo solicite (art. 306 C.P.P.), para revisar la viabilidad y necesidad de la medida cautelar que le ha sido impuesta.

⁸³ Es necesario recordar que por un mandato constitucional, en El Salvador deben existir cámaras de segunda instancia, que por razón general y atendiendo al proceso civil común, deben conocer de la apelación de las sentencias definitivas y de las interlocutorias que sean apelables. Obviamente ese modelo choca con la idea de un juicio acusatorio de única instancia, por lo que, mediante una decisión política, se optó para que las cámaras de segunda instancia, con competencia material en lo penal conocieran en apelación de las resoluciones interlocutorias o de nueva sustanciación que el juez de instrucción emita durante el desarrollo de esa fase procesal. Una de las atribuciones no impugnadas que se transfirió a las cámaras respectivas es, precisamente, la de conceder la prórroga de la fase de instrucción.

3.2.1. ETAPA INTERMEDIA O DE CONTROL DE LA INSTRUCCIÓN

Al cierre de la instrucción se realiza la audiencia preliminar que es celebrada por el juez de instrucción, en la cual ya se debe haber hecho constar el ejercicio propio de la acción penal, mediante la presentación de la acusación.

Sin embargo, en ese momento también se pueden utilizar o solicitar la aplicación de diferentes medidas o salidas relacionadas al sistema penal (arts. 313 y 316 C.P.P.). Una vez presentada la acusación, si seguimos el trámite que para tal efecto establece la legislación, el juez de instrucción debe intimar a las partes y citarlas para que concurren a la misma, ofreciéndoles el término legal de cinco días para que se presenten a consultar las evidencias que se tienen sobre el caso (art. 315).

Dentro de esos cinco días también es permitido que las partes señalen los vicios formales o la falta de fundamento de la acusación, así como también ofrecer la prueba que pretenden producir en la vista pública cuando se haya realizado la acusación. Ese ofrecimiento de prueba debe hacerse con indicación del objeto que se quiere probar con ellos, es decir, que la prueba debe ser pertinente (art. 317).

La audiencia preliminar busca, como finalidad esencial, depurar los elementos probatorios y los puntos sobre los cuales se admitirá la acusación fiscal, que serán, por aplicación del principio de congruencia, los puntos sobre los que las partes debatirán y se resolverá en el juicio. De tal suerte que con ella se realiza, por medio de las partes, un control de carácter judicial sobre el objeto de la acusación, y sobre la prueba y los medios que se utilizarán para probar hechos y circunstancias, buscando que sea eliminada toda aquella prueba que riña con la legalidad.

La resolución que ordena y reconoce la procedencia del juicio penal es denominada *auto de apertura a juicio* (art. 322, C.P.P.), y no es objetable o impugnabile por nadie. En él, el juez de instrucción se deberá pronunciar sobre la admisión total o parcial que haga de la acusación, así como los hechos dentro de ésta que sí se deberán tener presente al momento de la realización del juicio. Asimismo, pueden realizarse modificaciones en la calificación jurídica del delito, para el solo efecto de realizar un juicio penal que atienda al principio de

legalidad penal. Con el mismo auto, el juez intima a las partes para que se presenten ante el tribunal de sentencia a indicar lugar de notificaciones, y como partes admitidas para comparecer en el juicio.

3.2.4. JUICIO PLENARIO

La etapa del juicio plenario se realiza frente al tribunal de sentencia, que es un tribunal colegiado, no obstante que en algunos delitos, la audiencia de juicio puede ser realizada por uno solo de los jueces que lo integran (art. 53, C.P.P.)

Recibidas las actuaciones por el tribunal de sentencia, el juez presidente del mismo indica el día y hora para la celebración del juicio, el cual no puede ser realizado antes de diez días de recibidas las actuaciones remitidas por el juez de instrucción, ni después de un mes de esa fecha (art. 324 inc. 1°, C.P.P.)

Ahora bien, el error que apuntábamos sobre la confusión que genera el Código Procesal Penal con relación al modelo procesal penal de la Constitución se mantiene aún en el juicio plenario. Es decir, que la inconstitucionalidad que señalábamos en lo relativo a que la investigación de los delitos corresponde al fiscal y que el juez se debe limitar a realizar una mera actividad de control del proceso y labores de juicio y valoración de prueba, se reproduce en esta etapa. En efecto, el art. 340 del Código, que se refiere a la declaración del imputado en el juicio, establece que luego de la declaración será interrogado por el fiscal, el querellante, el defensor y los miembros del tribunal, en el orden mencionado. Con ello, los jueces que integran el tribunal de sentencia se apropian de las labores de indagación de información que corresponde al fiscal.

Aún más, el art. 348, relativo a las declaraciones de testigos y peritos, dispone que los miembros del tribunal podrán interrogar al ponente. Si atendemos al modelo de la Constitución sobre el proceso penal, recalcaremos que las facultades constitucionales para los órganos que participan el proceso penal están delimitadas.⁸⁴ Es un hecho que el juez

interrogador es un juez que se contamina con las evidencias, y por lo tanto que ya no es imparcial, precisamente lo que se ha querido evitar con la separación de las funciones del juez de instrucción y del juez de sentencia.

El debate se cierra con alegatos de las partes, con la participación de la víctima si quiere participar y al imputado se le concede el derecho a la última palabra (art. 353, C.P.P.). La deliberación procede y las pruebas se valoran en atención a las normas de la sana crítica. La sentencia definitiva sólo admite el recurso de casación.

3.2.5. RECURSOS

Esta etapa pretende el control jurisdiccional de la normalidad del juicio, permitiendo que la sentencia definitiva pueda ser anulada o modificada para adecuarla al derecho aplicable al caso. Por tratarse de un modelo marcadamente acusatorio, el proceso penal es de única instancia, lo que hace que un recurso no pueda entrometerse a conocer de prueba, pues en ello radica la separación de la instancia. Además, por el carácter oral y de inmediatez, la prueba no puede ser nuevamente producida o incorporada en el trámite de un recurso, por lo cual el sistema de recursos que se establece sólo puede entrar a conocer sobre la aplicación del derecho, modificándose así, en buen criterio, el objeto de los recursos en materia penal.

En ese sentido la casación se convierte en recurso ordinario dentro del proceso penal, que atiende a la aplicación correcta del derecho, se establece respecto de las sentencias definitivas, como regla general, aunque también es procedente dicho recurso respecto de toda resolución que le ponga fin al proceso de manera anormal o incluso que ponga fin a la pena, o que denieguen la extinción de la pena, y de las que resuelven el trámite del procedimiento abreviado.

Es interesante dentro del trámite de los recursos en materia penal, que se incorpora en El Salvador, con la nueva legislación, el conocimiento de casación por errónea aplicación de las normas de la sana crítica, lo que permite, que de una manera indirecta, el tribunal superior pueda conocer si el mecanismo de valoración de la prueba se adecuó a lo prescrito por tal sistema de valoración, y en especial, si es con-

⁸⁴ Sobre el particular hemos abundado dejando claramente establecidas las funciones constitucionales de jueces y fiscales.

gruente respecto de las reglas de la lógica formal. Ello por el hecho de que la valoración de la prueba sea impugnada.

La casación penal se puede tramitar oralmente, cuando para tal efecto, la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, a una audiencia especial, donde las partes alegarán lo conducente sobre la aplicación del derecho, en el orden práctico esto genera problemas dado que la sala en referencia sólo está compuesta por tres magistrados, con prohibición expresa de delegación de funciones, constituyendo uno de los problemas a los que se debe buscar solución rápidamente.

3.3. Procedimientos especiales

Si bien la naturaleza del proceso penal salvadoreño, está encaminada a un solo esquema de juicio ordinario se regulan en el C.P.P. algunos procedimientos que por su naturaleza se les da la calidad de procedimientos especiales. El procedimiento abreviado (adelante se analiza como salida alternativa art. 379, C.P.P.). El procedimiento en caso de Antejudio (art. 381, C.P.P.) aplicable en aquellos casos en los que se ven involucrados funcionarios públicos que de acuerdo a la Constitución están aforados. Procedimiento que se sigue ante la Asamblea Legislativa (art. 385, C.P.P.) o ante la Corte Suprema de Justicia (art. 386, C.P.P.) según sea el caso. El juicio de faltas o contravenciones que es conocido por los jueces de paz (arts. 391 y ss., C.P.P.). El juicio para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad aplicable a los imputables de conformidad con el Código Penal (art. 397, C.P.P.) y el procedimiento por delitos de acción privada que es para aquellos casos en donde por la vía excepcional el ciudadano tiene el ejercicio de la acción penal (arts. 28 y 400, C.P.P.).

3.3.1 SALIDAS ALTERNAS AL SISTEMA PENAL

Con la nueva legislación se establecen salidas colaterales que están orientadas todas a descongestionar el sistema y por lo tanto, a buscar que éste adquiera un nivel de eficiencia mayor respecto de casos que sí ponen en peligro a los diferentes bienes jurídicos penales relevantes.

Son salidas alternas al sistema penal:

- Los criterios de oportunidad de la acción penal.
- La suspensión condicional del procedimiento a prueba.
- La conciliación.
- El procedimiento abreviado.
- La desestimación.

3.3.1.1. Criterios de oportunidad

La redefinición del proceso penal pasa por una redefinición de la práctica procesal, y si en ésta había un vicio de aplicación de "oportunidades" de la acción penal, lo procedente, retomando el mismo principio de legalidad, es normar las oportunidades que el sistema va a ofrecer. Entonces, la oportunidad que antes ofrecía la policía o el fiscal, motivadas por cualquier razón, ahora sólo lo pueden hacer por las razones que parlamentariamente se han discutido y consensuado, y esto impone un doble control político: el que realiza el juez al aceptar la petición del fiscal, pues puede rechazarla; y el que realiza la víctima, quien puede perseguir el hecho por medio de acción privada, si no está de acuerdo con la oportunidad.

Los criterios de oportunidad vienen así a buscar la satisfacción de dos importantes necesidades: por una parte, a normar la oportunidad de la acción pública, evitándose así que cualquier criterio se utilice para ello, y ahora sí se evidenciará con mayor facilidad, cuándo la actuación de la Fiscalía se motiva por intereses ajenos a la legalidad; en segundo lugar se permite también que las baterías del sistema penal se orienten a casos de relevancia importante (explicación del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos), garantizándose así la eficacia del proceso.

La aplicación del criterio de oportunidad de la acción penal opera únicamente respecto de los delitos de acción penal pública y de acción penal pública dependiente de instancia particular, y atiende a criterios diversos, que son:

- Insignificancia del hecho, exigua contribución del partícipe y colaboración del imputado para que el delito no se desarrollara (extingue la acción penal).

- Colaboración del imputado para el esclarecimiento del hecho (suspende la acción penal).
- Pena natural (extingue la acción penal).
- Pena innecesaria o imposición de una pena que ha sido aplicada por otra posterior sobre un hecho conexo sea irrelevante (suspende la acción penal).

La aplicación de estos criterios corresponde al juez de paz, en el desarrollo de la audiencia inicial, o al de instrucción, durante el desarrollo de la instrucción formal y la audiencia preliminar, pero se debe contar, para ello, con la concurrencia volitiva del fiscal. Puede suceder, y así lo prevé el Código, que el juez estime procedente la aplicación de uno de estos criterios y que el fiscal del caso tenga una posición contraria a la del juez, en este caso, el criterio no es aplicado. Ello parece razonable a la luz de la normativa constitucional, toda vez que el ejercicio de la acción penal corresponde al fiscal, y por lo tanto es parte de este ejercicio la valoración sobre si una acción se ejercita o no.

Hasta el 31 de diciembre se han resuelto por la vía de la oportunidad 157 casos.⁸⁵

3.3.1.2. Suspensión condicional del procedimiento

La suspensión condicional del procedimiento a prueba opera respecto de los delitos que tienen posibilidad de ser suspendida la ejecución de su pena, es decir aquellos delitos que son sancionados con pena de prisión que no excede de tres años. En ese sentido si el mínimo de la pena es tres años de prisión y el máximo seis años como sucede en el delito de lesiones graves (art. 143, C.N.) si el fiscal con el afán de la aplicación de la suspensión condicional del procedimiento pide como *quantum* de la pena tres años procede la aplicación de la figura, porque como dice Bovino el mecanismo de la suspensión condicional de la persecución representa, en síntesis, una buena opción para utilizar respuestas alternativas a la pena tradicional, que significa beneficios para la admisión-

⁸⁵ Toda la información estadística que aparece relevada en las salidas alternativas al proceso penal ha sido tomada de la Unidad de Estadísticas de la Fiscalía General de la República, de datos consolidados hasta el 10 de julio de 1998.

tracción de justicia, para la víctima y para el imputado. Permite reducir la carga de trabajo de la justicia penal, atender a los intereses de la víctima en la reparación del daño que esta ha sufrido y beneficiar al imputado sin resignar efectos preventivos menos lesivos y estigmatizantes que los de la sanción penal tradicional.⁸⁶

Por lo anterior es que, dentro de los requisitos que la ley exige para la aplicación de esta salida es menester que el imputado admita los hechos que se le imputan, pero se establece que tal admisión no se considera como confesión del imputado, toda vez que la misma no posee ningún valor probatorio, en el hipotético caso de que la suspensión sea revocada. Además, se exige que el imputado haya reparado a la víctima los daños producidos por el delito, o que por lo menos haya llegado a un acuerdo para poder resarcirlos.

Con esta salida colateral, al imputado se le imponen algunas normas de conducta, que son las siguientes:

- Residir en un lugar determinado o someterse a la vigilancia que determine el juez.
- Prohibición de frecuentar determinados lugares o personas.
- Abstenerse del consumo de drogas ilícitas.
- Abstenerse del uso de bebidas embriagantes y del uso indebido de drogas ilícitas.
- Comenzar y finalizar la escolaridad primaria, o aprender una profesión u oficio, o seguir cursos de capacitación que determine el juez.
- Prestar trabajo de utilidad pública a favor del Estado o de instituciones de beneficencia, fuera del horario habitual de trabajo del imputado.
- Permanecer en un trabajo o empleo, o adoptar un oficio, arte, industria o profesión, en el plazo que determine el juez.
- Prohibición de portar armas.
- Prohibición de conducir vehículos.

El juez puede hacer combinaciones de estas medidas pero limitado siempre por la dignidad y estima del imputado, así como por el ámbito propio de privacidad del mismo, sus creen-

⁸⁶ Cf. Bovino, Alberto: op. cit., p. 124.

cias religiosas, políticas o sus normas de conducta que no tengan relación con el hecho delictivo en virtud del cual el procedimiento fue suspendido.

La suspensión del procedimiento oscila entre el plazo de uno a cuatro años. Al final de los mismos, la acción penal queda extinta. No obstante, el plazo de suspensión puede ser ampliado hasta por el plazo de cinco años. Esta figura es la que menos se ha utilizado desde la vigencia de las nuevas leyes presentándose hasta el 31 de diciembre únicamente 23 casos.

3.3.1.3. La conciliación

Ésta es, seguramente, la salida procesal más antigua que reconoce la legislación salvadoreña, aunque en el proceso penal resulta, prácticamente, novedosa.

La conciliación adopta diferentes manifestaciones: la reparación *in natura*, la restitución, el pago de la cosa, la indemnización, la no reincidencia, o incluso una combinación de varias de las anteriores, o algún acuerdo diferente que satisfaga el interés de la víctima y del imputado.

De ahí que, el fin político criminal de esta salida sea buscar una mejor forma de solución de conflictos para mantener la armonía social. Y yo añadiría dos efectos colaterales que se desprenden de la anterior afirmación: el proceso penal evita la reproducción de la violencia, y permite que las fuerzas del sistema optimicen su labor.

Probablemente la conciliación sea el instrumento procesal que permita una participación directa de la víctima en la consecución de la justicia. Pero debe entenderse que tal salida es aplicable sólo a unos cuantos delitos de los contenidos en el Código Penal, y son aquellos a los que alude el art. 32 del Código Procesal Penal.

El acuerdo de conciliación se puede hacer valer hasta antes de la clausura de los debates que regula el art. 353 C.P.P., lo cual pone de manifiesto el inmenso peso que la legislación procesal reconoce al acuerdo de voluntad de las partes.

Esta salida colateral del proceso es la que más ha sido utilizada desde que el C.P.P. entró en vigencia, según datos de la F.G.R., hasta el 31 diciembre se han resuelto por la vía de la conciliación 4.346 casos.

3.3.1.4. El procedimiento abreviado

Probablemente el procedimiento abreviado, procedimiento especial por cierto, sea el que ha recibido la mayor cantidad de críticas por sus discutibles transgresiones al derecho de defensa. De una u otra manera, la realización del procedimiento abreviado implica la condena sin un juicio previo, pero tal condena es producto del principio del consenso que rige para estas situaciones. Sin embargo hay mucha razón cuando se afirma que el procedimiento abreviado sirve como un mecanismo ágil para resolver el conflicto desde el inicio del procedimiento hasta la audiencia preliminar. Es cierto que al imputado se le garantiza una decisión espontánea y libre, de ahí que, en principio, el procedimiento sea aceptado conscientemente por el imputado, y aún más, querida por éste la posibilidad de recibir la condena pedida por el fiscal.

Lo anterior permite evidenciar, sin requerir para ello mayor disposición contemplativa, que la aplicación del procedimiento abreviado abre la posibilidad para que entre el imputado y el fiscal exista una negociación sobre la pena a solicitar, de tal suerte que el imputado haya podido *preestablecer* su condena.

A esta salida colateral es a la que se le debe prestar atención de una forma muy minuciosa. Luego de la confesión del hecho por el imputado, éste sabe que no existirá contradicción, o sea, debate contradictorio en la misma, de forma que su confesión se vuelve como la firma de su sentencia. Por esta facilidad para sancionar que se evidencia con el procedimiento abreviado es que debe existir un control civil de su aplicación, para evitar, por ejemplo, que la marcada inercia de castigar por castigar se vea fortalecida con una decisión legislativa que aumente el límite de pena que solicite el fiscal para que el procedimiento abreviado pueda ser utilizado. En números, desde que el C.P.P. entró en vigencia hasta el 31 de diciembre de 1998 se han resuelto por la vía del procedimiento abreviado 32 casos.

3.3.1.5. La desestimación

La desestimación es una expresión del principio acusatorio, en virtud del cual el fundamento para proceder al jui-

cio es, precisamente, la acusación. Ergo, si esto es así, la desestimación opera como una alternativa al ejercicio de la acusación, que no busca un castigo para el imputado, sino la finalización del proceso por una imposibilidad para realizar la investigación.

Por tratarse de una decisión de tal magnitud es que se faculta al juez de paz, quien es el encargado de resolver sobre esta salida, a tomar una posición de controlador del ejercicio discrecional de la acusación, comunicando al fiscal superior la decisión tomada por el inferior, pretendiendo que éste ratifique la decisión y que de esa manera opere un filtro al interior de la estructura fiscal.

El serio problema que se presenta, aun normativamente, es que tal medida procesal reúne casi los mismos requisitos que el sobreseimiento, sea provisional o definitivo, pero a diferencia de ellos, la desestimación no extingue la acción penal, pero tampoco establece un plazo mínimo después del cual la acción quedará extinta. Se entiende por tanto, que se regiría por las normas de la prescripción, sin embargo, ello haría que la desestimación sea una medida peor que el sobreseimiento provisional, cuya duración es de un año, no obstante concurrir similares requisitos para éste. Lo mismo ocurre con el sobreseimiento definitivo, pues la desestimación también procede cuando el hecho no fuere delito, que a su vez es causal de sobreseimiento definitivo.

En la práctica se abusa de esta salida colateral, pues no le extingue nunca la calidad de imputado al requerido penalmente, sino por el transcurso del plazo de la prescripción, amén de la semejanza que hay entre los requisitos de ésta y los sobreseimientos. Desde la vigencia del C.P.P. la Fiscalía ha presentado hasta el 31 de diciembre un total de 2.294 desestimaciones.

3.4. Participación de la víctima

Novedosa es la participación de la víctima en el proceso penal, dado que por primera vez se le reconocen expresamente derechos. Procesalmente hablando su actuación como parte formal se establece a través de la figura del querellante. Puede ser querellante individual, querellante conjunto, o querellante colectivo (art. 95 C.P.P.), dependiendo de los in-

tereses tutelados (individuales o colectivos o difusos). Ahora, si la víctima no se muestra parte querellante también puede participar en el proceso bajo la tutela del fiscal, así como ser notificada de todas las resoluciones que se den, recurrir de ellas, convertir la acción pública a privada cuando el fiscal la desestima, y manifestarse dentro de las audiencias del procedimiento.

3.5. Ejecución penal

Dentro del proceso de reformas al sistema penal, la ejecución de la pena ha dado un salto cualitativo al menos en materia legislativa, a partir de la sanción de una nueva Ley Penitenciaria, que recogiendo algunos principios del penitenciarismo moderno, pero sobre todo enmarcada en la doctrina de los derechos humanos, trata de dar cumplimiento al mandato constitucional que regula la finalidad de la pena de prisión. Es necesario señalar que a partir de la vigencia de la nueva normativa fueron incluidas en el Código Penal penas alternativas a la pena de prisión tales como el arresto domiciliario, el arresto de fin de semana o la prestación de trabajo de utilidad pública, que si bien es cierto son aplicadas a delitos menores (sancionados con pena inferior a tres años) son un avance en materia de regulación del castigo estatal.

En cuanto a la pena privativa de libertad, su duración está regulada en un piso de 6 meses hasta 30 años para delitos como el homicidio calificado, o conductas concursales que puedan llegar a ese límite máximo. En relación al cumplimiento de la pena tanto el Código Penal, como la Ley Penitenciaria establecen mecanismos anticipados de ejecución de la pena con el objeto de favorecer a los condenados; entre esos mecanismos podemos señalar la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la suspensión condicional extraordinaria de la ejecución de la pena; la suspensión extraordinaria de la ejecución de la pena por razones de salud o embarazo en el caso de las mujeres; la libertad condicional y la libertad condicional anticipada. Además de estos mecanismos la Ley Penitenciaria cuando regula las fases del régimen penitenciario en cuanto a la forma de la ejecución de la pena, regula cuatro fases a saber: fase de adaptación, fase ordinaria, fase de confianza y fase de semilibertad o libertad vigila-

da; lo cual significa que hay un giro completo en relación al cumplimiento de la pena por la vía de la ejecución, situación que en la legislación anterior no estaba regulada.

En relación a los organismos estatales que están a cargo de la fase de ejecución de la pena, por mandato del Órgano Ejecutivo, le corresponde al Ministerio de Justicia a través de la Dirección General de Centros Penales dirigir la política penitenciaria, así como la organización, funcionamiento y control de los centros penitenciarios, situación que da la pauta para entender que en materia administrativa le corresponde a la citada dependencia cumplir con la fase en comento. Para cumplir con dicho mandato se crean nuevas instituciones como los Consejos criminológicos, nacional y regionales que serán los organismos encargados del tratamiento penitenciario y sobre ellos recae la facultad de determinar si un condenado es o no favorecido con los beneficios penitenciarios, así como la Escuela de Capacitación Penitenciaria que se encargará de formar a los profesionales, técnicos y empleados del sistema penitenciario.

Dentro de las innovaciones en materia de ejecución penal, podemos mencionar la creación de la competencia de Vigilancia Penitenciaria, encomendada a jueces y magistrados de segunda instancia en materia de vigilancia penitenciaria y de ejecución de la pena, cuyo fin principal es que se cumpla con los criterios de determinación de la pena, y que además se respeten los derechos de los reclusos, reconocidos tanto en la ley como en los tratados internacionales de protección a los derechos humanos. En ese marco y para cumplir con las funciones de vigilancia y ejecución de la pena se crea un organismo denominado Departamento de Prueba y Libertad Asistida que será la institución operativa que controlará el cumplimiento de las reglas que se imponen a los favorecidos por beneficios penitenciarios, así como también a aquellos que son sometidos a reglas de conducta u otra medida cautelar distinta a la detención provisional.

En síntesis, podemos afirmar que al menos legalmente, las reglas de la ejecución de la pena que se establecen en la Ley Penitenciaria son un paliativo a los problemas del sistema penitenciario, sobre todo en materia de reducción del hacinamiento y en las reglas del tratamiento penitenciario

que se deben aplicar para lograr la readaptación de los condenados. El problema ahora es de aplicación práctica de la ley, por ejemplo la competencia de vigilancia penitenciaria ha sido otorgada a 10 jueces para una población promedio de 7.500 reclusos entre penados y procesados, el departamento de prueba y libertad asistida no cuenta con el personal suficiente e idóneo para el desempeño de sus funciones, sólo se ha estructurado el Consejo Criminológico Nacional, en su mayoría con funcionarios que ya estaban en el sistema, no hay Consejos criminológicos regionales y tampoco funciona la Escuela de Capacitación Penitenciaria; aunado a todo esto la infraestructura carcelaria tampoco está adecuada a las exigencias de la nueva ley.

3.5. Organización judicial

En relación a la organización judicial para hacer frente a la vigencia de la nueva normativa penal (C.P., C.P.P. y L.P.) al momento consideramos que si bien es cierto no han sido creados todos los tribunales que se requieren para un mejor desempeño de la función judicial a este momento (tres meses de la vigencia de las nuevas leyes) no se han conocido mayores problemas en cuanto a formas de aplicación de la ley. La competencia penal está estructurada de la siguiente manera:

- *Jueces de paz*: existen 322 en todo el país cuya competencia penal es el control de las diligencias iniciales de investigación y los juicios de faltas.
- *Jueces de instrucción*: se han creado 70 juzgados de instrucción que conocen de las diligencias de la fase de investigación y de las apelación de los fallos en los juicios de faltas.
- *Tribunales de sentencia*: se han creado 21 tribunales de sentencia, con tres jueces técnicos cada uno, que conocen:
 - a) de la etapa plenaria y de la vista pública en los delitos que no son sometidos a conocimiento del jurado;
 - b) de la revisión de los fallos que pronuncien;
 - c) además uno de los jueces del tribunal presidirá la vista pública en los casos de comisión de delitos menos graves, cuando el delito que se investiga está

sancionado sólo con pena no privativa de libertad o cuando en la vista pública tiene intervención el tribunal del jurado.

- *Cámaras de segunda instancia:* existen 11, cuya competencia es:
 - a) conocer del recurso de apelación;
 - b) recurso de revisión cuando hayan pronunciado el fallo que lo motiva;
 - c) de los casos especiales en que actúan como tribunales de primera instancia.
 - *Sala de lo Penal:* que conoce:
 - a) del recurso de casación penal;
 - b) de la apelación a las resoluciones de las cámaras de segunda instancia cuando conocen en primera instancia;
 - c) del recurso de revisión cuando hayan dictado el fallo que lo motiva.
 - *Tribunal de jurados:* el tribunal de jurados es un tribunal popular que está compuesto por cinco ciudadanos que son electos de entre una lista de veinte personas que son citadas para formar tribunal, su competencia está determinada para aquellos delitos en los que no conocen los tribunales de sentencia. A este respecto es necesario decir que la institución del jurado ha sido desnaturalizada en el sentido de que su competencia ha sido relegada en su mayoría a delitos menos graves, obstaculizando de esa forma el control popular sobre la administración de justicia, en aquellos delitos que afectan bienes jurídicos fundamentales, como la vida, la libertad, el patrimonio, etc. que a nuestro juicio deberían ser controlados por los jueces del pueblo, en tanto que el modelo procesal permite evitar decisiones sin convicción, en tanto que la prueba se vierte en la audiencia de juicio.
 - *Jueces de vigilancia penitenciaria y de ejecución de la pena:* se han creado 10 juzgados de vigilancia penitenciaria y de ejecución de la pena, cuya competencia está orientada a vigilar por el cumplimiento de la determinación de la pena y el control del respeto a los derechos de los internos.
- Sumando el número de jueces y tribunales de sentencia que están al frente del nuevo proceso penal tene-

mos un total de 490⁸⁷ jueces. La población salvadoreña para el año de 1997 según el último censo de población oscila entre los 5,8 millones de habitantes. La relación juez por cada 100 mil habitantes sería un aproximado de 8 jueces.

Hay que destacar que en el C.P.P. está expresamente prohibida la delegación de funciones judiciales en el secretario, quien únicamente se encarga de dar fe de las actuaciones del juez, u otros auxiliares del juzgado o tribunal (art. 128, C.P.P.). Si se permite el auxilio judicial por la vía de las comisiones rogatorias: exhortos, provisiones y suplicatorios entre autoridades judiciales. Además se cuenta con la colaboración de la Policía Nacional Civil, cuando los jueces así lo requieran. Los actos de comunicación tales como notificaciones, citaciones o audiencias son notificadas por el secretario notificador del juez o tribunal.

3.6. Organización del Ministerio Público (F.G.R.)

En relación a la organización de la Fiscalía General de la República. Hay 736 agentes fiscales diseminados en todo el país que ejercen la acción penal en los delitos de acción pública y los de acción pública previa instancia particular, esto significa que hay 14 fiscales por cada 100.000 habitantes. La división administrativa es de 3 regionales, una en cada ciudad más importante de las 3 zonas del país (San Salvador, Santa Ana y San Miguel) y 15 subregionales instaladas 4 en la zona metropolitana de San Salvador (ciudades aledañas) y el resto (11) una en cada cabecera departamental.

En cuanto a la organización por competencia especializada la Fiscalía ha dividido sus áreas de trabajo en 6 unidades y 2 departamentos. Las unidades son las siguientes:

- 1) Unidad de delitos especiales. Que conoce de los hechos punibles en los que agentes estatales son sujetos activos o sujetos pasivos del delito;

⁸⁷ El dato se ha sacado en base al número de jueces y no en base al número de tribunales. Esto con el afán de no confundir a la ciudadanía.

- 2) Unidad de delitos relativos a la vida y la integridad física;
- 3) Unidad de delitos contra el patrimonio privado;
- 4) Unidad de hurto y robo de automotores;
- 5) Unidad de medio ambiente;
- 6) Unidad de delitos contra la administración de justicia y la fe pública, y
- 7) Unidad del niño y la mujer.

Los departamentos son:

- 1) *Departamento de procuración.* Que se encarga de perseguir los delitos en donde se ven afectados los intereses del Estado verbigracia propiedad intelectual, orden económico, industria y comercio, economía nacional, contrabando de mercaderías, etcétera.
- 2) *Departamento antinarcotráfico.* Conoce de delitos contra el narcotráfico con aplicación de la ley reguladora de las actividades relativas a las drogas.⁸⁸

Hay un jefe al frente de cada unidad o departamento. En cuanto a la jerarquía de los agentes fiscales, existen fiscales que se dedican a la investigación y al ejercicio de la acción penal y fiscales superiores que se encargan de conocer la disconformidad que de acuerdo con el art. 258 C.P.P., elevan los jueces cuando los fiscales inferiores han solicitado desestimación, sobreseimiento o aplicación de criterios de oportunidad, además de las otras atribuciones de participación en el proceso penal que les confiere la ley.

4. Observaciones jurídico-empíricas

4.1. Breve desarrollo jurídico-empírico

4.1.1. DETENCIÓN PROVISIONAL

En este punto la legislación nueva no tiene nada que envidiarle a la anterior, que era marcadamente más inquisitiva, y además, que era mucho menos democratizadora o humanizadora de la persecución penal.

No obstante que la doctrina procesal, y también algunas resoluciones sobre el punto dictadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de que para tal medida cautelar se tendrá en consideración el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, que en todo caso no son más que requisitos de carácter procesal que legitiman esta forma de coerción, la aprobación del nuevo Código Procesal Penal introdujo además de los anteriores, elementos de carácter extraprocesal y material como requisitos para la imposición de esta medida.

Tales requisitos son: la reiteración u ocurrencia frecuente del delito que se trate, la peligrosidad del delincuente, la alarma social que haya generado la perpetración del delito

Estos elementos que no pueden justificar el uso de la detención provisional, al menos desde una concepción democrática, han sido rechazados, cuando estaba vigente la legislación anterior, por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en variadas resoluciones de *habeas corpus*. Sin embargo, tal posicionamiento de la sala referida ha mutado considerablemente, al extremo de avalar el uso abusivo de la detención provisional, y de desconocer las obligaciones internacionales contraídas por el Estado luego de ratificar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana Sobre derechos humanos, al punto de decir, en no pocas resoluciones, que tales instrumentos internacionales de protección a derechos humanos no obligan a la sala al momento de resolver, sino que sirven únicamente como referencias técnicas, que pueden ayudarla a tener mejores argumentos para resolver.

Cabe mencionar en este apartado que la normativa ha incluido las medidas sustitutivas a la detención provisional, para de esa forma dar cumplimiento a lo dispuesto en el P.I.D.C.P. art. 9.3 y la C.A.D.H., art. 7.5 que señalan la excepcionalidad de dicha medida. Dentro de las medidas sustitutivas que señala el C.P.P. tenemos: el arresto domiciliario, la prestación de un fianza económica, la presentación periódica al tribunal, las prohibiciones de salir del país, frecuentar determinados lugares y personas, comunicación con determinadas personas y una muy *sui generis* pero no por ello novedosa en nuestro medio: la caución juratoria. El uso de tales medidas ha sido relativamente proporcional al uso de la detención provisio-

⁸⁸ La información sobre la organización administrativa de la Fiscalía se obtuvo de un documento de la citada institución denominado *Manual del investigador eficiente*, pp. 14 a 16.

nal, según cifras de la F.G.R. hasta el 31 de diciembre se habían decretado 574 detenciones preventivas frente a 798 medidas sustitutivas de las señaladas en el art. 295, C.P.P.

Un tema muy ligado al de la detención provisional consiste en el diseño del mecanismo para impedir que tal medida de coerción procesal se convierta en una medida de coerción material o de pena. Para ello, en el Código Penal de El Salvador, se introdujo una disposición que regula el cómputo y abono de la duración de la detención provisional a la pena.

Tal disposición establece que la detención provisional se abonará a la pena impuesta a razón de 1 día de detención por un día de prisión, durante los primeros 6 meses de aplicación de la coerción procesal; a razón de 2 días de prisión por cada día de detención provisional, durante el tiempo que exceda de 6 meses sin superar el año; y a razón de 3 días de prisión por 1 de detención provisional, por el tiempo que exceda de 1 año.

Esta medida, que además es representativa de una intención política por eliminar de raíz el uso abusivo de la detención provisional y restringirle su carácter de pena anticipada, está siendo rechazada por los sectores políticos más conservadores, y con la mayoría legislativa que poseen, es previsible que sea o bien derogada, o modificada.

Incluso, la propuesta gubernamental va orientada a que la detención provisional se abone a la pena a razón de un día de prisión por uno de detención, sin importar la duración de la misma, y además, que se elimine del Código Penal y que se incorpore dentro del Código Procesal Penal, con el solo efecto de evitar la aplicación retroactiva de la misma.

Magistrados de la Sala de lo Penal incluso han manifestado en la Asamblea Legislativa que siempre advirtieron que ese art. 48 del Código Penal no tenía que ser aprobado.

Otra de las reformas planteadas e impulsadas por el gobierno, respecto de la legislación penal y procesal penal, consiste en hacer una lista de delitos a los cuales siempre se les deberá aplicar detención provisional sin permitir que se pueda aplicar alguna medida sustitutiva a la misma.

Todo parece indicar que la utilización de la detención provisional desembocará, ineludiblemente, en una crisis penitenciaria que ya comenzó, con 3 amotinamientos en un mínimo de 9 días. Situación que no es producto de la casual-

idad, si tomamos en cuenta que a partir de la vigencia de las nuevas leyes penales el número de reclusos ha disminuido. Al 17 de abril de 1998 (3 días antes de que las nuevas leyes entraran en vigencia) la población penitenciaria controlada por el Ministerio de Justicia era de 9.219 internos de los cuales 2.585 (28 %) estaban condenados y el resto de 6.634 (72 %) en prisión preventiva. Al mes de marzo los índices habían disminuido así: la existencia total de reclusos era de 6.904 de los cuales 1.851 (27 %) son condenados, y el resto 5.142 (72 %) están en prisión preventiva.

4.1.2. DURACIÓN DEL PROCEDIMIENTO COMÚN

De acuerdo con las disposiciones legales del C.P.P. el procedimiento común ordinario no puede durar más de ocho meses, y en casos excepcionales como el de la prórroga de la instrucción en casos complejos, la duración del proceso no puede exceder de 15 a 16 meses, incluso si se ha recurrido en casación de la sentencia definitiva. En ese sentido siempre hemos criticado lo dispuesto en el art. 6° del C.P.P. cuando regula el límite temporal de la prisión preventiva estableciéndola en 24 meses para los delitos graves, habida cuenta de que aun en los casos de delitos graves o complejos la investigación no puede prorrogarse por más de 1 año, no podemos pensar que la realización del juicio, incluidos los recursos tengan también 1 año de duración.

4.1.3. ORGANIZACIÓN JUDICIAL

Hay que destacar que a partir de la vigencia de la nueva normativa, el comportamiento de los operadores judiciales ha sufrido cambios bastante significativos, evidenciando la toma de conciencia de lo que para muchos jueces significa la justicia penal. Papel a destacar merecen los tribunales de sentencia, los que en su mayoría han adoptado el rol que les asigna la nueva normativa desarrollando un trabajo eficaz pero con respeto a las reglas del debido proceso. No podemos decir lo mismo de los jueces de instrucción, dado que a estos funcionarios les corresponde cargar con la mora anterior a la vigencia del nuevo C.P.P., situación ésta que ha puesto en entredicho el trabajo de los citados juzgados en tanto que los

casos antiguos parecen dormir el sueño de los justos por la dinámica que exige la nueva normativa, situación que reduce en el aun alto índice de presos sin condena.

4.2. Problemas y deficiencias del procedimiento vigente

A un año de la entrada en vigor de la nueva normativa que rige el ámbito de la justicia penal en El Salvador, es muy difícil hacer una evaluación objetiva que nos permita determinar el rumbo y la funcionalidad que las nuevas instituciones creadas a partir de la instauración del juicio oral público van a tener, sobre todo si tomamos en cuenta que el cambio se produce tanto en el ámbito legal, administrativo y cultural, siendo este último el que a nuestro juicio debemos construir para poder afianzar la consolidación del modelo de juicio instaurado. Debemos sustituir la cultura inquisitorial de la venganza, por una cultura de la tolerancia y del respeto de la dignidad humana, ideal este último que se consagra en nuestro estatuto fundamental desde 1983, y sus reformas de 1991, 1994 y 1996.

- a) En ese orden de ideas debemos señalar que entre los principales problemas a los que se enfrenta el sistema de justicia penal es el de la capacitación de los operadores judiciales; es imperativo diseñar un modelo de capacitación que sea ágil y coherente a la nueva normativa. Esta tarea que corresponde a la Escuela de Capacitación Judicial, no dudamos que ha sido asumida con madurez y profesionalismo por parte de quienes dirigen el centro de estudios aludido. Es necesario que los operadores judiciales enfrenten la normativa con mucho profesionalismo, de allí que uno de los retos fundamentales sea la readecuación de la enseñanza del Derecho penal sustantivo tanto a nivel de operadores, como a nivel de las universidades, de igual forma se debe fortalecer las técnicas de interrogatorio para no perder la característica de la oralidad del juicio. En este mismo sentido se hace necesaria la promoción de la investigación dogmático-jurídica con el método científico para ir creando nuestra propia doctrina, enmarcada en el respeto a la Constitución.

- b) Otro de los problemas que es necesario encarar tiene que ver con la divulgación a la ciudadanía del contenido y aplicación de las nuevas leyes, no hay que perder de vista que los destinatarios directos de la normativa somos todos los ciudadanos. Si el Estado no asume el papel que le corresponde de divulgar la nueva legislación, se corre el peligro que por desconocimiento y en otros casos por perversidad institucional se trastoque el sistema de tal forma que pueda desnaturalizarse. En estos pocos meses de vigencia se ha observado cómo algunas autoridades vinculadas con la administración de justicia, sobre todo las de seguridad pública, se han dado a la tarea de achacar el problema de la delincuencia a la entrada en vigencia de los códigos, olvidándose que la delincuencia y su efecto, el delito, responden a fenómenos sociales que deben ser encarados con el diseño de políticas sociales y estrategias que permitan un nivel digno de vida a todos los ciudadanos.
- c) El fortalecimiento de las instituciones involucradas en la administración de justicia y el diseño de líneas claras de política criminal, es otro de los retos a los que se enfrenta el sistema. Si bien es cierto la capacitación es un área de fortalezas institucionales, existen otros mecanismos que son coadyuvantes para alcanzar el fortalecimiento institucional. Se debe dotar a la policía y a la Fiscalía de laboratorios de investigación científica que estén acordes a los avances tecnológicos para fortalecer el área de investigación criminal que a este momento es muy deficiente; de igual manera se debe fortalecer la institución de la defensa pública para que desempeñe el rol que le corresponde en el nuevo proceso; por otra parte se debe dotar al Órgano Judicial de todos los recursos necesarios tanto humanos como materiales para el mejor desempeño de sus funciones, además debe dignificarse la labor que cada uno desempeña. Por otra parte deben diseñarse líneas claras de política criminal para poder prevenir la delincuencia y el delito, deben diseñarse instrumentos, estrategias, métodos y objetivos claros que permitan encarar dichos fenómenos sociales.

- d) La garantía de la independencia judicial, es pilar fundamental del juicio penal democrático, en ese sentido se debe respetar y fortalecer la citada garantía, no es posible a estas alturas que los jueces de la Corte sigan influyendo e interfiriendo en las decisiones de los jueces inferiores, no hay que perder de vista que en el ejercicio de la función judicial todos los jueces se encuentran en la misma posición horizontal debiéndoles ser a la Constitución y la ley en ese sentido se debe fortalecer y dotar de una real independencia tanto financiera como administrativa al Consejo Nacional de la Judicatura para que sea garante de la independencia y estabilidad de los jueces.
- e) Es necesario conciliar el problema de disfuncionalidad que existe entre fiscales y policías, si bien es cierto hay avances en relación a entender el rol que cada uno desempeña, en el ámbito operativo se sigue irrespetando en alguna medida la dirección funcional en la investigación del delito que tienen los fiscales sobre los policías. En este mismo sentido es necesario fortalecer a la policía en materia de investigación criminal, ya que es una de las áreas más deficitarias. A este respecto consideramos que es necesaria la profesionalización tanto de fiscales como de policías. En relación a esta situación somos de la opinión que los agentes fiscales deben todos ser abogados tal como se exige para los defensores (no obstante como lo hemos señalado, el C.P.P. ha dado un periodo de 2 años a partir de septiembre de 1998 para que los fiscales y defensores públicos que no son abogados puedan actuar en juicio), dada la naturaleza de la función que desempeñan; en el C.P.P. no se estableció que los fiscales deberían ser profesionales del Derecho, aunque ésta es una situación que se infiere desde el momento mismo en que se exigía a los defensores ser abogados. Creemos que una de las causas que generan la traspolación de roles obedece en muchos casos a la falta de madurez profesional que tienen los fiscales cuando son estudiantes de Derecho, sobre todo cuando el policía investigador es profesional y tiene un conocimiento más amplio de la ley.

- f) Por último queremos señalar que se debe crear una cultura de vigencia, fortalecimiento y respeto a los derechos fundamentales de la persona, tanto por los operadores judiciales como por los ciudadanos; además se debe romper de una vez por todas con la falta de credibilidad que la ciudadanía tiene en el sistema de justicia, sobre todo de los jueces, y crear mecanismos que incentiven y permitan la participación ciudadana en la administración de justicia, para que de esa forma se vuelva más eficaz y se disminuya la impunidad.

5. Bibliografía

- BINDER, Alberto: *Introducción al proceso penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.
- *Justicia penal y Estado de Derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.
- *Política criminal: de la formulación a la praxis*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.
- BOVINO, Alberto: *Temas de Derecho procesal penal guatemalteco*, Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1996.
- CAFFERATA NORES, José I.: *La prueba en el proceso penal*, Depalma, Buenos Aires, 1988.
- CLARÍA OLMEDO, Jorge: *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1982.
- FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1994.
- GIMENO SENDRA, José Vicente, et al.: *Derecho procesal. El proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- GONZÁLEZ ALVAREZ, Daniel: "La investigación preparatoria del Ministerio Público en el nuevo proceso penal costarricense", en *Revista Pena y Estado*, n° 2, 1997, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.
- GUARIGLIA, Fabricio, et al.: *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993.
- MAIER, Julio B. J.: *Derecho procesal penal. Fundamentos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996.
- *El Ministerio Público en el proceso penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.

- *Derecho penal hoy*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1995.
- MARTÍNEZ VENTURA, Jaime: *Justicia para todos*, FESPAD, San Salvador, 1997.
- MEMBREÑO, Ricardo, y URQUILLA, Carlos: *Control judicial de investigación criminal*, mimeografiado, San Salvador, 1997.
- SERRANO, Armando, et al.: *Manual de Derecho procesal penal*, San Salvador, 1997.
- SCHONBOHM, Horst: *Un nuevo sistema procesal penal en América Latina*, Konrad Adenauer-CIEDLA, Buenos Aires, 1997.
- VÁZQUEZ ROSSI, Jorge: *El proceso penal: Teoría y práctica*, Universidad, Buenos Aires, 1986.
- *Derecho procesal penal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997.
- VÉLEZ MARICONDE, Alfredo: *Derecho procesal penal*, 3ª ed., Marcos Lerner, Córdoba, 1981.
- VÉSCOVI, Enrique: *Teoría general del proceso*, Temis, Bogotá, 1984.
- *De la locura a la esperanza. Informe de la Comisión de la Verdad*, El Salvador, 1994.
- "La simplificación procesal", XI Encuentro Panamericano de Derecho Procesal, Buenos Aires, 1997.
- *Diez años de la Constitución de El Salvador; 1983-1993*, Unidad Técnica Ejecutora (UTE), El Salvador, 1994.

GUATEMALA

POR LUIS RODOLFO RAMÍREZ GARCÍA Y MIGUEL ÁNGEL URBINA*

1. Bases político-jurídicas del procedimiento penal: principios procesales penales y debido proceso constitucional (incluye convenciones regionales y universales)

1.1. Persecución penal pública y privada. Monopolio acusatorio del Ministerio Público. Legalidad y oportunidad. Organización del Ministerio Público. La función de la policía y breve noticia sobre su organización y dependencia política. La persecución penal privada en el sistema penal

El Ministerio Público es el órgano del Estado encargado de ejercer la persecución penal de los delitos de acción pública y aquellos en que la acción pública depende de instancia particular cuando la víctima ha presentado denuncia o querrela, requisito indispensable para que el Ministerio Público ejerza la persecución de tales acciones delictivas.

La delegación en el Ministerio Público de la persecución penal de los delitos de acción pública y de los delitos de acción a instancia de parte no se encuentra regulada en la Constitución Política de la República (C.P.R.), sino en el Código Procesal Penal (C.P.R.) y en la Ley Orgánica del Ministerio Público; ante esta situación, la Corte de Constitucionalidad ha interpretado que la delegación en el Ministerio Público del ejercicio de la persecución penal de los delitos de acción pública

* Miembros del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala —ICCPG.

"...es una manifestación de la acción penal..." y refuerza el argumento indicando que: "...el procedimiento preparatorio es el conjunto de actos, particularmente de investigación, que llevan a determinar si hay o no razones suficientes para meter a una persona al juicio penal; por lo mismo, es lógico que se atribuya al Ministerio Público esas funciones..." (Sentencia de la Corte de Constitucionalidad de fecha 26/2/94 considerando IV, numeral 8) dictada dentro del expediente 296-94. *Gaceta de Jurisprudencia* n° 35). Este razonamiento de la Corte de Constitucionalidad legitimó constitucionalmente el otorgamiento del ejercicio de la persecución penal de los delitos de acción pública al Ministerio Público, y con ello, la separación de las funciones de persecución penal —a cargo de los fiscales— de las de juzgar y controlar en la etapa preparatoria el respeto al sistema de garantías —a cargo de los jueces.

El ejercicio de la acción penal pública corresponde, por mandato constitucional, al fiscal general, quien es el jefe del Ministerio Público (C.P.R., art. 251).

El Ministerio Público está obligado a ejercer la persecución y la acción penal pública dentro de los límites que establece el ordenamiento jurídico, esto como consecuencia del principio de subordinación de la actuación de los funcionarios públicos a la ley (C.P.R., art. 154), y de la función contralora de legalidad que la Constitución le concede al Ministerio Público (C.P.R., art. 251); por lo tanto, para que los fiscales puedan abstenerse de ejercer la persecución o acción penal pública es necesario que en la ley se definan los presupuestos que le autorizan a no ejercerla.

La Constitución Política de la República establece la obligación de "iniciar proceso de oficio" contra los funcionarios o agentes de la autoridad que detengan ilegalmente a una persona o que no la pongan a disposición del juez dentro del término de 6 horas (C.P.R., art. 6°); así también, que: "la acción penal para enjuiciar a los infractores de los derechos humanos es pública y puede ejercerse mediante simple denuncia, sin caución ni formalidad alguna" (C.P.R., art. 45).

Los delitos cometidos por funcionarios o empleados públicos también son considerados de acción penal pública, como consecuencia de la regulación constitucional que establece que: "Los funcionarios públicos son responsables legal-

mente por su conducta oficial" (C.P.R., art. 154) y "la responsabilidad criminal se extingue por el transcurso del doble del tiempo señalado por la ley para la prescripción de la pena" (C.P.R., art. 155), a esto obedece que la legislación ordinaria excluya expresamente la posibilidad de aplicar los criterios de oportunidad a los funcionarios públicos cuando cometan hechos delictivos con abuso o en ejercicio de su cargo (C.P.P., art. 25).

Como obstáculo a la persecución y acción penal pública la Constitución regula el antejuicio; derecho que gozan ciertos funcionarios públicos, entre ellos: el Presidente, vicepresidente, ministros, diputados, magistrados, jueces, fiscales, alcaldes, gobernadores, contralor general de cuentas, fiscal general, procurador general de la Nación y procurador de derechos humanos (C.P.R., arts. 161.a), 165.h), 206, 227, 233, 251, 252, 258, 273).

El antejuicio rompe con el monopolio del ejercicio de la persecución y acción penal pública que la Constitución y las leyes ordinarias le conceden al Ministerio Público. En el procedimiento del antejuicio se regula que el órgano competente para resolver la procedencia o no de formación de causa contra un funcionario público que goza del derecho de antejuicio debe nombrar a un "juez pesquisidor", quien es el encargado de realizar la investigación e informar luego de concluida la misma, al órgano que lo designó sobre el resultado de las diligencias practicadas. Es preciso aclarar que la Constitución contempla la figura del "juez pesquisidor" únicamente para los procesos de antejuicio seguidos en contra de los diputados, sin embargo, en la legislación ordinaria se hizo extensivo para otros funcionarios que gozan de este derecho; por tanto, el Ministerio Público no puede "realizar actos que impliquen una persecución penal", salvo diligencias de investigación "cuya pérdida es de temer" (C.P.P., art. 293).

Otra de las figuras que regula la Constitución e impiden el ejercicio de la persecución penal es la amnistía por delitos políticos o comunes conexos. La amnistía únicamente puede ser decretada por el Congreso de la República y siempre que lo exija la conveniencia pública (C.P.R., art. 171 g).

La Constitución establece que el Ministerio Público es una institución con funciones autónomas, y de allí, uno de los principios que rigen la organización de esta institución es

la autonomía funcional y económica, la cual se regula en la legislación ordinaria. La Corte de Constitucionalidad al respecto ha señalado que dado que la Constitución le otorga al Ministerio Público funciones autónomas, "...no le permite estar subordinado a las instrucciones del Presidente de la República;..." (sentencia de la Corte de Constitucionalidad de fecha 14/6/95, considerando III, numeral 1, dictada dentro del expediente 662-94. *Gaceta de Jurisprudencia* n° 36.)

El fiscal general es designado por el Presidente de la República de una lista de 6 candidatos propuestos por una comisión de postulación integrada por el "presidente de la Corte Suprema de Justicia, los decanos de las facultades de Derecho o de Ciencias Jurídicas y Sociales de las universidades del país, el presidente de la Junta Directiva del Colegio de Abogados y Notarios y el presidente del Tribunal de Honor de dicho Colegio" (C.P.R., art. 251).

Los demás aspectos relativos a la organización del Ministerio Público se encuentran regulados en su ley orgánica.

El Código Procesal Penal regula la subordinación de la Policía Nacional Civil al Ministerio Público cuando cumple tareas de investigación. La subordinación de la policía ha sido legitimado por la Corte de Constitucionalidad con el argumento siguiente: "...es obvio que la policía está obligada a colaborar con él —se refiere al Ministerio Público— y para que esa colaboración sea efectiva es necesaria la vinculación directa con el Ministerio Público, lo que implica subordinación,..." (sentencia de la Corte de Constitucionalidad de fecha 26/2/95, considerando IV, numeral 9, dictada dentro del expediente 296-94. *Gaceta de Jurisprudencia* n° 35).

La Policía Nacional Civil depende jerárquicamente del Presidente de la República, ya que a él corresponde ejercer el mando de toda la fuerza pública (C.P.R., art. 183 d). Dependencia que según la sentencia antes citada no se ve afectada por el principio de subordinación de la Policía Nacional Civil al Ministerio Público cuando realiza tareas de investigación.

En el proceso penal la policía no puede desarrollar funciones autónomas; su actividad siempre está subordinada al Ministerio Público y a los tribunales, excepto los casos de diligencias urgentes para el resguardo de los medios de in-

vestigación y evitar la fuga de quienes puedan ser los responsables, en este sentido, la Constitución le faculta para detener a las personas "por orden judicial o en caso de delito flagrante" (C.P.R., art. 6°). Al producirse la detención, los agentes de policía que la hubieren practicado, tienen la obligación de poner a disposición de juez competente a la persona detenida en un plazo que no exceda de 6 horas, así también, informar al detenido sobre la causa que motivó su detención, la autoridad que la ordenó, en su caso, el lugar en que permanecerá y el derecho a proveerse de un defensor (C.P.R., arts. 7° y 8°). En cuanto a la forma en que debe dársele la información al detenido, la Constitución establece que puede ser verbal o escrita, pero siempre de manera comprensible para el detenido.

La policía no puede interrogar al detenido (C.P.R., art. 8°) y en todo caso el interrogatorio que realice ante la autoridad policial carece de valor probatorio (C.P.R., art. 9°), así también, se prohíbe expresamente que las autoridades policiales "...presenten de oficio, ante los medios de comunicación social..." a las personas que han sido detenidas sin que previamente hayan sido escuchadas por tribunal competente (C.P.R., art. 13).

La organización de la policía se encuentra definida en su ley orgánica y en los reglamentos.

En definitiva el único ente del Estado encargado de ejercer la persecución y acción penal pública es el Ministerio Público. El ejercicio de la persecución y acción penal de los delitos de acción privada corresponde exclusivamente a la víctima o agraviado (C.P.P., art. 24 quater), sin embargo, la legislación procesal regula que cuando es necesario practicar alguna diligencia de investigación para individualizar al imputado o establecer en forma clara y precisa el hecho delictivo, el agraviado debe requerir por escrito al tribunal de sentencia que envíe el expediente al Ministerio Público para que practique las diligencias de investigación conforme las reglas del procedimiento preparatorio, quien deberá devolver el expediente al tribunal una vez que haya realizado las diligencias para que se continúe el trámite de la causa conforme el procedimiento especial para los delitos de acción privada (C.P.P., art. 476).

1.2. Garantías individuales del imputado: defensa, inocencia, nemo tenetur, prohibiciones probatorias ne bis in idem, facultades de injerencia estatal y sistema de control judicial. La defensa pública, breve referencia empírica

La Constitución Política de la República regula en forma genérica que: "La defensa de la persona y sus derechos son inviolables" (C.P.R., art. 12), la cual comienza desde el momento de la detención del imputado (C.P.R., art. 8°). La autoridad que práctica la detención está obligada a informar al detenido del derecho que tiene a ser asistido por un abogado defensor, quien puede intervenir sin limitación alguna en todas las diligencias policiales. El detenido y su abogado defensor tienen el derecho a conocer todas las actuaciones, documentos y diligencias sin reserva alguna (C.P.R., art. 14).

Los tratados internacionales desarrollan otros principios que integran la garantía de defensa del imputado, los cuales de conformidad con la regulación constitucional tienen preeminencia sobre el Derecho interno (C.P.R., art. 46), cuando han sido aceptados y ratificados por Guatemala. Entre estos principios se encuentran: el derecho a conocer la imputación desde el momento de la detención o la primera actuación dirigida en su contra [P.I.D.C.P., art. 14.3 d), C.A.D.H., art. 8.2 b)]; el derecho a la defensa técnica y material [P.I.D.C.P., art. 14.3 d), C.A.D.H., art. 8.2 d) y e)]; el derecho a controlar la producción de la prueba y proponer prueba de descargo [P.I.D.C.P., art. 14.3 e); C.A.D.H., art. 8.2 f)]; el derecho a ser asistido por intérprete si no comprende o habla el idioma del tribunal [P.I.D.C.P., art. 14.3 f); C.A.D.H., art. 8.2 a)]; y, el derecho a contar con el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa [P.I.D.C.P., art. 14.3 b); C.A.D.H., art. 8.2 c)].

Con relación a la defensa del imputado la Corte de Constitucionalidad ha señalado que: "...el reconocimiento de los derechos individuales no pasaría de ser un mero enunciado de nobles aspiraciones, si no se provee al mismo tiempo de las garantías jurisdiccionales que aseguren su plena vigencia, de donde la defensa de los derechos se erige como uno de los postulados básicos de un Estado constitucional de Derecho y también con carácter fundamental por ser inherente a la persona. Así, tal y como lo proclama nuestra Ley Suprema,

sólo es legítima la condena o privación de los derechos de las personas cuando el acto de autoridad que los contiene ha tenido como antecedente ineludible la debida noticia al interesado y la oportunidad de una adecuada defensa. Resulta entonces que el principio jurídico del debido proceso es elemento esencial del Derecho que se viene examinando, pues involucra el conjunto de garantías que deben revestir los actos y procedimientos que conduzcan a las decisiones judiciales o administrativas que tengan efectos vinculantes" (sentencia de la Corte de Constitucionalidad de fecha 9/2/90, dictada dentro del expediente 192-89, *Gaceta de jurisprudencia* n° 15).

La garantía de inocencia se encuentra regulada en la Constitución de la República en la siguiente forma: "Toda persona es inocente, mientras no se le haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada" (C.P.R., art. 14), y prohíbe expresamente que las autoridades policiales presenten ante los medios de comunicación a las personas detenidas que no han declarado (C.P.R., art. 13), con el objeto de evitar que la persona sufra una condena social anticipada ante la imputación de un hecho delictivo.

Los tratados y convenios internacionales regulan esta garantía como "presunción de inocencia (D.U.D.H., art. 11.1.; D.A.D.D.H., art. XXV; P.I.D.C.P., art. 14.2.; C.A.D.H., art. 8.2.), y la subordinan a que se pruebe la culpabilidad de la persona conforme a la ley. Esto introduce la obligación del Estado de demostrar en el juicio la responsabilidad del imputado y como consecuencia de ello destruir el estado de inocencia, ninguna persona puede ser condenada o privada de sus derechos mientras no sea "...vencida en proceso legal, ante juez o tribunal competente y preestablecido" (C.P.R., art. 12).

El estado de inocencia se complementa con las disposiciones de los principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención (adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 43/173 del 9 de diciembre de 1988), el cual en el principio 8 y 36.1. establece, respectivamente, que: "Las personas detenidas recibirán un trato apropiado a su condición de personas que no han sido condenadas..." , "...se le tratará como tal—inocente— mientras no haya sido probada su cul-

pabilidad conforme a derecho en un juicio público en el que haya gozado de todas las garantías necesarias para su defensa...". En este sentido, la Constitución regula que los centros de detención para personas sujetas a prisión provisional deben ser distintos de aquellos destinados para el cumplimiento de condenas (C.P.R., art. 10).

El derecho a declarar libremente —*nemo tenetur*— regula en la Constitución en la forma siguiente: "En proceso penal, ninguna persona puede ser obligada a declarar contra sí misma, contra su cónyuge o persona unida de hecho legalmente, ni contra sus parientes dentro de los grados de ley" (C.P.R., art. 16). Al respecto, en el Código Civil se reconoce el parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado, el de afinidad dentro del segundo grado y el parentesco civil que nace de la adopción entre adoptante y adoptado el cual no forma grado (Cód. Civil, art. 190). La extensión a otros sujetos del derecho a declarar libremente obedece a la forma en que la Constitución regula la protección de la familia (C.P.R., art. 47).

En los tratados y convenciones internacionales el derecho a declarar libremente se refiere a una garantía exclusiva del imputado, quien no puede ser obligado a declarar contra sí mismo ni declararse culpable [P.I.D.C.P., art. 14.3 g), C.A.D.H., art. 8.2 g)].

El derecho a declarar surge a partir de la detención o de la existencia de la imputación de un hecho delictivo en contra de la persona. En todo caso es obligación de los jueces recibir la declaración del detenido dentro de un plazo que no exceda de 24 horas (C.P.R., art. 8°) a partir del momento en que fue detenido.

La Constitución Política de la República establece expresamente dos prohibiciones probatorias: la primera, se refiere a la prohibición de la declaración extrajudicial, en este sentido regula: "La declaración extrajudicial carece de valor probatorio" (C.P.R., art. 9°), y, la segunda, a la inviolabilidad de la correspondencia, documentos y libros; al respecto, establece que los documentos o informaciones obtenidas con violación a los procedimientos establecidos "no producen fe ni hacen prueba en juicio" (C.P.R., art. 24).

Como principio general, relacionado a las prohibiciones probatorias, la Constitución regula que: "Serán nulas (pro-

hibire las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza" (C.P.R., art. 44). Esta regulación incorpora en forma amplia la nulidad de las actuaciones que se hubieren obtenido con violación de los derechos garantizados por el ordenamiento constitucional y tornan operativa la obligación del Estado de garantizar y proteger la seguridad e integridad de las personas (C.P.R., art. 3°).

Los tratados y convenios internacionales no se refieren en forma expresa a las prohibiciones probatorias, por lo que rige la obligación del Estado de generar los mecanismos que tornen operativos los derechos y garantías reconocidos en dichos tratados y convenios.

Con relación a la persecución penal múltiple —*ne bis in idem*— la Constitución regula que: "Ningún tribunal o autoridad puede conocer de procesos fenecidos, salvo los casos y formas de revisión que determine la ley". En este sentido el Código Procesal Penal regula el procedimiento de revisión de los casos siempre a favor del imputado, lo cual es congruente con la forma en que se regula la no persecución múltiple en los tratados y convenios internacionales, los cuales establecen la prohibición de juzgar y sancionar a una persona por hechos o delitos por los cuales haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento de cada país (P.I.D.C.P., art. 14.7, C.A.D.H., art. 8.4.).

Las posibilidades de injerencia estatal; se encuentran limitadas por el sistema de derechos y garantías que el ordenamiento jurídico del país le reconoce a toda persona. La Constitución Política de la República establece como derechos ciudadanos la inviolabilidad de la vivienda, de la correspondencia, de los documentos, de los libros, y de las telecomunicaciones, así también, prohíbe el registro de las personas y los vehículos, salvo causa justificada (C.P.R., arts. 23, 24 y 25), derechos que también son reconocidos por los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos (P.I.D.C.P. art. 17; D.A.D.H., arts. IX, X; C.A.D.H., art. 11.2.).

Con relación a la inviolabilidad de la vivienda la Constitución permite que sea allanada cuando existe orden escrita de juez competente en la que se especifique el motivo de la diligencia. La diligencia de allanamiento según la Constitu-

ción, sólo puede realizarse entre las 6 y las 18 horas (C.P.R., art. 24).

En cuanto a la inviolabilidad de la correspondencia, de documentos y libros la Constitución permite su revisión o incautación cuando existe resolución firme dictada por juez competente y con las formalidades legales (C.P.R., art. 25). Según interpretación de la Corte de Constitucionalidad las comunicaciones telefónicas, radiofónicas, cablegráficas y otros productos de la tecnología moderna no pueden ser intervenidos "...ya que la Constitución garantiza el secreto de las comunicaciones, sin excepción alguna..." (sentencia de la Corte de Constitucionalidad de fecha 26/2/95, considerando IV, numeral 15) dictada dentro del expediente 296-94, *Gaceta de Jurisprudencia* n° 35).

El registro de personas y vehículos solamente puede ser efectuado por funcionarios o agentes de las fuerzas de seguridad y siempre que se establezca causa justificada para ello. Los elementos de las fuerzas de seguridad deben pertenecer al mismo sexo que los requisados y guardar el respeto a la dignidad, intimidad y decoro de las personas (C.P.R., art. 25). Tal y como se encuentra redactada dicha regulación constitucional deja un margen de discrecionalidad muy amplio con relación al establecimiento de la existencia de "causa justificada" para el registro de personas y vehículos, sin embargo, una interpretación sistemática de la Constitución permite concluir que únicamente se justifica el registro de personas y vehículos cuando existe una orden de juez o la concurrencia de un delito flagrante; de lo contrario se estaría vulnerando el principio de libertad de acción que establece que: "Toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe; no está obligada a acatar órdenes que no estén basadas en ley y emitidas conforme a ella. Tampoco podrá ser perseguida ni molestada por sus opiniones o por actos que no impliquen infracción a la misma." (C.P.R., art. 5°).

La defensa pública, como institución, no se encuentra regulada en la Constitución; sin embargo, su necesidad surge de la obligación del Estado de garantizar la inviolabilidad de la defensa (C.P.R., art. 12), a efecto de proveerle al imputado un defensor técnico, cuando éste no hubiere designado uno de su confianza (C.A.D.H., arts. 2 y 8.2.).

1.3. Características del juicio previo a la condena e imparcialidad de los jueces del tribunal de sentencia (juez natural y exclusión de jueces que han operado en otro período del procedimiento)

La garantía de juicio previo se encuentra regulada en la Constitución en la forma siguiente: "Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin antes haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido" (C.P.R., art. 12). Esta disposición constitucional exige como presupuesto indispensable para destruir el estado jurídico de inocencia de la persona la existencia de un proceso legal en el que se materialicen todas las garantías que el ordenamiento jurídico le reconoce a los individuos, tal y como lo regulan el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (P.I.D.C.P., art. 14; C.A.D.H., art. 8.1.). De esta manera la legislación interna exige como características del juicio previo la materialización de todas las garantías individuales tendientes a generar seguridad jurídica, es decir, un juicio en el que se materialice la inviolabilidad de la defensa, el tratamiento como inocente del imputado, la incoercibilidad del imputado como órgano de prueba, la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia, la imposibilidad de sustraer a las partes procesales del juez natural. En este sentido puede decirse que el modelo constitucional propugna por un juicio previo en el que se materialice el contradictorio, la oralidad, la inmediatez y la publicidad; esta última característica es consecuencia del sistema republicano de gobierno, la cual se encuentra expresamente regulada en la Constitución Política de la República, en la forma siguiente: "Todos los actos de la administración son públicos". En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Declaración Universal de Derechos Humanos se regula con mayor claridad el derecho de la persona a "...ser oída públicamente..." (P.I.D.C.P., art. 14; D.U.D.H., art. 10).

La imposibilidad de ser sustraído al juez natural se encuentra garantizado por la regulación constitucional que establece el derecho a ser juzgado por un tribunal competente y preestablecido, así como la prohibición de constituir tribunales *ad hoc* para el juzgamiento de las personas. En este

sentido la Constitución establece que: "Nadie podrá ser juzgada por tribunales especiales o secretos..." (C.P.R., art. 12).

Con relación al juez preestablecido la Corte de Constitucionalidad ha indicado que: "...se refiere a una garantía para la protección de los derechos individuales, en este caso una garantía judicial que se refiere al propio órgano jurisdiccional, el juez natural o juez legal. Consiste en la atribución de potestades para juzgar, a aquel juez o tribunal predeterminados por la ley y que evita el funcionamiento del juez *ad hoc* o *ex post facto* y mucho menos, los tribunales secretos, proscritos terminantemente por la C.P.R." (sentencia de la Corte de Constitucionalidad de fecha 17/12/86, dictada dentro del expediente 142-86, *Gaceta de Jurisprudencia* n° 2).

La regulación constitucional no es clara con relación a la prohibición de los jueces para conocer en distintas fases del procedimiento, salvo en el caso de la segunda instancia y en casación (C.P.R., art. 211). No obstante lo anterior, la garantía de juez imparcial exigiría la exclusión de aquellos jueces que han intervenido en otras fases del procedimiento para integrar el tribunal de juicio y emitir la sentencia.

1.4. Independencia política de los tribunales: reglas fundamentales al respecto y organización

La independencia política del Poder Judicial es una consecuencia del sistema republicano de gobierno. La Constitución prohíbe expresamente la subordinación entre los poderes del Estado (C.P.R., art. 141) y establece: la independencia funcional y económica del organismo judicial, la estabilidad de los jueces por el período para el cual fueron nombrados y la potestad, de este organismo, para seleccionar al personal que formará parte del mismo (C.P.R., art. 205). Para garantizar la independencia judicial la Constitución establece que: "A quienes atentaren contra la independencia del Organismo Judicial, además de imponérseles las penas fijadas por el Código Penal, se les inhabilitará para ejercer cualquier cargo público" (C.P.R., art. 203).

La independencia funcional de los tribunales y de los jueces en particular se encuentra garantizada en la Constitución cuando regula: "Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de los juz-

gados. Los otros organismos del Estado deberán prestar a los tribunales el auxilio que requieran para el cumplimiento de sus resoluciones. Los magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y únicamente están sujetos a la Constitución de la República y a las leyes" (C.P.R., arts. 203 y 204). Esta disposición se encuentra limitada por la misma Constitución al establecer que: "El presidente del Organismo Judicial lo es también de la Corte Suprema de Justicia cuya autoridad se extiende a los tribunales de toda la República" (C.P.R., art. 214), y por el desarrollo que en la legislación ordinaria se hace de las potestades que tiene la Corte Suprema de Justicia y el presidente del Organismo Judicial.

Para tornar operativa la independencia económica se le otorga a la Corte Suprema de Justicia la potestad de "...formular el presupuesto..." (C.P.R., art. 213), y se le asigna constitucionalmente una cantidad no menor al 2 % del presupuesto de ingreso ordinarios del Estado, que deberá entregársele cada mes en forma proporcional y anticipada; también, establece como fondos privativos del Poder Judicial los derivados de la administración de justicia.

La Corte Suprema de Justicia —máximo tribunal ordinario del país— es elegida por el Congreso de la República de una lista de 26 candidatos que le remite una comisión de postulación integrada por: un representante de los rectores de las universidades del país, quien la preside, los decanos de las facultades de Derecho o Ciencias Jurídicas y Sociales de cada universidad del país, un número equivalente de representantes electos por la Asamblea General del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala y por igual número de representantes electos por los magistrados titulares de la Corte de Apelaciones y demás tribunales colegiados con la misma categoría (C.P.R., arts. 215 y 217).

Los magistrados de las cortes de apelaciones también son electos por el Congreso de la República de una nómina de candidatos que contenga el doble del número de magistrados a elegir, propuesta por una comisión de postulación integrada por un representante de los rectores de las universidades del país, quien la preside, los decanos de las facultades de Derecho o Ciencias Jurídicas y Sociales de cada universidad del país, un número equivalente de miembros electos

por la Asamblea General del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, y por igual número de representantes electos por los magistrados de la Corte Suprema de Justicia (C.P.R., art. 217).

El nombramiento de los jueces, secretarios y personal auxiliar de los tribunales son nombrados por la Corte Suprema de Justicia (C.P.R., art. 209).

Tanto los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, como los magistrados de las cortes de apelaciones y los jueces son electos o nombrados para un período de 5 años. Durante ese período la Constitución establece que no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados, sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley (C.P.R., art. 210). En este sentido, la Constitución le garantiza a los magistrados y jueces el derecho de antejuicio (C.P.R., art. 206).

En el caso de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, el antejuicio es conocido por el Congreso de la República, y, en el de los demás magistrados y jueces le corresponde conocerlo a la Corte Suprema de Justicia (C.P.R., arts. 165 h), y 206).

2. *Síntesis acerca del procedimiento derogado y su adecuación a los principios anteriores*

2.1. **Fuentes *strictu sensu* del Derecho procesal penal nacional. Síntesis acerca del procedimiento derogado y su adecuación a los principios anteriores**

A partir de 1524 se inicia en la región centroamericana el proceso de conquista y colonización. El impacto de este proceso, devastador para la población indígena, consistió desde el inicio en la transformación de la organización social en los nuevos territorios del dominio de la Corona española, basado en la separación entre pueblos de indios y ladinos. El control social de los pueblos indígenas se logró a través de la organización jerarquizada del poder colonial. Para el efecto, se implementó en los pueblos de indios un control ideológico garantizado por el sector religioso; el núcleo de ladinos del pueblo servía de intermediario entre el foro local y la metrópoli; ejercía funciones jurisdiccionales y, a su lado, existía el

cabildo de indios integrado por el sistema de cargos de la comunidad, en los que se delegaba funciones de administrar justicia, de conformidad con su propia cultura, en los asuntos que no afectaran al poder central.

Para la intervención en los conflictos que afectaban al poder colonial, se estructuró el sistema inquisitivo heredado de la metrópoli, basado en la persecución de oficio, el procedimiento escrito, la delegación de funciones, y también, con efecto devolutivo hasta arribar al poder central español, pasando por los distintos espacios de control colonial.

Para los conflictos que no afectaban al poder colonial, el sistema de organización de los pueblos de indios siguió utilizando sus mecanismos de resolución de conflictos, situación que permitió, con las modificaciones que el proceso histórico implica, mantener rasgos culturales hasta la actualidad: una justicia tendiente más a la reparación y cohesión social que al castigo y, por lo tanto, oral y no burocrática.

Con el movimiento de independencia de 1821, el proceso de reforma de la justicia no sufrió modificaciones sino hasta que Mariano Gálvez, en 1836, planteó la reforma integral, con la incorporación de los Códigos de Livingston. La política liberal de esta época intentó la creación de un sistema democrático y el establecimiento del Estado de Derecho. Tanto en la Constitución como en la legislación ordinaria, se reconocieron derechos individuales que en materia procesal tuvieron su máxima expresión en los juicios orales y públicos, así como la inclusión del sistema de jurados para garantizar la participación ciudadana en la administración de justicia.

El proceso de transformación de la justicia fue rechazado por los diferentes sectores de poder, retornando al sistema inquisitivo heredado de la colonia. La principal razón que se expuso para ello fue: que el pueblo no estaba preparado para la incorporación de instituciones tan avanzadas como el juicio oral, público y por jurados. Así lo manifiesta la resolución de la legislatura de 1838 que derogó los Códigos de Livingston: "que aunque el que se observaba anteriormente por la práctica y leyes españolas tiene vicios notables, y no es acaso conforme a nuestras instituciones fundamentales y sistemas de gobierno, es el único conocido en el Estado y a que están acostumbrados sus habitantes, por lo que de su ejecución puede solamente esperarse la tranquilización de

los pueblos, llenar en cuanto cabe por ahora sus votos y exigencias y evitar por más tiempo la impunidad, fuente de los delitos y creciente desmoralización de los pueblos, mientras pueda plantearse un sistema más adecuado y uniforme".¹ Esta resolución marcó la historia del proceso de reforma, con el retorno al sistema colonial.

Con excepción del recurso de exhibición personal, todo el proceso de reforma fue relegado históricamente. Diversos códigos se sucedieron en el transcurso de los siglos XIX y XX: 1877, 1898 y 1973, pero todos mantuvieron el sistema inquisitivo, razón por la cual se afirma: "Los sucesivos códigos no generaron cambios reales en la administración de justicia penal, hasta el punto de que, finalmente, se desarrolló una costumbre judicial, inmune a las modificaciones legislativas, que acentuó la falta de intermediación, propició la delegación de funciones judiciales y hasta transformó el sistema escrito, de registros, en una justicia de formularios, en la cual las frases hechas esconden la falta de fundamentación y, por consiguiente, el uso de la íntima convicción como regla de valoración de la prueba".²

2.2. Estructura del procedimiento común, con determinación del órgano estatal que asume cada fase del procedimiento. Recursos contra la sentencia

En Guatemala, el sistema inquisitivo se extiende hasta el 1º de julio de 1994, fecha en que deja de tener vigencia el último Código Procesal Penal promulgado en 1973 caracterizado por la secretividad, la escritura en todas las fases del procedimiento, la concentración de funciones de investigación y de decisión en el juez de instrucción, la falta de mecanismos que tornaran operativas las garantías del imputado a lo largo de todo el proceso penal y la conversión automática en prueba durante el juicio de toda la información recabada durante el sumario. El excesivo formalismo y la cultura del registro por

¹ VELA, David: "Vida, pasión y muerte de los Códigos de Livingston", en *Justicia penal y sociedad*, n° 0, p. 65.

² MAIER, Julio B. J., y BINDER, Alberto M.: *Presentación Anteproyecto Código Procesal Penal de Guatemala*, 1989, p. 4.

medio de la escritura, favorecía la delegación de funciones a funcionarios menores, imposibilitando la inmediación del juez en todas las fases del proceso (C.P.P.D., art. 44).

El procedimiento común se estructuraba básicamente en dos etapas: la investigación y el juicio o plenario. El procedimiento intermedio se encontraba prácticamente diluido y correspondía al juez de sentencia decidir sin control alguno la apertura del juicio.

El periodo de investigación se realiza en dos etapas: las primeras diligencias, a cargo del juez de paz (C.P.P.D., art. 318), que comprenden las actuaciones urgentes —comprobación del cuerpo del delito, declaraciones de sindicado, ofendidos y testigos presenciales y otras—; y el sumario, con una duración de 15 días, término en el cual el juez de primera instancia debía completar las actuaciones encaminadas a preparar el juicio.

La legislación procesal le otorgaba al juez de instrucción amplias facultades para intervenir dentro del procedimiento, en especial lo referido a la dirección de la investigación (C.P.P.D., art. 63), y para dictar medidas que no estuvieran específicamente señaladas por la ley (C.P.P.D., art. 125), lo cual generaba una crisis del carácter independiente e imparcial del juez y relegaba al Ministerio Público a figura decorativa, aun cuando la ley procesal le asignaba el ejercicio de la acción pública (C.P.P.D., art. 68), promover la investigación, la ejecución de las resoluciones judiciales y, en general, la pronta y cumplida administración de justicia (C.P.P.D., art. 16).

Es característica de este procedimiento la persecución penal obligatoria de todos los delitos y faltas puestos a conocimiento del juez, lo que implicaba arbitrariedad en la selección de conflictos, conformando un sistema ineficaz por naturaleza. Una vez iniciado el proceso por cualquier forma (denuncia, querrela o conocimiento de oficio), la persecución penal no podía suspenderse, salvo en los delitos de acción privada en los cuales la víctima estaba facultada para desistir de la persecución, con lo cual se podía sobreseer el caso (C.P.P.D., arts. 284 y 285).

La aplicación de la prisión preventiva constituía la regla y no la excepción. Para la imposición de esta medida de coerción se requería cierto grado de desarrollo de la imputación:

la comisión de un delito y motivos suficientes para creer que el imputado podría resultar culpable (C.P.P.D., art. 544.) a cual en la práctica no se cumplía. Cuando no se daban los elementos para dictar la prisión preventiva, el juez dejaba la libertad al sindicado, que era otorgada en forma provisional bajo caución juratoria (C.P.P.D., art. 557). La legislación también regulaba la posibilidad de aplicar medidas sustitutivas a la prisión preventiva: fianza y detención domiciliaria. En el caso de la fianza —depósito en dinero, hipotecaria, prendaria o fiduciaria—,³ se podía aplicar en los delitos cuya pena máxima no excediera de 5 años, cuando la pena esperada era de multa, o en el caso de que el procesado estuviera enfermo y el centro donde está recluso no permita su curación o tratamiento (C.P.P.D., art. 578).

En los delitos cuya pena máxima no excediera los 5 años la fianza se podía otorgar siempre y cuando: del desarrollo del proceso pudiera preverse que se aplicaría un sobresentimiento o bien la absolución; la persona pudiendo ser condenada, no necesariamente tuviera que volver a prisión; se tratara de delitos donde opera el perdón del ofendido o el desistimiento; y, si la persona hubiera cumplido en prisión provisional la tercera parte de la pena que se esperaba y fuera conmutable (C.P.P.D., art. 573).

Como restricciones generales para el no otorgamiento de la fianza se regulaban disposiciones relativas a las características del autor (delincuentes reincidentes o habituales); así como, restricciones a ciertos delitos relacionados con la vida, la integridad física, delitos políticos, uso y transporte de armas prohibidas, narcotráfico, la propiedad y la libertad y delitos cometidos con fines subversivos (C.P.P.D., art. 575). En el caso de lesiones no se podía otorgar la libertad bajo fianza mientras no se estableciera por medio del informe médico legal el tiempo de curación del ofendido y las consecuencias de la lesión (C.P.P.D., art. 576). Como prohibiciones especiales para el otorgamiento de la libertad bajo fianza se establecían: los casos de lesiones culposas causadas en estado de ebriedad o bajo efectos de drogas; los hechos pro-

³ En el caso de la fianza fiduciaria, se otorga siempre y cuando la pena máxima no pase de 3 años de prisión o que se espere una pena de multa (C.P.P.D., art. 558).

ducidos por conductores de transporte colectivo o escolar; la omisión de auxilio a la víctima pudiendo hacerlo; la fuga del sindicado del lugar del hecho, inmediatamente después de acontecido; los relacionados con la obligación de prestar alimentos a sus dependientes, cuando no hubieran garantizado el pago de las pensiones atrasadas y futuras (C.P.P.D., art. 577).

La detención domiciliaria podía otorgarse cuando la sanción era de multa o de prisión cuyo máximo no excediera los 3 años. Para aplicar esta medida de coerción, el juez debía tomar en cuenta, entre otros elementos: la conducta anterior del sindicado, la repercusión social del hecho, su arraigo y la posibilidad de fuga del imputado (C.P.P.D., art. 583). El régimen al que se sometía a la persona consistía en la prohibición de salir de un poblado determinado sin autorización del juez y la obligación de presentarse todos los días y a determinada hora ante la autoridad designada (C.P.P.D., art. 584).

En este procedimiento se hacía evidente la vulneración al ejercicio del derecho de defensa, el cual, no obstante era obligatorio (C.P.P.D., art. 148) y reconocido como una institución de orden público (C.P.P.D., art. 142) a favor del imputado, que podía ejercerlo un abogado (C.P.P.D., art. 143), o bien defensores de oficio, que podían tener tal calidad o ser ejercida por cualquier persona o miembro de los bufetes populares de las universidades (C.P.P.D., arts. 153 y 154), durante la primera declaración quedaba a discreción del sindicado ejercer este derecho e incluso podía prestar declaración sin la presencia de un defensor (C.P.P.D., art. 411), provocando su indefensión, pues en este proceso se privilegiaba la confesión como medio de prueba en cualquier momento del procedimiento (C.P.P.D., art. 489). En el plano fáctico, la carencia de una defensa "real" gratuita para personas de escasos recursos se constituyó en uno de los impedimentos para el logro de una justicia eficiente y justa.⁴

A pesar de que se reconoce la presunción de inocencia (C.P.P.D., art. 33), la defensa tenía a su cargo probar y alegar la inculpabilidad o inocencia del sindicado (C.P.P.D., art. 635).

⁴ SALAS LUIS, y RICO, José María: *La justicia penal en Guatemala*, Universidad Internacional de Florida, Editorial Universitaria Centroamericana, 1989. p. 97.

Finalizado el período de investigación --sumario--, el proceso era trasladado al juez de primera instancia de sentencia⁵ quien desarrollaba un análisis de las actuaciones para decidir sobre la apertura del juicio (C.P.P.D., art. 616). Durante este período los sujetos procesales podían aportar los medios de prueba (C.P.P.D., art. 624) que consideraran convenientes y el juez también podía practicar de oficio cuando la diligencia estimare pertinente. Sin resolución que lo justificara, las actuaciones desarrolladas durante el período de investigación, tenían la misma validez de los desarrollados en el período de juicio (C.P.P.D., art. 639), e incluso el juez podía pasar a dictar sentencia si los sujetos procesales no pedían apertura a prueba ni alegaban en definitiva (C.P.P.D., art. 621). No obstante se regulaba la valoración de la prueba conforme la sana crítica, salvo disposición legal en contrario, como el caso de la confesión entre otras (C.P.P.D., art. 638) predominaba la prueba tasada o legal (C.P.P.D., arts. 641 y 642).

El control de la sentencia de primer grado era efectuado por las Salas de la Corte de Apelaciones mediante impugnación efectuada por alguno de los sujetos procesales, o bien, mediante el procedimiento de consulta de oficio (C.P.P.D., art. 731). Las Salas de la Corte de Apelaciones tenían la potestad de analizar íntegramente los fallos, ya sea por apelación o por consulta de oficio (C.P.P.D., art. 27) y podían confirmar, revocar, reformar o anular el fallo de primera instancia (C.P.P.D., art. 732). Durante la segunda instancia los sujetos procesales podían presentar nuevas pruebas al tribunal o bien rendir aquellas que hubieren quedado pendientes en primera instancia, sin culpa del proponente (C.P.P.D., art. 733); el tribunal de segunda instancia también tenía la facultad de ordenar de oficio la práctica de cualquier diligencia.

Además del recurso de apelación, se contemplaba el recurso de casación y revisión contra la sentencia. El primero contra las resoluciones definitivas que ponían fin al proceso de segunda instancia por motivos de fondo o quebrantamiento sustancial del procedimiento (C.P.P.D., arts. 742 y 743); y el

⁵ Antes de 1986 el mismo juez que desarrollaba el período de investigación, realizaba el juicio e incluso hasta el 1° de julio de 1994, esta situación se presentaba en 8 departamentos del país.

recurso de revisión contra la sentencia firme (C.P.P.D., art. 762). Ambos recursos los conocía y resolvía la Corte Suprema de Justicia.

2.3 Noticia sobre procedimientos especiales.

Soluciones alternativas al sistema penal.

Breve referencia a procedimientos penales en manos de autoridades no judiciales (faltas o contravenciones y juzgamiento por tribunales militares)

La Constitución de 1985 establece que ninguna persona podrá ser juzgada por tribunales especiales o secretos, ni por procedimientos que no estén preestablecidos legalmente (C.P.R., art. 12). Este principio se estableció con el fin de evitar la instalación de procedimientos especiales como el de fuero especial que funcionó durante la dictadura militar de 1982 y 1983.

Por regir el principio de que en materia penal es obligatoria la participación de los tribunales (C.P.P.D., art. 24) y la prohibición expresa de variar las formas del procedimiento penal (C.P.P.D., art. 23), no son posibles las soluciones alternativas al sistema de administración de justicia.

De conformidad con la Constitución, la administración de justicia la ejercen con exclusividad los tribunales de justicia. Congruente con este principio, la Ley del Organismo Judicial establece que la jurisdicción es única y ejercida por órganos determinados donde se incluye a los jueces de paz que tienen competencia para resolver en materia de faltas de naturaleza penal (L.O.J., art. 58).

En lo que se refiere a los tribunales militares, dos principios constitucionales deben tomarse en cuenta para interpretar su competencia: a) el art. 203 establece que corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado. La función jurisdiccional se ejerce con exclusividad absoluta por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca. Ninguna otra autoridad podrá intervenir en la administración de justicia; y b) el art. 219 que asigna a los tribunales militares la competencia de conocer los delitos o faltas cometidos por integrantes del Ejército. Ningún civil podrá ser juzgado por tribunales militares.

El Código Militar (C.M.), vigente desde 1878, regula que la jurisdicción militar corresponde con exclusividad a los comandantes y tribunales militares (C.M., art. 2º, segunda parte). Los órganos jurisdiccionales militares están integrados por miembros del ejército y por lo tanto del organismo ejecutivo en primera instancia. La segunda instancia está a cargo de la Corte Marcial, integrada por 3 magistrados de una Sala de Apelaciones ordinaria y 2 vocales militares; y el recurso de casación corresponde a la Corte Suprema de Justicia. La reforma del Código Militar en 1996 modificó su competencia, en el sentido que conocerán únicamente de los delitos esencialmente militares cometidos por miembros de las fuerzas armadas.

2.4. Breve noticia sobre la ejecución penal

El proceso de ejecución de la pena se ha realizado tradicionalmente a partir de la normativa administrativa. Sin embargo, se regularon diversas instituciones como la libertad condicional, la rehabilitación y la de redención de penas por trabajo y estudio. En cuanto a la primera el ordenamiento procesal otorgó a la Corte Suprema de Justicia la potestad de resolver los casos relacionados con la libertad condicional. Para el efecto, se creó el Patronato de Cárceles y Liberados quien era el responsable de instruir de oficio o a petición de parte el expediente sobre este beneficio (C.P.P.D., art. 776), dándole intervención al Ministerio Público y a los acusadores o denunciadores si fueren localizados.

En el mismo sentido, se crea la institución de la rehabilitación con el fin de eliminar los antecedentes penales del condenado. Este trámite estaba a cargo de la Dirección del Patronato de Cárceles y Liberados, y le correspondía presentar los informes al presidente del Organismo Judicial para la decisión (C.P.P.D., art. 778).

Para recuperar información sobre la situación de los privados de libertad en cuanto a su situación moral, económica y su grado de reinserción social, se organiza el Servicio de Información Social, el que debía estar integrado por criminólogos o trabajadoras sociales. Esta institución dependía de la Corte Suprema de Justicia y del presidente del Organismo Judicial, en la práctica nunca se implementó.

La aplicación de penas por trabajo y estudio estaba a cargo de: el presidente del Organismo Judicial; las Juntas Centrales de Prisiones, y las Juntas Regionales de Prisiones. El responsable de aplicar este beneficio era el presidente del Organismo Judicial, a solicitud de las juntas, quienes desarrollaban las actividades de control sobre los reclusos.

Todo no pasa de ser más que un embrión de regulación jurídica y control sobre la ejecución penal, que según se observa, depende casi con exclusividad de decisiones administrativas.

3. La reforma vigente

3.1. Proyecto actual y su estado. Perspectivas

Diversos esfuerzos aparecen en la historia de Guatemala, con la intención de conformar una República. Así se manifiesta en las constituciones que han estado vigentes en el país desde 1824 hasta la fecha, en la que el poder, por lo menos en las constituciones, aparece fragmentado. Éste es el espíritu de la actual Constitución de 1985, que organiza al Estado con el fin garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y de sus libertades. Su sistema de gobierno es republicano; democrático y representativo (C.P.R., art. 140). Con este fin se divide en tres organismos: el Legislativo, con la potestad de la creación de las leyes; el Ejecutivo, cuyo representante es el Presidente de la República, y tiene entre otras funciones las de sancionar, promulgar, ejecutar y hacer que se ejecuten las leyes, y el Organismo Judicial, responsable de impartir justicia a través de los tribunales, quienes tienen la potestad de "juzgar y promover la ejecución de lo juzgado" (C.P.R., art. 203).

Con el propósito de no dejar la intención constitucional en pura expresión de deseos o en letra muerta, el proceso de reforma de la justicia penal, en su diseño, optó por desarrollar principios que modificaran, de alguna manera, el núcleo de la organización del Estado, redistribuyendo el poder punitivo con el fin de garantizar su eficiencia.

Con este fin, el Organismo Judicial, por medio de su presidente, Edmundo Vásquez Martínez, solicitó la asesoría de Julio B. J. Maier y Alberto M. Binder para la elaboración

de un anteproyecto de Código Procesal Penal en el que se contemplara: los distintos esfuerzos de reforma planteados en las últimas décadas en Guatemala; las propuestas de Derecho procesal modernas contempladas en diferentes instrumentos (Código Procesal Tipo para Iberoamérica, el Código Procesal Penal de Italia, la Ordenanza Procesal Penal alemana, Anteproyecto de Código Procesal Penal argentino de 1986), y las convenciones en materia de derechos humanos ratificadas por Guatemala, que de conformidad con el art. 46 de la Constitución son superiores en jerarquía normativa al Derecho interno.

Llegar a estructurar un proceso con estas características, que tiene como finalidad abandonar el sistema inquisitivo, ha sido producto de un proceso histórico que tiene sus primeros antecedentes en la implementación de los Códigos de Livingston en 1836. Debido a situaciones políticas adversas al proceso de reforma, estos códigos estuvieron vigentes únicamente 2 años después de los cuales, la reforma judicial retornó a los esquemas inquisitivos hasta la década actual.

Los distintos intentos de reforma se remontan al presente siglo. En 1961, el proyecto Soler-Lemus-De León retomó los principios de un proceso moderno en cuanto a la publicidad y oralidad, pero manteniendo los esquemas anteriores del registro escrito. En 1972, se presenta el proyecto de Méndez de La Riva, que contiene los principios del proceso inquisitivo reformado o mixto. En 1984 y 1986 se presentaron los proyectos del Instituto Judicial y el de los Dres. Edmundo Vásquez Martínez y Hugo González Caravantes, respectivamente, que recogieron los resultados de las VII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, realizadas en Guatemala en noviembre de 1981, contenidas en las "Bases completas para orientar en Latinoamérica la unificación legislativa en materia procesal penal".

La vigencia del ordenamiento procesal actual tiene correlación con el proceso político que ha vivido este país durante los últimos 13 años. Como producto de la conformación de un Estado autoritario, después del golpe de Estado al gobierno democrático en 1954, Guatemala ha vivido uno de sus períodos más crueles de manifestación del autoritarismo, que tuvo como resultado un conflicto

armado interno y consolidó el poder del Estado en base a la sistemática violación a los Derechos fundamentales. En diferentes oportunidades, Guatemala ha sido señalada y condenada internacionalmente por estas violaciones. En 1989, las Naciones Unidas envió al profesor Julio B. J. Maier para prestar servicios de asesoramiento en materia de justicia, quien elaboró un diagnóstico que reveló la grave situación de la administración de justicia. De la misma manera, coincidieron estas recomendaciones con las propuestas por los expertos de las Naciones Unidas, Héctor Gross Espiel y Christian Tomuschat, así como las de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido de la necesidad de transformar la justicia de conformidad con los preceptos constitucionales y los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Con la presión internacional y la voluntad política del Organismo Judicial, presidida por el doctor Edmundo Vásquez Martínez, los doctores Julio B. J. Maier y Alberto M. Binder elaboraron un anteproyecto con las características descritas, que durante el proceso legislativo sufrió modificaciones por medio de una comisión nombrada al efecto, dirigida por el doctor Alberto Herrarte González y César Barrientos Pellecer, quienes después de recibir diferentes opiniones de algunos sectores sociales, lo presentaron al Congreso para su aprobación. Dicho proyecto fue aprobado en 1992 y después de sucesivas postergaciones, entró en vigencia en junio de 1994.

La falta de voluntad política por parte de los organismos de Estado para la implementación del nuevo proceso penal, con el respaldo de sectores conservadores ligados a prácticas tradicionales de la justicia penal, fue la causa principal por la cual el proceso de vigencia estuvo lleno de improvisaciones. A tanto llegó la improvisación, que en el Ministerio Público y en la Defensa Pública no se realizaron los cambios necesarios que garantizaran la adecuación de sus tareas al nuevo ordenamiento procesal. Esta situación ha favorecido que sectores conservadores señalen al nuevo ordenamiento procesal como el responsable del retardo en la administración de justicia y los niveles de ineficiencia en el ejercicio de la persecución y acción penal pública.

Debido a esta situación, el Código Procesal Penal ha sufrido cuatro modificaciones desde su entrada en vigencia, una por la Corte de Constitucionalidad y tres por el Congreso de la República, que, en su mayoría, constituyen un intento de incorporar mecanismos de retorno al anterior sistema, motivadas fundamentalmente por dar respuesta al fenómeno de la sensación de inseguridad ciudadana que impera en esta coyuntura política de transición.

De vital importancia para fortalecer el proceso de reforma de la justicia han sido los Acuerdos de Paz firmados entre la guerrilla y el gobierno en 1996, los cuales pusieron fin al conflicto armado interno que durante más de tres décadas vivió la población guatemalteca. En ellos se plasma la necesidad de realizar modificaciones en la estructura del Estado con el fin de profundizar el proceso democrático, en especial aquello que se refiere al sector justicia y al proceso de desmilitarización de la sociedad.

En la actualidad se requieren de diversos cambios para el fortalecimiento del proceso de reforma procesal, en especial: *a)* el reconocimiento del derecho indígena; *b)* la reorganización del organismo judicial; *c)* el desarrollo de una carrera judicial; *d)* el fortalecimiento del sector justicia, en especial la Defensa Pública, Ministerio Público y Organismo Judicial; *e)* limitar las funciones del ejército a seguridad externa y la creación de una nueva policía con funciones de seguridad pública, y *f)* la organización de los centros de inteligencia civil y militar.

Por esa vía se ha conformado una Comisión de Fortalecimiento de la Justicia, para que desarrolle recomendaciones sobre las transformaciones de este sector, integrada por diversas personalidades de los sectores gubernamentales y de la sociedad civil. Dicha comisión presentó un informe que constituye la base para realizar un plan estratégico del sector justicia.

Los cambios políticos en realización permiten poner en la agenda social las transformaciones del sector justicia, que, en su mayoría, tienden a fortalecer el proceso de reforma iniciado en 1992. A pesar de los esfuerzos realizados, el hecho de que el sistema inquisitivo esté tan enraizado en las prácticas judiciales, permite predecir que los procesos de transformación serán lentos.

3.2. Correlación de los proyectos con los principios del proceso penal de un Estado de Derecho

3.2.1. PERSECUCIÓN PENAL PÚBLICA Y PRIVADA. MONOPOLIO ACUSATORIO DEL MINISTERIO PÚBLICO. LEGALIDAD Y OPORTUNIDAD. ORGANIZACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO. LA FUNCIÓN DE LA POLICÍA Y BREVE NOTICIA SOBRE SU ORGANIZACIÓN Y DEPENDENCIA POLÍTICA. LA PERSECUCIÓN PENAL PRIVADA EN EL SISTEMA PENAL

La legislación ordinaria le concede al Ministerio Público el monopolio del ejercicio de la persecución y acción penal pública (C.P.P., arts. 8°, 46, 107, 285, 289, 290 y 309; L.O.M.P., art. 1°).

En el ejercicio de la persecución penal el Ministerio Público debe "...practicar todas las diligencias pertinentes y útiles para determinar la existencia del hecho, con todas las circunstancias de importancia para la ley penal", así también, debe establecer "...quiénes son los partícipes...", y determinar el daño causado por la acción delictiva (C.P.P., art. 309). En este sentido el Ministerio Público tiene la obligación de "...extender la investigación no sólo a las circunstancias de cargo, sino también a las que sirvan para descargar..." (C.P.P., art. 290).

El Ministerio Público debe iniciar la persecución penal en los delitos de acción pública tan pronto como tenga conocimiento de la existencia de un hecho punible (C.P.P., art. 289), al respecto el Código Procesal Penal establece que: "No podrá iniciarse proceso ni tramitarse denuncia o querrela, sino por actos u omisiones calificados como delitos o faltas por una ley anterior. Sin ese presupuesto es nulo lo actuado..." (C.P.P., art. 2°), y enfatiza al indicar que: "Sólo después de cometido un hecho punible se iniciará proceso por el mismo" (C.P.P., art. 6°).

En los delitos de acción pública que dependen de instancia particular, el Ministerio Público sólo puede iniciar la persecución penal y ejercer la acción pública cuando el agraviado ha puesto en conocimiento el hecho delictivo ante un órgano vinculado al sistema de administración de justicia penal, sin perjuicio, de realizar o requerir la práctica de "...los actos urgentes que interrumpan la comisión del hecho punible o conserven elementos de prueba que se perderían..."

(C.P.P., arts. 24 ter, 31 y 285). En igual forma el Ministerio Público no puede ejercer la persecución y acción penal contra de los funcionarios que gozan del derecho de antejuicio y únicamente está autorizado a practicar los actos de: "...investigación cuya pérdida es de temer y los indispensables para fundar la petición" (C.P.P., arts. 24 ter y 293).

Una vez iniciada la persecución y acción penal pública la misma no puede suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, sino en los casos expresamente determinados por la ley (C.P.P., arts. 19 y 285), en este sentido la legislación ordinaria obliga al Ministerio Público a actuar con "...objetividad, imparcialidad y con apego al principio de legalidad, en los términos que la ley establece" (C.P.P., art. 108, L.O.M.P., art. 1º). De esta forma la legislación integra el principio de oportunidad al principio de legalidad procesal.

Los supuestos que permiten la suspensión o interrupción del ejercicio de la persecución y acción penal pública son: la desestimación (C.P.P., art. 310), el archivo (C.P.P., art. 327), la clausura provisional (C.P.P., art. 330), el antejuicio (C.P.P., art. 293), las cuestiones prejudiciales (C.P.P., art. 291) y la suspensión condicional de la persecución penal (C.P.P., arts. 27, 28 y 287) mientras el imputado no haya cumplido el régimen de prueba. La aplicación de cualquiera de estas figuras permite la reapertura del ejercicio de la persecución penal pública cuando se cumplen los presupuestos contemplados en la ley para que la misma se pueda reiniciar.

Las causas que hacen cesar el ejercicio de la persecución y acción penal pública son: la aplicación del criterio de oportunidad (C.P.P., art. 25), la suspensión de la persecución penal cuando el imputado ha cumplido con el régimen de prueba (C.P.P., art. 27) y la existencia de una causa extintiva de persecución penal (C.P.P., arts. 32 y 294). La legislación nacional regula como causas extintivas de la persecución penal: la muerte del imputado; la amnistía; la prescripción; el pago del máximo previsto para la pena de multa, si el imputado admitiere al mismo tiempo su culpabilidad, en el caso de delitos sancionados sólo con esa clase de pena; el vencimiento del plazo de prueba, sin que la suspensión sea revocada, cuando se suspenda la persecución penal; la revocación de la instancia particular, en los casos de delitos de acción privada; la renuncia o el abandono de la querrela,

respecto de los delitos de acción privada; la muerte del agraviado. en los casos de delitos de acción privada, sin embargo, la acción ya iniciada por el ofendido puede ser continuada por sus herederos o sucesores, salvo casos establecidos por el Código Penal (C.P.P., art. 32).

La legislación faculta también al Ministerio Público para convertir la acción penal pública en acción penal privada (C.P.P., art. 26). La conversión de la acción penal pública en acción privada convierte a la víctima en el titular del ejercicio de la acción penal y debe ejercerla por el procedimiento especial establecido para juzgar los delitos de acción privada (C.P.P., art. 474). Otra de las facultades que la ley le concede al Ministerio Público como titular de la persecución y acción penal pública es la posibilidad de nombrar a alguna persona, asociación de ciudadanos u organismos de derechos humanos para que realicen la persecución penal en un hecho delictivo sobre el cual tengan interés. En estos casos la persona a quien se le delegue la persecución penal tendrá las mismas facultades, derechos, preeminencias e inmunidades que los agentes fiscales y cesarán en su función al concluir la persecución penal que se les asignó (L.O.M.P., art. 29).

Como límites al poder dispositivo de la persecución y acción penal pública la legislación nacional prohíbe expresamente que se apliquen los criterios de oportunidad a los funcionarios y empleados públicos por hechos delictivos que hubieren cometido "...con motivo o ejercicio de su cargo" (C.P.P., art. 25).

Los jueces de primera instancia tienen a su cargo en la etapa preparatoria e intermedia el control del ejercicio de la persecución penal pública, así como el control sobre la forma en que el Ministerio Público dispone de la acción penal pública (C.P.P., arts. 46 y 47).

En el ejercicio de la persecución penal pública el Ministerio Público es el único legitimado para recabar todos los medios de investigación que lo lleven a determinar el hecho delictivo e individualizar al autor o participe del mismo. El control judicial se ejerce en aquellos casos en los que para la práctica de un medio de investigación se requiera de autorización judicial por estar en riesgo la vulneración de un derecho o garantía individual, tal es el caso de: el registro e inspección de personas o cosas (C.P.P., art. 187), el allanamiento

(C.P.P., art. 190), el secuestro de correspondencia y objetos (C.P.P., arts. 200 y 203), la clausura de locales (C.P.P., arts. 206); así también cuando sea necesario practicar un anticipo de prueba (C.P.P., arts. 217 y 317), o cuando el fiscal se niegue a practicar una diligencia de investigación que le ha sido propuesta por el imputado o cualquiera otra parte a quien se le haya dado intervención en el proceso (C.P.P., art. 315).

El control sobre el ejercicio de la acción penal pública lo ejercen los jueces luego de que el Ministerio Público dispone de la misma, ya sea para que se suspenda, cese o se abra a juicio. Así también, los jueces ejercen control sobre los plazos que la ley establece para que el Ministerio Público disponga de la acción penal durante el procedimiento preparatorio. Estos plazos únicamente se establecen cuando el imputado se encuentra sujeto a una medida de coerción; si el imputado está sujeto a prisión preventiva el Ministerio Público debe disponer de la acción en un plazo que no exceda de 3 meses contados a partir del día en que se impuso tal medida de coerción, y si se encuentra sujeto a una medida sustitutiva el plazo máximo para disponer de la acción es de 6 meses contados a partir de la fecha en que se emitió el auto de procesamiento en contra del imputado (C.P.P., art. 324 bis).

El monopolio del ejercicio de la acción penal pública en la legislación ordinaria se encuentra afectado por la falta de regulación relacionada con la presencia del Ministerio Público en la primera declaración del imputado (C.P.P., arts. 82 y 87), con lo cual no se materializa la facultad de requerir la imposición de una medida de coerción (C.P.P., art. 259) ni del auto de procesamiento (C.P.P., art. 320). En este sentido la Corte de Constitucionalidad declaró que: "...se da la violación a la independencia e imparcialidad con que deben actuar los jueces, pues el juez de la causa, de conformidad con el artículo impugnado —se refiere al art. 320 del Código Procesal Penal—, no podrá dictar auto de procesamiento si no es a requerimiento del fiscal, por lo que procede declarar la inconstitucionalidad de la frase que dice "con base en el requerimiento del fiscal", tal frase se contrapone al art. 203 constitucional, limitando la función de control jurisdiccional en la fase preparatoria" (sentencia de la Corte de Constitucionalidad de fecha 29/2/97, publicada en el *Diario de Centro-*

américa el 20/3/97, folio 336). Con este razonamiento la Corte de Constitucionalidad limitó la facultad del Ministerio Público de ejercer la acción penal pública al no permitirle requerir el procesamiento de la persona y además, contamina la independencia e imparcialidad del juez al dejarle con exclusividad la potestad de fijar los hechos en el auto de procesamiento, sin requerimiento del órgano del Estado encargado del ejercicio de la persecución y acción penal pública.

El Código Procesal Penal concede al juez la facultad de ordenar al Ministerio Público que formule acusación cuando rechace el requerimiento hecho por el fiscal de sobreseimiento o clausura provisional del procedimiento y considere que debe proceder la acusación (C.P.P., arts. 326 y 345 quater). Esta resolución obliga al Ministerio Público a plantear la acusación en un plazo máximo de 7 días.

Para tornar operativo el ejercicio de la persecución penal pública la legislación ordinaria establece: "Los funcionarios y agentes de policía, cuando realicen tareas de investigación en el proceso penal, actuarán bajo la dirección del Ministerio Público y ejecutarán las actividades de investigación que les requieran, sin perjuicio de la autoridad administrativa a la cual están sometidos" (C.P.P., art. 113; L.O.M.P., arts. 2.3., y 51). La policía y las otras fuerzas de seguridad tienen prohibido realizar investigaciones autónomas, "...salvo los casos urgentes y de prevención policial. En este caso deberán informar al Ministerio Público de las diligencias practicadas, en un plazo no mayor de 24 horas, el que correrá a partir del inicio de la investigación" (L.O.M.P., art. 51).

La Policía Nacional Civil tiene como funciones la protección de la vida, integridad física, seguridad de las personas y sus bienes, el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, así como prevenir, investigar y combatir el delito, preservar el orden y la seguridad pública (L.P.N.C., art. 9°).

El modelo orgánico de la policía es jerárquico. El Presidente de la República ejerce el mando de la institución a través del ministro de Gobernación.

El director general tiene a su cargo el funcionamiento institucional bajo la dirección del ministro de Gobernación (L.P.N.C., art. 3°).

La acción penal en los delitos de acción privada se encuentra reservada únicamente al agraviado u ofendido (C.P.P.,

arts. 24 quater y 122), sin embargo: "Cuando fuere imprescindible llevar a cabo una investigación preliminar por no haber sido posible identificar o individualizar al querrellado o determinar su domicilio o residencia o fuere necesario establecer en forma clara y precisa el hecho punible..." (C.P.P., art. 476), el querellante puede requerir por escrito al tribunal que remita el caso al Ministerio Público para que practique las diligencias de investigación, quien luego de haberlas realizado devolverá al tribunal el resultado de las diligencias practicadas para continuar con el procedimiento especial para juzgar los delitos de acción privada.

3.2.2. GARANTÍAS INDIVIDUALES DEL IMPUTADO: DEFENSA, INOCENCIA, NEMO TENETUR, PROHIBICIONES PROBATORIAS, NE BIS IN ÍDEM, FACULTADES DE INJERENCIA ESTATAL Y SISTEMA DE CONTROL JUDICIAL. LA DEFENSA PÚBLICA, BREVE REFERENCIA EMPÍRICA

El Código Procesal Penal desarrolla la inviolabilidad de la garantía de defensa del imputado (C.P.P., art. 20). Esta garantía según la legislación ordinaria se debe operativizar desde el primer acto que señale a una persona como posible autor de un hecho delictivo (C.P.P., art. 71), o bien, desde el momento en que la persona considere que puede estar sindicada por la comisión de un delito (C.P.P., art. 254). Esta garantía se extiende hasta la finalización del proceso penal e incluso hasta el cumplimiento de la pena (C.P.P., arts. 20, 71 y 492).

La defensa la pueden ejercer en forma separada el imputado y el defensor (C.P.P., art. 101). Con esta regulación se torna operativa la defensa material —ejercida por el imputado— y técnica —ejercida por el defensor—, de esta manera tanto el imputado como su defensor pueden "...indistintamente pedir, proponer o intervenir en el proceso, sin limitación..." (C.P.P., art. 101).

Durante todo el proceso penal le asiste al imputado el derecho a ser asistido por un defensor de su confianza, y si el imputado no designa defensor, el juez tiene la obligación de designarle uno de oficio (C.P.P., arts. 92 y 102). También, en caso de urgencia, cuando el imputado esté privado de su libertad, la ley faculta a cualquier persona para que le asigne un defensor, quien ejercerá la defensa técnica provisionalmente (C.P.P., art. 98).

En todo caso el imputado tiene derecho para sustituir al defensor de oficio, al nombrado en caso de urgencia o al defensor que ha sido designado por el propio imputado (C.P.P., art. 99), y en su lugar, nombrar uno de su confianza.

No obstante la legislación ordinaria es reiterativa al regular que el imputado no puede estar sin asistencia técnica de un abogado defensor, durante todo el proceso penal, la redacción de algunas normas y su interpretación errónea ha dado lugar a vulnerar en la práctica judicial este derecho, principalmente durante la primera declaración del imputado; en la norma que regula este acto procesal se establece que: "El juez proveerá los medios necesarios para que en la diligencia pueda estar presente un defensor" (C.P.P., art. 87). Con esta redacción se ha interpretado en los tribunales que la presencia del defensor en la primera declaración del imputado no es obligatoria sino potestativa, y en caso de que en la diligencia no pueda estar presente un defensor, el acto igualmente debe realizarse y sirve de fundamento para imponerle al imputado una medida de coerción.

El conocimiento que el imputado debe tener de la imputación para tornar eficiente la garantía de defensa, según la regulación procesal, se garantiza desde el primer acto del procedimiento dirigido en contra de la persona (art. 71, C.P.P.). En este sentido, la legislación procesal regula que: cuando el imputado sea detenido será informado acerca del hecho que se le atribuye (C.P.P., art. 267); previo a la primera declaración del imputado, el juez, comunicará detalladamente al sindicado el hecho que se le atribuye, con todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo, en la medida conocidas hasta ese momento, (C.P.P., arts. 81, 82 y 87); el Ministerio Público no puede acusar sin antes haber dado al imputado oportunidad suficiente para pronunciarse sobre el hecho que se le imputa (C.P.P., art. 334), la acusación formulada por el Ministerio Público debe comunicarse al imputado (C.P.P., art. 335); el auto de apertura del juicio debe notificarse al acusado (C.P.P., art. 341); luego de declararse abierto el debate debe leerse la acusación y el auto de apertura del juicio (C.P.P., art. 368); y la ampliación de la acusación debe hacerla oralmente el Ministerio Público durante el debate (C.P.P., art. 373).

Para materializar el derecho a ser oído la legislación procesal regula que el imputado podrá declarar cuantas veces

quiera, siempre que su declaración sea pertinente y no aparezca sólo como un procedimiento dilatorio o perturbador (C.P.P., arts. 87 y 372), no obstante, se establecen como momentos específicos para que el imputado pueda ejercer su derecho a ser oído, luego de la detención (C.P.P., art. 87); la audiencia del procedimiento intermedio (C.P.P., art. 340); el debate luego de la lectura de la acusación y del auto de apertura del juicio (C.P.P., art. 370) y cuando se hubiere ampliado la acusación en el debate, luego de que el Ministerio Público haya planteado los términos de su ampliación (C.P.P., art. 373).

Si al imputado no se le ha escuchado el juez no puede motivarle prisión preventiva o una medida sustitutiva de la prisión (C.P.P., art. 259) y el fiscal no puede formular acusación en su contra (C.P.P., art. 334).

Cuando el imputado no comprende o habla el idioma del tribunal, la legislación procesal lo faculta para que designe un intérprete de su confianza, y si no lo hace, el tribunal tiene la obligación de designarle uno de oficio (C.P.P., art. 90). En estos casos el interrogatorio del imputado debe ser realizado por medio de un traductor (C.P.P., arts. 142 y 362) y las actas y resoluciones deben traducirse al idioma del imputado (C.P.P., arts. 142), quien puede designar un consultor técnico (C.P.P., art. 243) para controlar la traducción hecha por el intérprete oficial.

La legislación procesal también faculta al imputado para que pueda controlar la producción de la prueba y proponer prueba de descargo (C.P.P., art. 315). El imputado y su defensor pueden presenciar y participar en todas las diligencias de investigación que practique el Ministerio Público (C.P.P., art. 316). Para materializar el derecho a controlar la prueba de cargo se regula la obligación del juez de darle a conocer al imputado los medios de prueba que obran en su poder previo a su primera declaración (C.P.P., arts. 81, 82 y 87), en la audiencia del procedimiento intermedio el imputado puede impugnar la prueba que sustenta la acusación (C.P.P., arts. 336 y 340) y en el debate el acusado y su defensor pueden interrogar a los peritos (C.P.P., art. 376) y testigos (C.P.P., art. 377), así como la posibilidad de controlar los demás elementos de prueba que hubieren en su contra (C.P.P., art. 380).

La garantía de presunción de inocencia se regula en el Código Procesal Penal como el derecho del procesado a "...ser tratado como inocente durante todo el procedimiento, hasta tanto una sentencia firme lo declare responsable y le imponga una pena o una medida de seguridad y corrección" (C.P.P., art. 14). Para materializar el trato como inocente la legislación procesal establece expresamente una interpretación restrictiva de las normas que restringen la libertad del imputado, sin embargo, mediante el decreto 79-97 del Congreso de la República, que modifica el art. 264 del Código Procesal Penal, se dispuso que no se le podían aplicar medidas sustitutivas a la prisión preventiva en los procesos seguidos contra "...reincidentes o delincuentes habituales, o por delitos de homicidio doloso, asesinato, parricidio, violación agravada, violación calificada, violación de menor de 12 años de edad, plagio o secuestro en todas sus formas, sabotaje, robo agravado y hurto agravado" (C.P.P., art. 264), así como los que se sigan en contra de personas a quienes se les imputen delitos de narcotráfico. Con esta disposición se vulnera el estado jurídico de presunción de inocencia.

En resguardo de esta garantía, la legislación ordinaria prohíbe que las autoridades bajo la dirección del Ministerio Público presenten ante los medios de comunicación a las personas detenidas si el juez competente no lo autoriza (L.O.M.P., art. 7°).

Para tornar operativo el principio de declaración el Código Procesal Penal regula que: "El imputado no puede ser obligado a declarar contra sí mismo ni declararse culpable. El Ministerio Público, el juez o el tribunal, le advertirá clara y precisamente, que puede responder o no con toda libertad a las preguntas..." (C.P.P., art. 15). En este sentido se regula que el imputado no podrá ser sometido a "...ninguna clase de coacción, amenaza o promesa... Tampoco se usará medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad, ni se le harán cargos o reconvenciones tendientes a obtener su confesión" (C.P.P., art. 85), en este sentido, el interrogatorio debe hacerse con preguntas claras, pertinentes y precisas, quedando prohibido la formulación de preguntas capciosas o sugestivas (C.P.P., art. 86).

No obstante, los límites que se establecen normativamente para tornar operativo el derecho a declarar libremente

te, la legislación procesal regula que el procesado será amonestado por el juez en su declaración para que se conduzca con la verdad (C.P.P., art. 85).

Con relación a las prohibiciones probatorias, la legislación procesal regula como principio general que son inadmisibles en especial "...los elementos de prueba obtenidos por un medio prohibido, tales como la tortura, la indebida intrusión en la intimidad del domicilio o residencia, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados" (C.P.P., art. 183) y para que un medio de prueba pueda ser valorado, "...debe haber sido obtenido por un procedimiento permitido e incorporado al proceso..." (C.P.P., art. 186) conforme a las disposiciones previstas en ley procesal.

La persecución penal múltiple —*ne bis in idem*— se prohíbe expresamente al regular la legislación procesal que: "Nadie debe ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho" (C.P.P., art. 17), sin embargo, permite la nueva persecución cuando: la primera fue intentada ante un tribunal incompetente, la cancelación de la persecución proviene de defectos en la promoción o en su ejercicio, y cuando un mismo hecho debe ser juzgado por tribunales o procedimientos diferentes, que no puedan ser unificados, según las reglas respectivas. Salvo lo anterior, los casos fenecidos únicamente pueden ser reabiertos por el recurso de revisión (C.P.P., art. 18) a favor del condenado (C.P.P., arts. 453 y 454).

El Código Procesal Penal al igual que la Constitución Política de la República limita en igual forma las posibilidades de injerencia estatal. En este sentido establece que: "Cuando fuere necesario inspeccionar lugares, cosas o personas, porque existen motivos suficientes para sospechar que se encontrarán vestigios del delito, o se presuma que en determinado lugar se oculta el imputado o alguna persona evadida, se procederá a su registro, con autorización judicial" (C.P.P., art. 187). La resolución por la cual el juez o tribunal ordena la entrada y registro a un domicilio o residencia particular será siempre fundada, explicando los motivos que fundamentan la necesidad del allanamiento (C.P.P., art. 190). La orden de allanamiento tiene una duración máxima de 15 días, después de los cuales caduca la autorización, salvo casos especiales se podrá emitir por tiempo indeterminado, que no podrá exceder de 1 año (C.P.P., art. 191).

El allanamiento de los domicilios particulares no podrá practicarse antes de las 6 horas ni después de las 18 (C.P.P., art. 189).

El secuestro de cosas, así como la interceptación y secuestro de correspondencia, documentos y libros podrá ser ordenada por el juez siempre sean de utilidad para la investigación del hecho (C.P.P., arts. 200 y 203). El Código Procesal Penal prohíbe y regula que no pueden ser secuestradas las comunicaciones escritas entre el imputado y las personas que puedan abstenerse de declarar como testigos por razón de parentesco o secreto profesional ni las notas que hubieren tomado los nombrados anteriormente sobre comunicaciones confiadas por el imputado o sobre cualquier circunstancia que incrimine al imputado. Esta prohibición sólo rige cuando las personas que tengan en su poder las comunicaciones o notas sean el imputado o las personas que por parentesco estén facultadas para abstenerse de declarar (C.P.P., art. 199).

El Código Procesal Penal también permite la clausura de locales o la inmovilización de cosas muebles que por su naturaleza o dimensiones no puedan ser mantenidas en depósito siempre que sean útiles para la investigación (C.P.P., art. 206).

Para tornar operativa la obligación del Estado de garantizar la defensa técnica del imputado se creó mediante el decreto 129-97 del Congreso de la República el Instituto de la Defensa Pública Penal que tiene a su cargo la defensa de las personas de escasos recursos y de aquellas personas que no tuvieren o no nombraren defensor de su confianza (L.S.P.D.P., art. 4°).

3.2.3. CARACTERÍSTICAS DEL JUICIO PREVIO A LA CONDENA E IMPARCIALIDAD DE LOS JUECES DEL TRIBUNAL DE SENTENCIA (JUEZ NATURAL Y EXCLUSIÓN DE JUECES QUE HAN OPERADO EN OTRO PERÍODO DEL PROCEDIMIENTO

El Código Procesal Penal establece que: "Nadie podrá ser condenado o sometido a medida de seguridad y corrección, sino en sentencia firme, obtenida por un procedimiento llevado a cabo conforme a las disposiciones de este Código y a las normas de la Constitución, con observancia estricta de las garantías previstas para las personas y de las facultades

y derechos del imputado o acusado. La inobservancia de una regla de garantía establecida a favor del imputado no se podrá hacer valer en su perjuicio" (C.P.P., art. 4°).

Las principales características del juicio previo, según la legislación procesal guatemalteca se concentran en el debate.

Respecto de la inmediación, la legislación procesal establece expresamente que: "El debate se realizará con la presencia ininterrumpida de los jueces llamados a dictar sentencia, del Ministerio Público, del acusado, de su defensor y de las demás partes o sus mandatarios" (C.P.P., art. 354). Como mecanismo para garantizar la inmediación el Código Procesal Penal regula como motivo de anulación del juicio "...la ausencia del Ministerio Público en el debate o de otra parte cuya presencia prevé la ley" (C.P.P., art. 420.2.). De allí, que el debate pueda interrumpirse hasta por un plazo que no exceda de 10 días cuando algún juez, el acusado, su defensor o el representante del Ministerio Público se enfermare a tal extremo que no pudiere continuar interviniendo en el debate, salvo en el caso del defensor y del representante del Ministerio Público puedan ser reemplazados inmediatamente (C.P.P., art. 360.3.).

La concentración del debate en una sola audiencia, o en varias audiencias consecutivas si fuere necesario, hasta su conclusión (C.P.P., art. 360), es otra de las características del juicio previo reguladas por la legislación guatemalteca. Con relación a esta característica la legislación procesal permite la suspensión del debate por causas excepcionales hasta por un plazo de 10 días, sin embargo, se regula que no se entenderá por afectado este principio cuando la interrupción fuere motivada: "...por acciones de amparo o de acciones, excepciones o incidentes relativos a la inconstitucionalidad de una ley...", aun y cuando hayan transcurrido más de 10 días (C.P.P., art. 361).

Con relación a la oralidad el Código Procesal Penal establece que el debate será oral y en esa forma se producirán las declaraciones del acusado, de los órganos de prueba y las intervenciones de todas las personas que participan en él y en igual forma deberán ser emitidas las resoluciones del tribunal (C.P.P., art. 362). Para quienes no pudieren expresarse en forma verbal o en el idioma oficial del tribunal se estable-

cen reglas especiales para que se les puedan formular las preguntas y respondan por escrito o por medio de intérprete (C.P.P., arts. 142, 143 y 362). Así también se limita la posibilidad de incorporar al debate prueba por lectura (C.P.P., arts. 363 y 364) y se establece como deber del Ministerio Público evitar al máximo proponer la incorporación al debate de medios de prueba por lectura (L.O.M.P., art. 50).

La publicidad de los actos del debate opera como regla general y excepcionalmente se puede restringir cuando: afecte directamente el pudor, la vida o la integridad física de alguna de las partes o de persona citada para participar en el debate; afecte gravemente el orden público o la seguridad del Estado; peligre un secreto oficial, particular, comercial o industrial, cuya revelación sea punible; y se examine a un menor y la publicidad pueda exponerlo a un peligro. Cumplido el acto que autoriza la restricción de este principio el debate seguirá siendo público (C.P.P., art. 356).

Dentro del debate alcanza su realización máxima el principio de contradictorio, es la búsqueda dialéctica de la verdad objetiva, mediante la contraposición de los múltiples intereses enfrentados en él: el del acusador por la realización del Derecho penal, el del imputado por liberarse de la persecución penal y del poder penal del Estado y, eventualmente, los intereses civiles alrededor de la reparación del daño cuando, al lado de la acción penal, se ejerce la acción civil. Desde el ángulo de visión del imputado aquí cobra vigencia efectiva su derecho a confrontarse con la prueba de cargo.

El contradictorio se encuentra favorecido por la forma en que se reproduce la prueba dentro del debate, primero se reproduce la prueba de cargo y luego la de descargo, así también, quien propone a un órgano de prueba es el primero en interrogarlo y el contrainterrogatorio lo realiza la contraparte (C.P.P., arts. 376 y 378).

La garantía de juez natural se encuentra parcialmente resguardada por las reglas que rigen la competencia de los juzgados y tribunales, sin embargo, estas reglas son vulnerables ante las facultades discrecionales que la legislación ordinaria le permiten a la Corte Suprema de Justicia y al presidente del Organismo Judicial para disponer la integración de los tribunales, así como trasladar y remover de su cargo a los jueces (L.O.J., art. 79).

La imparcialidad de los jueces se garantiza mediante el establecimiento de la facultad de las partes para recusarlos en cualquier momento del juicio siempre que, ellos se hallen comprendidos en un motivo de recusación (C.P.P., arts. 65, 67, 68, 369). Al respecto también se vulnera la garantía de independencia e imparcialidad del tribunal dado que el presidente del Organismo Judicial tiene poderes discrecionales para designar al tribunal que debe resolver la recusación (L.O.J., art. 79).

Con relación a la exclusión de jueces que han operado en otro período del procedimiento no existe disposición alguna que la regule, salvo para los jueces de una instancia superior.

3.2.4. INDEPENDENCIA POLÍTICA DE LOS TRIBUNALES: REGLAS FUNDAMENTALES AL RESPECTO

Si bien constitucionalmente se establece la independencia de los tribunales, no sólo a nivel institucional, sino respecto de cada uno de los jueces y magistrados, las normas ordinarias no han desarrollado convenientemente estos principios.

En primer lugar no se ha emitido la ley de carrera judicial que permita el establecimiento de normas y procedimientos claros para el nombramiento, ascenso y traslados de los jueces. Por otra parte la designación de los jueces de primera instancia y de paz está a cargo de la Corte Suprema de Justicia, y la designación de magistrados de apelaciones y de la Corte Suprema de Justicia está a cargo del Congreso de la República, el cual, si bien, los elige dentro de una nómina de postulación, ella no guarda relación alguna con criterios objetivos que permitan una adecuada selección. El período de jueces y magistrados es de 5 años; y si bien pueden ser nombrados nuevamente en el cargo, la ausencia de criterios para la renovación del nombramiento genera falta de independencia de los jueces.

3.3. Estructura del procedimiento común y órganos estatales encargados de llevarlo a cabo

El procedimiento común se divide en cinco etapas bien diferenciadas. Las primeras cuatro regulan el proceso cognitivo y la última la ejecución de la pena.

El proceso cognitivo comprende el procedimiento preparatorio, el procedimiento intermedio, el juicio y las impugnaciones.

La etapa preparatoria, esto es, la investigación del hecho se halla a cargo del Ministerio Público, quien la ejerce a través de los fiscales, bajo el control del juez de primera instancia (C.P.P., arts. 8°, 46, 57). La legislación procesal establece que el procedimiento preparatorio debe concluir lo antes posible, en un plazo que no exceda de 3 meses en caso de que el procesado esté sometido a prisión preventiva, y en 6 meses, si está sujeto a otra medida de coerción (C.P.P., art. 324 bis). Como se puede advertir, esta regulación está orientada al resguardo del derecho del imputado a ser juzgado en un plazo razonable y a garantizarle al imputado el tiempo máximo que puede estar sujeto a una medida de coerción sin que se le hayan formulado los cargos para el juicio. El procedimiento preparatorio se inicia mediante denuncia, querrela, prevención policial, o a iniciativa del Ministerio Público como órgano encargado de la persecución penal, y termina con la petición que hace el fiscal de archivo, clausura provisional, sobreseimiento o formulación de la acusación y requerimiento de apertura del juicio.

Con estas peticiones inicia el procedimiento intermedio, el que se tramita según cuál sea el requerimiento del fiscal.

En caso de que se requiera la apertura a juicio, el juez señalará, al día siguiente de la petición, día y hora para una audiencia oral, la cual deberá realizarse en un plazo no menor de 10 días ni mayor de 15 (C.P.P., art. 340).

Si el requerimiento del fiscal es la clausura provisional, sobreseimiento o archivo, el juez señalará, al día siguiente de la petición, día y hora para la realización de una audiencia oral, la cual deberá realizarse dentro de un plazo no menor de 5 días ni mayor de 10 (C.P.P., art. 345 bis).

Como se puede advertir el control del procedimiento intermedio está a cargo del juez de primera instancia que tuvo a su cargo el procedimiento preparatorio (C.P.P., art. 47).

Admitida la acusación se remite el caso al tribunal de sentencia quien tiene a su cargo el conocimiento del juicio.

El juicio se divide en dos etapas, la primera, la etapa preparatoria del debate, que tiene por finalidad establecer de

manera definitiva la integración del tribunal, las personas que tomarán parte en el debate, ordenar la prueba que se producirá en el debate y fijar el lugar, el día y la hora de la audiencia. La segunda etapa es el debate mismo, que concluye con la sentencia. La audiencia del debate es oral y pública; en ella se reflejan los principios básicos del nuevo procedimiento: intermediación y contradicción.

El sistema procesal establece varios recursos: reposición, apelación, queja, apelación especial y casación.

El recurso de reposición lo conoce el juez o tribunal que dictó la resolución impugnada. En el procedimiento preparatorio e intermedio, el recurso de reposición procede contra las resoluciones dictadas sin audiencia previa y que no sean apelables conforme el art. 404 del Código Procesal Penal (C.P.P., art. 402). En el juicio las resoluciones únicamente pueden ser impugnadas mediante este recurso (C.P.P., art. 403).

El recurso de apelación, queja y apelación especial lo conoce la Sala de la Corte de Apelaciones (C.P.P., art. 49).

El recurso de apelación procede contra las resoluciones dictadas por los jueces de primera instancia durante el procedimiento preparatorio que resuelvan: los conflictos de competencia; los impedimentos, excusas y recusaciones; los que no admitan, denieguen o declaren abandonada la intervención del querellante adhesivo o del actor civil; los que no admitan o denieguen la intervención del tercero demandado; los que autoricen la abstención del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público; los que denieguen la práctica de la prueba anticipada; los que decidan la suspensión condicional de la persecución penal; los que decidan el sobreseimiento o clausura del proceso; los que declaren la prisión o imposición de medidas sustitutivas y sus modificaciones; los que denieguen o restrinjan la libertad; los que fijen término al procedimiento preparatorio; los que resuelvan excepciones u obstáculos a la persecución penal y civil; los que declaren la falta de mérito; los autos definitivos emitidos por el juez de ejecución; los autos dictados por los jueces de paz relativos al criterio de oportunidad, y las sentencias que resuelvan el procedimiento abreviado (C.P.P., arts. 404 y 405).

El recurso de queja procede cuando el juez o tribunal deniega el recurso de apelación (C.P.P., art. 412).

El recurso de apelación especial procede contra las sentencias del tribunal de sentencia o contra la resolución de ese tribunal y el de ejecución que ponga fin a la acción, a la pena o a una medida de seguridad y corrección, imposibilite que ella continúe, impida el ejercicio de la acción o deniegue la extinción, conmutación o suspensión de la pena (C.P.P., art. 415). En razón de la vigencia del principio de inmediación. Este recurso, a pesar de su nombre, es un recurso de casación característico, de modo que el próximo a describir, bajo el nombre de recurso de casación, representa, a grandes rasgos, una repetición de este recurso, ahora ante la Corte Suprema de Justicia.

El recurso de casación procede en contra de las sentencias que resuelvan: los recursos de apelación especial de los fallos emitidos por los tribunales de sentencia; los recursos de apelación especial contra los autos de sobreseimiento dictados por el tribunal de sentencia; los recursos de apelación contra las sentencias emitidas por los jueces de primera instancia, en los casos de procedimiento abreviado; los recursos de apelación contra las resoluciones de los jueces de primera instancia que decidan el sobreseimiento o clausura del proceso, y los que resuelvan excepciones u obstáculos a la persecución penal (C.P.P., art. 437).

La fase de ejecución de la pena se encuentra a cargo del juez de ejecución (C.P.P., art. 51), quien tiene a su cargo el control de la ejecución de la pena, las medidas de seguridad y corrección, el cumplimiento del régimen de prueba de la suspensión condicional de la persecución y la resolución de los beneficios penitenciarios (C.P.P., arts. 288, 493, 497, 498, 500, 501, 503, 505).

3.4. Procedimientos especiales. Soluciones alternativas al sistema penal

El sistema guatemalteco regula como procedimientos especiales: el procedimiento abreviado; el procedimiento especial de averiguación; el juicio para delito de acción privada; el juicio para la aplicación de medidas de seguridad, y el juicio para faltas.

El procedimiento abreviado procede cuando el Ministerio Público considera que la pena a imponer no supera los 5

años de privación de libertad. Para que el Ministerio Público pueda requerir la tramitación del caso conforme este procedimiento es necesario que el imputado y su defensor estén de acuerdo con la vía a utilizar y acepte el hecho descrito en la acusación (C.P.P., art. 464). La solicitud para la utilización de esta vía se puede hacer hasta el vencimiento del plazo que tiene el fiscal para formular acusación (C.P.P., art. 332). El juez de primera instancia, ante quien se promueve el procedimiento abreviado, puede rechazar el pedido de utilización de la vía del procedimiento abreviado, si estima conveniente la utilización del procedimiento común para un mejor conocimiento de los hechos o ante la posibilidad de que corresponda una pena superior a la señalada. En este caso, emplazará al Ministerio Público para que concluya la investigación y formule nuevo requerimiento (C.P.P., art. 465). Si la vía de este procedimiento es admitida, el juez oír al imputado y podrá condenar o absolver, pero la condena en momento alguno podrá superar la pena requerida por el Ministerio Público. La sentencia debe basarse en el hecho descrito en la acusación admitida por el imputado, sin perjuicio de incorporar otras favorables al procesado (C.P.P., art. 465). La sentencia puede ser recurrida mediante el recurso de apelación, y están legitimados para ello el querellante adhesivo, el Ministerio Público, el acusado y su defensor (C.P.P., arts. 405 y 466).

El procedimiento especial de averiguación procede cuando fracasó el recurso de exhibición personal —*habeas corpus*— y existen motivos suficientes para afirmar que la persona ha sido detenida o mantenida ilegalmente detenida por un funcionario público, por miembros de las fuerzas de seguridad del Estado, o por agentes regulares o irregulares, sin que se dé razón de su paradero. El requerimiento para la utilización de este procedimiento lo puede hacer cualquier persona ante la Corte Suprema de Justicia, quien podrá: intimar al Ministerio Público para que en el plazo máximo de 5 días informe al tribunal sobre el progreso y resultado de la investigación por privación ilegítima de la libertad personal, sobre las medidas practicadas y requeridas, y sobre las que aún están pendientes de realización. La Corte Suprema de Justicia podrá abreviar el plazo, cuando sea necesario. Así también, puede encargar la averiguación —procedimiento preparatorio—, en orden excluyente, al Procurador de los derechos

humanos, a una entidad o asociación jurídicamente establecida en el país, o al cónyuge o a los parientes de la víctima (C.P.P., art. 467). Para decidir sobre la procedencia del procedimiento, la Corte Suprema de Justicia debe convocar a una audiencia al Ministerio Público y a quien requirió el procedimiento, así como a los interesados en la averiguación del hecho que se hubieren presentado espontáneamente. Quienes se presenten a la audiencia deberán comparecer con todos los medios de prueba que utilizarán para provocar la decisión o bien indicar el lugar donde se encuentran los medios de prueba que no pudieron llevar a cabo, caso en el cual la Corte suspenderá la audiencia y prestará el auxilio para que el medio de prueba se realice en una nueva audiencia. Recibida la prueba y oídos los comparecientes el tribunal pasa a deliberar y por resolución fundada decide el rechazo de la solicitud o su admisión, caso en el que expedirá el mandato de averiguación (C.P.P., art. 468); la persona a quien se le hubiere concedido el mandato de averiguación es equiparada a los agentes fiscales (C.P.P., art. 469.5), y debe informar a la Corte Suprema de Justicia sobre el resultado de la investigación (C.P.P., art. 471). Un juez que controle la investigación podrá ser designado específicamente para el caso (C.P.P., art. 469.6). La fase preparatoria sigue las reglas del procedimiento común, sin perjuicio de la función que le corresponde al Ministerio Público (C.P.P., art. 470); la persona a quien se le otorgó el mandato de acusación o el Ministerio Público pueden formular la acusación (C.P.P., art. 471), la cual se tramitará de acuerdo con las reglas del procedimiento común. Si el designado como mandatario, en la formulación de la acusación, hubiere manifestado su interés para continuar como querellante en el proceso se le tendrá como tal, en las etapas posteriores (C.P.P., art. 472).

El juicio para los delitos de acción privada, como su nombre lo indica, contiene sólo la etapa del juicio del procedimiento común. La preparación de esta acción la realiza por su cuenta la persona privada —víctima u ofendido, en general— a quien la ley le concede el derecho de querrela. En casos excepcionales cuando se hace necesario identificar al imputado o establecer en forma clara y precisa el hecho punible, el tribunal puede remitir el expediente al Ministerio Público para que practique una investigación suplementaria.

ria, siempre que el querellante lo hubiere requerido (C.P.P., art. 476). Este procedimiento es aplicable a los delitos de acción privada y a los delitos de acción pública cuando el Ministerio Público aplica la conversión de la acción penal pública en privada (C.P.P., art. 26).

Admitida la querrela el tribunal convoca a una audiencia de conciliación a efecto de que las partes intenten un acuerdo de composición. Si en dicha audiencia no se llega a acuerdo el tribunal cita a juicio en la forma establecida en el procedimiento común (C.P.P., art. 480).

El juicio para la aplicación de medidas de seguridad y corrección sigue las mismas reglas del procedimiento común en el procedimiento preparatorio, intermedio y en el juicio con la salvedad de que en la solicitud de apertura del juicio y formulación de la acusación, el fiscal debe indicar los antecedentes y circunstancias que motivan la aplicación de estas medidas (C.P.P., art. 484). Las reglas especiales que se establecen para este procedimiento son: cuando el imputado sea incapaz, será representado por su tutor o por quien designe el tribunal, con quien se practicarán todas las diligencias del procedimiento, salvo los actos de carácter personal; en el caso previsto en el inciso anterior, no regirá lo dispuesto para la declaración del imputado, si fuere imposible su cumplimiento; el juez de primera instancia en la etapa del procedimiento intermedio podrá también rechazar el requerimiento, por entender que corresponde la aplicación de una pena, y ordenar la acusación; el juicio aquí previsto se tramitará independientemente de cualquier otro juicio; el debate se realizará a puertas cerradas, sin la presencia del imputado, cuando fuere imposible a causa de su estado o inconveniente por razones de orden, seguridad o salud, caso en el cual será representado por su tutor; el imputado podrá ser traído al debate cuando su presencia fuere indispensable; la sentencia versará sobre la absolucón o sobre la aplicación de una medida de seguridad y corrección; y, no serán de aplicación las reglas referidas al procedimiento abreviado (C.P.P., art. 484). Si después de la apertura del juicio resulta posible la aplicación de una pena, el tribunal hará la advertencia al imputado conforme las disposiciones establecidas para la ampliación de la acusación (C.P.P., arts. 373 y 374) o notificación de la acusación (C.P.P., art. 486).

El juicio para faltas está a cargo del juez de paz y se aplica también para juzgar los delitos contra la seguridad del tránsito y todos aquellos en los que la pena a aplicar sea de multa. En este procedimiento el juez escucha al ofendido o a la autoridad que hace la denuncia y, posteriormente, al imputado. Si el imputado se declara culpable y no se estiman necesarias diligencias posteriores, el juez en el mismo acto, pronuncia la sentencia correspondiente y, en su caso, aplica la pena (C.P.P., art. 488). Cuando el imputado no reconoce la culpabilidad o es necesario practicar otras diligencias el juez convoca a juicio oral y público al imputado, al ofendido y a la autoridad denunciante. En dicha audiencia recibe la prueba y escucha a las partes, luego dicta la sentencia que corresponda (C.P.P., art. 489). La sentencia en el juicio de faltas es apelable ante el juez de primera instancia (C.P.P., art. 491).

Como soluciones procesales alternativas a la imposición de una pena, el sistema procesal guatemalteco establece los criterios de oportunidad (C.P.P., art. 25) y la suspensión condicional de la persecución penal (C.P.P., art. 27). Los criterios de oportunidad pueden ser aplicados en cualquier etapa del procedimiento, hasta antes de la iniciación del debate (C.P.P., art. 286), en los siguientes casos: si se tratare de delitos no sancionados con pena de prisión; si se tratare de delitos perseguibles por instancia particular; en los delitos de acción pública, cuya pena máxima de prisión no fuere superior a 5 años; cuando la responsabilidad del sindicado o su contribución a la perpetración del delito es mínima; cuando el inculpado haya sido afectado directa y gravemente por las consecuencias de un delito culposo y la pena resulte inapropiada; y a los cómplices o autores del delito de encubrimiento que presten declaración eficaz contra los autores de los delitos siguientes: contra la salud, defraudación, contrabando, delitos contra la hacienda pública, la economía nacional, la seguridad del Estado, contra la Constitución, contra el orden público, contra la tranquilidad social, cohecho, peculado y negociaciones ilícitas, así como en los casos de plagio o secuestro (C.P.P., art. 25).

La suspensión condicional de la persecución penal procede en los delitos cuya máxima pena no exceda los 5 años y en los delitos culposos. En estos casos el Ministerio Público puede proponer al juez de primera instancia la suspensión

del procedimiento si el imputado no revela peligrosidad y si concurren los requisitos para la suspensión condicional de la pena (C.P.P., arts. 27 y 287). Para la aplicación de esta institución es necesario que el imputado acepte el hecho que se le imputa y repare el daño o afiance suficientemente su reparación. El plazo de prueba no puede ser inferior a 2 años ni mayor de 5, el cumplimiento correcto de las condiciones impuestas extingue la persecución penal una vez transcurrido el plazo sin cometer un nuevo delito (C.P.P., arts. 27 y 32).

El control del régimen de prueba está a cargo del juez de ejecución (C.P.P., art. 288).

3.5. Participación del ofendido en el procedimiento

En el procedimiento común, el ofendido puede participar como querellante adhesivo (C.P.P., art. 118), y en el procedimiento para delitos de acción privada como querellante exclusivo (C.P.P., art. 122).

La constitución como querellante adhesivo, en el procedimiento común, al lado del Ministerio Público, procede sólo hasta antes de que el Ministerio Público formule la acusación y requiera la apertura del juicio, el sobreseimiento o la clausura provisional del proceso (C.P.P., art. 118). El querellante adhesivo puede participar en todas las etapas del procedimiento, salvo en la ejecución de la pena. En la etapa preparatoria puede proponer el diligenciamiento de medios de investigación, participar en la práctica de las diligencias de investigación que lleve a cabo el Ministerio Público e impugnar las resoluciones de los jueces, con independencia del Ministerio Público. En el procedimiento intermedio puede adherirse a la acusación del Ministerio Público, exponiendo sus propios fundamentos o manifestar que no acusará; señalar los vicios formales en que incurre el escrito de acusación requiriendo su corrección; objetar la acusación porque omite algún imputado o algún hecho o circunstancia de interés para la decisión penal, requiriendo su ampliación o corrección; objetar el pedido de sobreseimiento o clausura provisional y solicitarle al juez que le otorgue la facultad de formular la acusación en reemplazo del Ministerio Público.

En el juicio conserva autonomía con relación al Ministerio Público: puede proponer y controlar la producción de la

prueba, así como formular sus alegatos con autonomía respecto del Ministerio Público.

Si el agraviado no se constituye como querellante adhesivo en el procedimiento común, la legislación le reconoce el derecho de participación, antes de finalizar la audiencia del debate (C.P.P., art. 382), si éste estuviere presente en el debate —última palabra de la víctima.

En los criterios de oportunidad la participación del ofendido es indispensable, ya que, de lo contrario, no podría prestar su consentimiento para que ellos operen a solicitud del Ministerio Público.

La relación de la víctima con el Ministerio Público también se halla reglada: el fiscal está obligado a comunicarle al ofendido la resolución que ha puesto fin al caso (L.O.M.P., art. 8°); la víctima puede requerir el apartamiento del fiscal que lleva el caso (L.O.M.P., art. 73) y objetar las instrucciones que el superior jerárquico le hubiere dado al fiscal, siempre que le produzcan gravamen (L.O.M.P., art. 68).

El querellante exclusivo recibe este nombre porque excluye la participación del Ministerio Público. El querellante exclusivo es quien asume la función de acusador en los delitos de acción privada y como ya se indicó existe un procedimiento especial para estos delitos. Se debe advertir, también, que un delito de acción pública puede convertirse en uno de acción privada, cuando el Ministerio Público, por utilización de un motivo legítimo —previsto en la ley como excepción al principio de legalidad— abandona su propia persecución penal y la delega en el ofendido.

3.6. Ejecución penal, con especial referencia a la pena privativa de libertad; órganos estatales que la llevan a cabo y control judicial

La Constitución establece en su art. 19 que el sistema penitenciario debe tender a la readaptación social y a la reeducación de los reclusos. De la misma manera, plantea los principios básicos para el trato de reclusos en los centros de detención, entre los que destaca: a) la prohibición a la discriminación, tratos crueles, tortura, trabajos crueles o situaciones que menoscaben su dignidad humana; b) el carácter civil de los centros, su especialización y la del personal, y

c) su derecho al acceso a la defensa, asistencia religiosa y a la comunicación con sus representantes diplomáticos, en su caso.

Congruente con estas reglas, el ordenamiento procesal establece en su art. 492 la facultad de ejercer el derecho de defensa de los derechos establecidos en las leyes y reglamentos, ante un juez de ejecución.

Para el efecto, el recluso tendrá derecho a la defensa técnica, ya sea nombrando él un defensor de su elección o designándosele uno de oficio del Servicio Público de Defensa. Durante la ejecución, la función de la defensa se remite únicamente a asesorar al condenado cuando lo solicite.

El Ministerio Público, a través de la Fiscalía de Ejecución, tiene como función promover todas las acciones referidas a la ejecución de la pena y la suspensión condicional de la persecución penal (L.O.M.P., art. 36).

El juez de ejecución es el responsable de controlar el cumplimiento adecuado del régimen penitenciario (C.P.P., art. 498), y a ese efecto dispondrá las inspecciones necesarias en los establecimientos carcelarios. Para su mejor cumplimiento, podrá delegar esta función en inspectores designados. De la misma manera, tiene la obligación de escuchar al penado sobre los problemas que enfrenta inmediatamente después de recuperar su libertad, disponiendo la solución de aquellos que esté a su alcance solucionar.

El control judicial en la ejecución de la pena incluye la determinación exacta del su cumplimiento (C.P.P., art. 294), la posibilidad de aplicar los beneficios penitenciarios establecidos en la Ley de Redención de Penas, la inhabilitación (C.P.P., art. 500) y rehabilitaciones establecidas en la sentencia (C.P.P., art. 501), conmutación (C.P.P., art. 502), conversión de multa en prisión (C.P.P., art. 499), perdón del ofendido (C.P.P., art. 503), la promoción de la revisión de la sentencia en caso de ley más benigna (C.P.P., art. 504), el control de las medidas de seguridad y corrección (C.P.P., art. 505) y todo lo referido a la libertad condicional (C.P.P., art. 496).

El juez de ejecución procede por vía incidental en los casos más importantes después del desarrollo de una audiencia oral y pública. En el caso de las medidas de seguridad y corrección, la audiencia se desarrollará a puertas cerradas.

Todo lo relacionado al cumplimiento directo de la pena y de la prisión preventiva está bajo el control del sistema penitenciario a cargo del Ministerio de Gobernación. Si bien es cierto que el ordenamiento procesal constituye un avance sustancial, la observancia de los derechos humanos de los reclusos, existen problemas en su realización debido a la ausencia de una Ley del Sistema Penitenciario que regule el funcionamiento y condiciones de los centros de conformidad con los principios constitucionales y normas internacionales en la materia.

3.7. Organización judicial y del Ministerio Público previstos

El Organismo Judicial se encuentra integrado en el ámbito jurisdiccional por la Corte Suprema de Justicia, las salas de la Corte de Apelaciones, los tribunales de primera instancia, los juzgados de primera instancia y los juzgados de paz (L.O.J., art. 58).

El modelo de organización judicial parte de la Corte Suprema de Justicia como el máximo tribunal ordinario del país. Este tribunal se encuentra integrado por 13 magistrados que componen las 3 cámaras de justicia —penal, civil y amparo—, integradas por 4 magistrados cada una y el presidente de la Corte Suprema de Justicia que, a su vez, preside cada una de las cámaras.

La Corte Suprema de Justicia tiene funciones administrativas y jurisdiccionales (L.O.J., arts. 53, 54 y 57).

Las salas de la Corte de Apelaciones están integradas por 3 magistrados. Corresponde a la Corte Suprema de Justicia el establecimiento del número de cortes de apelaciones, su distribución territorial y la integración de cada una de ellas (L.O.J., arts. 86 y 87).

Un aspecto importante del modelo orgánico del Poder Judicial se encuentra en el control vertical que existe de los tribunales "superiores" respecto de los "inferiores". En este sentido, corresponde a la Corte de Apelaciones el mantenimiento de la disciplina de los tribunales en todo el distrito de su jurisdicción, velando por la conducta de los jueces de primera instancia y haciéndoles cumplir todos los deberes que las leyes les imponen (L.O.J., art. 88 e.).

En el mismo sentido los jueces de primera instancia tienen como función la de examinar los libros, procesos y demás expedientes que lleven los jueces de paz y observar si en ellos se han guardado las formalidades de ley, así como dar las instrucciones necesarias para que administren justicia (L.O.J., art. 100).

Como se puede observar estas disposiciones reflejan un modelo de organización jerárquica que atenta contra la independencia de los jueces en particular.

La organización del Ministerio Público parte del fiscal general, que es designado por el Presidente de la República de una lista de 6 candidatos. Luego del fiscal general, como órgano de control y asesor, se halla el Consejo del Ministerio Público, integrado por 3 fiscales electos en asamblea de fiscales y 3 representantes del Congreso de la República, electos de la lista de candidatos a fiscal general. Como órganos intermedios entre el fiscal general y los agentes fiscales se regula un modelo orgánico funcional y uno territorial. El modelo orgánico funcional parte de los fiscales de sección, los cuales tienen competencia a nivel nacional. El modelo orgánico territorial parte de los fiscales de distrito, jefes del Ministerio Público en el ámbito territorial que se les ha sido asignado.

Las fiscalías distritales y de sección se encuentran integradas por agentes fiscales, que tienen bajo su dirección a los auxiliares fiscales; no obstante, el modelo orgánico del Ministerio Público es jerárquico, cada uno de los fiscales de cualquier categoría está sujeto únicamente a la Constitución, los tratados internacionales en materia de derechos humanos, la ley y las instrucciones del superior jerárquico, en los términos establecidos en la ley (I.O.M.P., art. 47).

4. Observaciones jurídico-empíricas

4.1. Breve desarrollo empírico y jurídico

4.1.1. PRISIÓN PREVENTIVA

Con excepción de la pena de muerte, la privación de libertad constituye la respuesta más grave del sistema penal en este país y la que, por inercia histórica, constituye el centro de gravedad del sistema, tanto en el aspecto material,

como pena, y procesal, como medida de coerción para garantizar los resultados del procedimiento.

A diferencia de las corrientes teóricas modernas, críticas del sistema de reacción penal, tanto en lo referente a las conductas criminalizadas, como en aquello que se refiere a su principal reacción: la pena privativa de libertad, gestando propuestas alternativas, en Guatemala se ha producido en los últimos 4 años un proceso de inflación penal, donde prevalece el endurecimiento del sistema. Este fenómeno se puede apreciar en el hecho del resurgimiento de la pena de muerte, tanto en su ampliación para ciertos tipos penales, contrario a la Convención Americana de Derechos Humanos (secuestro sin consecuencia de muerte y para la ejecución extrajudicial), como en su aplicación concreta (2 personas en 1996 por violación y asesinato y 1 persona en 1997 por asesinato), 13 años después de que los tribunales de fuero especial la aplicaran en 1983 para 15 personas durante un gobierno militar.

De la misma manera se refleja en el incremento abstracto de las penas privativas de libertad de 30 a 50 años, límites que contradicen principios constitucionales, en especial el que se refiere al sistema penitenciario (C.P.P., art. 19), donde se estipula que la pena de prisión debe tender a la readaptación social y reeducación de los reclusos. En algunos casos, como el secuestro, se agrava tal situación al negarle a los condenados los beneficios penitenciarios que contempla la Ley de Redención de Penas por trabajo y estudio.

En materia procesal, la Constitución estipula, en su art. 14, que toda persona es inocente mientras no se declare su responsabilidad judicial en sentencia debidamente ejecutoriada. Congruente con este principio, la misma Constitución (C.P.R., art. 13) estipula que para dictar auto de prisión provisional se requiere: información de haberse cometido un delito y motivos racionales suficientes para creer que la persona lo ha cometido o participado en él. Congruente con estos principios constitucionales, el ordenamiento procesal (C.P.P., art. 259) faculta la restricción de la libertad dentro de los límites indispensables para asegurar la presencia del imputado en el proceso. De la misma manera, ordena a los tribunales cumplir con determinados requisitos para poder restringir la libertad, como lo son: señalar los hechos que se

le atribuyen y los fundamentos, con la indicación concreta de los presupuestos que motivan la medida (C.P.P., art. 260).

De la misma manera, prohíbe la aplicación de la prisión preventiva en casos en que el ordenamiento penal no tiene prevista la pena de prisión o bien, cuando en el caso concreto no se espera dicha sanción. Para los casos menos graves no se considera necesario aplicarla, salvo que exista peligro de fuga u obstaculización de la averiguación de la verdad (C.P.P., art. 261).

Para evitar criterios amplios respecto al peligro de fuga, el ordenamiento procesal prescribe orientación a los jueces para ser considerados en la toma de decisiones (C.P.P., art. 262), entre los que se encuentran: la situación de arraigo, la pena que se espera y el comportamiento del imputado en el procedimiento o en procedimientos anteriores. Sin embargo, se incorpora un criterio muy general como lo es el comportamiento anterior del imputado, criterio que podría ser utilizado como elemento que verifica la peligrosidad (delincuencia futura) al momento de la decisión.

En cuanto al peligro de obstaculización de la averiguación de la verdad, el criterio de orientación que propone la ley procesal penal remite a la grave sospecha de alterar los elementos de prueba, influir o inducir para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente (C.P.P., art. 263).

Con el fin de evitar que la prisión preventiva sea utilizada con fines no procesales, o sea, como anticipo de pena, el ordenamiento procesal en su artículo (C.P.P., art. 264) contempla la posibilidad de que el juez aplique otras medidas menos gravosas para el imputado, entre las que se halla: el arresto domiciliario; a la obligación de someterse al cuidado de una persona o institución; a la obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal o ante la autoridad que se designe; prohibición de salir del país, localidad o territorio determinado sin autorización; prohibición de concurrir a determinadas reuniones o visitar ciertos lugares; la prohibición de comunicarse con determinadas personas, siempre que no afecte el derecho de defensa; y la prestación de una caución económica adecuada por el propio imputado u otra persona, consistente en depósito de dinero, valores, constitución de hipoteca o prenda, embargo o entrega de bienes, o la

libertad de una o más personas idóneas. A estos substitutivos se agrega la posibilidad de prescindir de cualquier medida, cuando la simple promesa del imputado sea suficiente para garantizar su presencia en el proceso. En el mismo artículo se estipula de que no se podrá desnaturalizar la utilización de los substitutivos y en todo caso se tomará en cuenta la posibilidad de cumplirlo por parte del imputado, en especial lo relativo a su situación de pobreza para la aplicación de alguna caución económica.

El ordenamiento procesal también contempla la cesación de la prisión preventiva (C.P.P., art. 268), para evitar que se aplique en forma indeterminada, afectando los derechos del imputado innecesariamente. Para ese efecto, toma en cuenta en primer lugar la incorporación de elementos que desvirtúan los motivos por los cuales se dictó; en segundo lugar, que su duración supere o equivalga a la pena esperada incorporando los criterios relativos a la suspensión de la pena o la libertad anticipada; y en tercer lugar, que la duración exceda en 1 año, exceptuando el hecho de que se hubiere dictado sentencia condenatoria y exista pendiente un recurso, en cuyo caso podrá durar 3 meses más. Como potestad exclusiva de la Corte Suprema de Justicia se contempla la posibilidad de que ésta, de oficio, o a pedido de un tribunal o del Ministerio Público, podrá prorrogar la duración de la prisión preventiva cuantas veces sea necesario, fijando el plazo concreto de la prórroga y quedando a su cargo su control.

Éste constituye el modelo inicial para la aplicación de las medidas de coerción, en el cual la prisión preventiva posee un lugar central en el sistema y se regula como medida excepcional, proporcional al peligro procesal, y con límite de duración. Para evitar su uso indiscriminado y para que realmente cumpla con su función procesal, se regula una serie de substitutivos con el fin de afectar lo menos posible los derechos del imputado dentro del proceso, preservando en gran medida el principio de inocencia, de tal manera de que el juicio constituya, por excelencia, el mecanismo para desencadenar la coacción legítima por parte del Estado.

A pesar de las deficiencias en el proceso de implementación del nuevo proceso, entre las cuales puede enumerarse: contar con un Ministerio Público con poca capacidad de respuesta, una defensa pública no organizada y casi inexistente

(pues sólo 8 abogados nombrados para cubrir los tribunales de la capital), el apoyo político escaso por parte de la Corte Suprema para que entrara en vigencia el código, la falta de compromiso por parte del Ejecutivo en el proceso de cambio y en contrariedad de la opinión de la mayoría de abogados y del sector académico, el modelo planteado comenzó a dar resultados positivos durante su entrada en vigencia. Si agregamos a este panorama la sensación de inseguridad ciudadana que empieza a sentirse con mayor fuerza por los cambios políticos que se desencadenan después del intento de golpe de Estado en 1993, el panorama no fue muy propicio para el cambio cultural que significó el nuevo proceso penal.

El mejor ejemplo de esta situación lo constituye la disminución de la privación de libertad, en la cual se notó una baja respecto a la tendencia creciente que traía: 1991, 5.492; 1992, 5.534; 1993, 5.964; 1994, 6.003; y en 1995, 5.741. Según los datos proporcionados por Diagnóstico del Sistema Penitenciario, elaborado por Minugua y el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala.

La presión en contra de los cambios que se iniciaron en la administración de justicia no se hicieron esperar, los más conservadores propusieron derogar el Código y retornar al modelo inquisitivo anterior. Las denuncias de corrupción en la aplicación de las medidas sustitutivas provocaron que la Corte Suprema emitiera una circular restringiendo su aplicación para los jueces de paz y que promoviera un proyecto de reformas al Código Procesal Penal, con el objeto de restringir la aplicación de medidas sustitutivas para determinados delitos —homicidio doloso, asesinato, parricidio, violación agravada, violación calificada, violación de menor de 12 años, plagio o secuestro, sabotaje, robo agravado, y hurto agravado, o cualquier delito de narcotráfico— o características referidas al autor —reincidentes o delincuentes habituales—. Dicho proyecto fue aprobado inicialmente mediante el decreto 32-96 y luego ampliado mediante el decreto 79-97 ambos del Congreso de la República.

Esta modificación provocó que los índices de la prisión preventiva aumentara en un 20 % de 1981 a 1996, constituyendo en este último año el 74 % los presos sin condena.

En lo que se refiere a la relación a las conductas criminalizadas en la prisión preventiva y condenas, existe una

diferencia, tomando el dato de hombres, que es el disponible, aparece el robo con más del 20 %, seguido de homicidio, 18 %; lesiones, 8 %; tráfico de drogas, 8 %; posesión para el consumo, 7 %; hurto, 6 %; portación de armas, 4 %; violación, 3 %, y secuestro, 2 %. En cuanto a condenas los porcentajes se invierten: el homicidio aparece con mayor frecuencia en 44 %, seguido de tráfico de drogas con 16 %; robo, 8 %; lesiones, 6 %, violación, 4 %; portación de armas, 3 %; hurto, 2 %; secuestro, posesión para el consumo de drogas y estafa, con 1 % cada uno.

Como se puede apreciar con esta muestra, los delitos de robo, hurto y posesión para el consumo de drogas se distorsionan en lo que se refiere a condenas, pues sus porcentajes bajan considerablemente, aspecto que hace suponer que la prisión preventiva en estos casos es utilizada no con los fines procesales, sino, por lo contrario, como aplicación de una sanción sin juicio.

En lo que se refiere a la duración de la prisión preventiva, el diagnóstico sobre el sistema penitenciario revela que el tiempo promedio es de 176 días. Otro estudio más específico sobre la situación de la prisión en el departamento de Guatemala, elaborado por el I.C.C.P.G., muestra que el 65 % dura de 1 a 5 meses; el 26 %, de 5 a 12 meses, y el 14 %, más de 12 meses.

En cuanto a los controles judiciales sobre la prisión preventiva, las partes tienen opción de solicitar la revisión de la prisión preventiva o bien impugnar la decisión, en último término está el control que ejerce la Corte Suprema cuando excede de 1 año de duración. El estudio sobre la situación de la prisión preventiva en Guatemala reveló que los abogados de la defensa pública hacen poco uso de la revisión de la prisión preventiva debido a la escasa investigación del Ministerio Público y no es frecuente el uso de las impugnaciones por la duración del procedimiento de más de 3 meses, por lo que prefieren esperar a que finalice el período de investigación de 3 meses, para solicitar el sobreseimiento. El control de la Corte Suprema de Justicia, cuando la prisión preventiva excede de 1 año, es un trámite puramente formal: así lo revelan los casos presentados en 1997: hasta noviembre se habían presentado 1.194, de los cuales el 96 % fueron aceptados.

4.1.2. DURACIÓN DEL PROCESO

Los sistemas de información relacionados con el seguimiento de casos, para determinar la duración de los procesos, están todavía en procesos de implementación. Al efecto, se tomó como base un estudio de casos realizado por el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala en dos regiones del país: Guatemala y Quetzaltenango.

En el procedimiento común, los fiscales esperan el vencimiento del plazo, 3 meses, para solicitar la ampliación por 3 meses más, en total, la fase de investigación dura 6 meses. En cuanto al procedimiento intermedio, no aparece una constante en la muestra. El período varía de rango de 10 días hasta 10 meses. En lo que se refiere a las actividades de juicio, puede durar hasta 3 meses. Respecto a la etapa de juicio, en los casos que se analizaron, la duración desde la recepción del tribunal de sentencia hasta la realización del debate dura 3 meses y el período de impugnaciones mes y medio. En total, el proceso hasta la sentencia dura un año y medio en promedio.

4.1.3. ORGANIZACIÓN JUDICIAL

Características generales de la población: el censo desarrollado en 1994 refleja que el total de la población es de 10.243.109, con un crecimiento anual del 2,5 %, lo que indica que se duplicará en un período de 28 años. Respecto a la edad, el 50 % son menores de 18 años. La distribución de la población indica que un 65 % es población rural y un 35 % urbana, con tendencia a crecer. En cuanto al grupo étnico, el 43 % pertenece a alguno de los 22 grupos indígenas, casi en su totalidad de descendencia maya. De la población mayor de 15 años, el 35 % es analfabeta. Tomando en cuenta que la educación formal se inicia a los 7 años y que la población en su mayoría es menor de 18 años, el porcentaje de analfabetismo tendrá que ser mayor. Se estima que 3 de cada 4 personas se halla en situación de pobreza.

Características de los operadores del sistema de justicia penal: en el organismo judicial en 1998, de 470 tribunales, 314 tenían competencia penal, incluyendo la Corte Suprema de Justicia y la Corte de Constitucionalidad. Con competen-

cia penal exclusiva existían 70 tribunales, compuestos de la siguiente manera: salas de apelaciones, 9; ejecución penal 2; sentencia, 28; control de investigación, 14, y jueces de paz, 17. Esto da una tasa por cada 100.000 habitantes de 3,06.

El Ministerio Público tiene 471 fiscales: la tasa refleja 4,60 en toda la República por cada 100.000 habitantes.

La policía tenía en 1997, 11.840 agentes; muestra una tasa de 116 policías por cada 100.000 habitantes en toda la República. Las perspectivas de crecimiento de la policía, según los acuerdos de paz, consisten en llegar a 20.000 agentes al año 2000, cifra que nos daría una tasa, según la población actual, de 195. Si se compara la presencia policial con la de los miembros del ejército, que se pretende disminuyan de 45.000 a 30.000 hombres para el año 2000, la presencia del ejército continuará siendo mayor a la fuerza policial.

4.1.4. EFICACIA DEL SISTEMA

Durante los últimos 2 años, 1996 y 1997, el Ministerio Público recibió 153.874 y 156.012 casos, respectivamente, según memorias de labores. Por las limitaciones de la información sobre el sistema es necesario hacer algunas inferencias con base en la duración de los procesos, y también porque los datos de un año a otro no varían sustancialmente. En primer lugar, se asume que las acusaciones presentadas en 1997 en su mayoría corresponden a casos presentados en 1996. De esta manera tenemos que en 1997 se presentaron 2.302 acusaciones, lo que corresponde al 1,5 % de los casos ingresados, de los cuales se resolvieron 447 por procedimiento abreviado, el 19 %, mientras que por debates, 938, o sea el 41 %; el resto, 917 (40 %), sólo se indican que están pendientes pero no dice el tipo de vía utilizado; es probable que, casi en su totalidad, ellos se refieran a debates debido a que el procedimiento abreviado es poco utilizado según entrevistas a operadores del sistema, lo que indica que más del 80 % de los casos en que se dicta sentencia son resueltos por el procedimiento ordinario.

Las soluciones alternativas, como los criterios de oportunidad y suspensión condicional de la persecución penal, parecen ser poco utilizadas, pues únicamente indican 5.301

(3,3 %) y 241 (0,15 %) respectivamente. La conversión de la acción pública en acción privada, el dato es similar, únicamente aparecen 248 (0,15 %).

En cuanto a la selectividad del sistema, además de las conductas criminalizadas que se presentaron en el primer apartado (ver 4.1.1), la información sobre el perfil de las personas privadas de libertad presenta las siguientes características, según el diagnóstico penitenciario desarrollado: en su mayoría son jóvenes (51 % menor de 30 años); población no indígena (70 % ladinos, 22 % indígena y 8 % extranjeros); el 31 % reconoció haber estado detenido con anterioridad; en su mayoría, 59 %, campesinos, obreros o trabajadores informales; el 60 % percibían ingresos menores a 800 quetzales (125 dólares EE.UU.), mensuales; y en cuanto a la educación, el 25 % reconoció ser analfabeto y el 53 % no finalizó ningún tipo de instrucción. En el enfrentamiento con graves conflictos sociales, el sistema de justicia ha sido débil, en especial nos referimos a las violaciones a los derechos humanos cometidas por agentes del Estado. Así lo refleja el informe presentado por la Comisión de Esclarecimiento Histórico, creada por los Acuerdos de Paz.

4.1.5. BUROCRATIZACIÓN

La cultura inquisitiva de los operadores del sistema, generada por muchos años, ha consolidado prácticas judiciales que son contrarias al espíritu del nuevo proceso. La cultura del expediente es uno de los principales resabios que continúa retrasando y formalizando en forma desmedida la fase de investigación y el procedimiento intermedio.

En la creación del nuevo Ministerio Público se generaron estructuras reflejas de los anteriores juzgados de instrucción que permitieron la delegación de funciones a operadores de apoyo a los fiscales, quienes asumen funciones que no les competen, como llevar casos de menor importancia, recepción de testimonios y en algunas situaciones preparar los casos para la aplicación de criterios de oportunidad.

La situación no es diferente en el caso de los jueces, quienes delegan funciones en los oficiales en el trámite de los procesos, en especial en todo lo relativo a las primeras declaraciones de los imputados.

Los problemas de comunicación se manifiestan en el sistema de notificaciones, debido a que la realiza el personal del tribunal, y sirve de excusa principal para el retraso de las actuaciones procesales. La situación no ha sido diferente, con la creación del Centro de Gestión de tribunales, que en la actualidad se dedica a realizar esta tarea.

4.2. Problemas y deficiencias del procedimiento vigente

4.2.1. PROBLEMAS

El principal problema que debe enfrentar el sistema de justicia penal es su credibilidad ante la población. Así lo refleja una encuesta desarrollada a instancia de la Comisión de Modernización del Organismo Judicial, de la que resultó que más del 88 % de los entrevistados expusieron que la administración de justicia es inadecuada. Las razones que se aducen son diversas; cabe destacar la corrupción, la lentitud e ineficiencia del procedimiento y las dificultades de acceso.

Diferentes elementos se relacionan para explicar este fenómeno: en primer lugar, el proceso de transición hacia la democracia, que después de más de 30 años de conflicto armado interno concluyó con la firma de los acuerdos de paz, de donde se desprenden compromisos de reorganización estatal, en especial el sector justicia, que de los tres poderes del Estado resulta ser el más débil; en segundo lugar, la entrada en vigencia del nuevo proceso penal, que en sí mismo constituye un cambio cultural profundo. Este cambio puso en evidencia la situación grave del funcionamiento de la justicia, en especial su alto grado de burocratización e ineficiencia, y en tercer lugar, la sensación de inseguridad ciudadana e impunidad de las graves violaciones a los derechos humanos, que en este proceso de transición configura al sector justicia como espacio fundamental para la resolución de conflictos. Estos elementos han generado un desborde de demanda de justicia, que no logrará estabilizarse hasta que encuentre respuestas más o menos satisfactorias a la conflictividad social.

De esta manera la eficacia de la administración de justicia para resolver la conflictividad social es una de las principales tareas propuestas por los distintos sectores que traba-

jan en el proceso de transformación de la justicia penal. Sin embargo, no será posible alcanzar este objetivo si no se reconoce la diversidad cultural que conforma la sociedad guatemalteca. Por esta razón, en los acuerdos de paz existe el compromiso de conformar un Estado pluricultural y multilingüe que refleje esta realidad social. La creación de un Estado con estas características, obliga a la utilización del sistema penal como *ultima ratio*. Tal sistema deberá reconocer que existen otros mecanismos legítimos de solución de los conflictos de naturaleza penal propios de las culturas indígenas, que tradicionalmente los han resuelto con menos violencia y mayor eficacia que la que ofrece el sistema penal.

Dentro de este esquema, el acceso a la justicia en el propio idioma constituirá otro de los problemas a solucionar. Si bien es cierto que el ordenamiento procesal desarrolla esta garantía, al contener la obligación de contar con traductores y la posibilidad de realizar el debate en el propio idioma, los esfuerzos de los operadores del sistema por implementar esta garantía han resultado hasta el momento insuficientes, aspecto que provoca mayor descrédito en sus decisiones.

Si bien es cierto que al comienzo de la entrada en vigencia el nuevo ordenamiento procesal no contaba con el apoyo de diferentes sectores, la práctica judicial, aunque incompleta según el potencial que ofrece el instrumento legal, ha demostrado que la oralidad y la distribución del poder penal en diferentes actores, ha constituido un avance, tanto para la transparencia de esta función pública como para preservar garantías constitucionales. En sólo 4 años de vigencia, muchos sectores sociales vinculados al sector justicia propugnan su fortalecimiento. Un ejemplo de ello son las conclusiones de la Comisión de Fortalecimiento de la Justicia, quienes recomiendan la generalización de la oralidad en otras ramas del Derecho y profundizar este mecanismo en el proceso penal. Sin embargo, para lograr los efectos esperados se necesita una transformación administrativa de los operadores del sistema que facilite la operatividad de este instrumento. Entre estas necesidades se destaca: a) reorganización administrativa para la asignación de papeles a los funcionarios judiciales con el fin de evitar la delegación de funciones y la distribución de la carga de trabajo; b) reorganización administrativa del Ministerio Público para garantizar su presen-

cia desde el comienzo del proceso y facilitar el control sobre las fuerzas de seguridad; c) transformación de la enseñanza del Derecho para garantizar, a largo plazo, el cambio cultural que implica el nuevo proceso penal, tanto en las universidades como en los centros de capacitación de los operadores del sistema; d) incorporación de tecnología para el apoyo en el seguimiento de casos, como en la producción de información para la toma de decisiones en las distintas políticas de orientación del sistema.

Uno de los elementos fundamentales es el complemento de determinadas leyes que regulan el funcionamiento de los operadores del sistema de justicia penal: Ley de Carrera Judicial, Ley del Sistema Penitenciario y modificaciones a los cuerpos de seguridad para garantizar su función y subordinación al Ministerio Público en materia de investigación.

Los problemas descritos están en la agenda política de los sectores que trabajan en el proceso de reforma de la justicia. Algunos forman parte de los acuerdos de paz y otros de distintas comisiones de trabajo, como la de modernización del Organismo Judicial y el documento final de la Comisión de Fortalecimiento de la Justicia.

4.2.2. DEFICIENCIAS DEL PROCEDIMIENTO VIGENTE

El modelo original sufrió modificaciones antes de ingresar a la discusión parlamentaria correspondiente. Del modelo que entró en vigencia, hasta la fecha ha sufrido varias modificaciones, dos por parte del Organismo Legislativo y dos como resultado de recursos de inconstitucionalidad planteados contra el Código. Las principales que presenta el actual proceso son las siguientes:

- a) Como requisito para dictar el auto de procesamiento el modelo normativo exige que se dicte previamente una medida de coerción (art. 320, C.P.P.).
- b) Las medidas de coerción y el auto de procesamiento son dictados sin requerimiento fiscal como producto de la falta de claridad normativa al desarrollar el principio acusatorio.
- c) El plazo de la prisión preventiva puede ser ampliado indeterminadamente por la Corte Suprema de Justicia sin que existen criterios objetivos.

- d) Se restringe la posibilidad de aplicar sustitución a la prisión preventiva para ciertos delitos, lo que contradice los principios constitucionales sobre el desarrollo de la imputación y la utilización de esta medida extrema. De la misma manera, no existe una regla que indique claramente que esta decisión se tomará a petición de parte o del Ministerio Público.
- e) La obligación de aplicar los criterios de oportunidad para los cómplices o encubridores que presten declaración eficaz contra autores de determinados delitos (C.P.P., art. 25)
- f) La potestad del juez para desarrollar autos de investigación de oficio tergiversa el principio acusatorio y de independencia e imparcialidad del juez.
- g) La clausura provisional que puede dictar el juez de oficio cuando el fiscal no formula requerimiento del procedimiento preparatorio sin permitir el control efectivo de la víctima y agraviado.
- h) El poder que tiene el juez para obligar a los fiscales a formular acusación a pesar de haber presentado otro requerimiento.

5. Abreviaturas

C.P.R.	Constitución Política de la República.
C.P.P.	Código Procesal Penal.
C.P.P.D.	Código Procesal Penal derogado.
C.M.	Código Militar.
L.O.J.	Ley del Organismo Judicial.
L.O.M.P.	Ley Orgánica del Ministerio Público.
Cód. Civil	Código Civil.
D.U.D.H.	Declaración Universal de Derechos Humanos.
D.A.D.D.H.	Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.
P.I.D.C.P.	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
C.A.D.H.	Convención Americana de Derechos Humanos.
L.S.P.D.P.	Ley del Servicio Público de Defensa Penal.
L.P.N.C.	Ley de la Policía Nacional Civil.

6. Apéndice legislativo

- Código Militar, 1878
 Código Procesal Penal, 1973
 Ley de Redención de Penas, 1969
 Código Penal, 1972
 Constitución Política de la República, 1985
 Ley del Organismo Judicial, 1989
 Código Procesal Penal, 1994
 Ley Orgánica del Ministerio Público, 1994

7. Bibliografía

7.1. Bibliografía antes de la reforma

- HURTADO AGUILAR, Hernán: *Derecho procesal penal práctico guatemalteco*, Landivar, 1973.
 HERRARTE, Alberto: *Derecho procesal penal guatemalteco*, José Pineda Ibarra, 1978.
 SALAS, Luis, y RICO, José Ma.: *La justicia penal en Guatemala*, Educa, Costa Rica, 1989.

7.2. Bibliografía después de la reforma

- BARRIENTOS PELECCER: *Derecho procesal penal guatemalteco*, Magna Terra, 1995.
 — *Los poderes judiciales*, Magna Terra, 1996.
 BOVINO, Alberto: *Temas de Derecho procesal penal guatemalteco*, Fundación Mirna Mack, 1996.
 Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala, ICCPG, y Misión de Naciones Unidas para Guatemala, Minugua, diagnóstico del sistema penitenciario guatemalteco, sin publicar.
 Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala, ICCPG, flujo de casos Guatemala y Quetzaltenango, 1996, sin publicar.
 Organismo judicial, Exposición de motivos, Código Procesal Penal, 1991.
 RAMÍREZ, Luis, y PAZ Y PAZ, Claudia: *Justicia penal y libertad de prensa*, t. II, ILANUD.

- y CEJUNA, Gustavo: *La administración de justicia como garantía de los derechos humanos*. Investigación para el ILANUD, Guatemala, 1996. En prensa.
- RIVERA, Wolke: *La administración de justicia como garantía de los derechos humanos*, Investigación para el ILANUD, Guatemala, 1996. En prensa.

HONDURAS

POR JOSÉ MARÍA PALACIOS M.

1. **Bases político-jurídicas del procedimiento penal: principios procesales penales y debido proceso constitucional**

1.1. **Persecución penal pública y privada**

La persecución penal está regulada, en principio, en el art. 14 del Código de Procedimientos Penales, que a la letra dice: "De todo delito o falta nace una acción penal para la sanción del culpable y acción civil para las restituciones, reparaciones e indemnizaciones de perjuicios de que trata el Código Penal. La acción puede ser pública o privada".

1.1.1. ACCIÓN PENAL PÚBLICA

El art. 16 del Código de Procedimientos Penales establece que la acción pública por todos los delitos, a excepción de los de acción privada, corresponde al Ministerio Público, a los ofendidos y a los parientes de éstos. Como puede verse *no hay monopolio acusatorio para el Ministerio Público*, pero sí interviene en todos los procesos incoados por delitos de acción pública, aunque la acción haya sido ejercida por el ofendido o sus parientes, o se haya iniciado el sumario de oficio por el juzgado competente.

1.1.2. LEGALIDAD Y OPORTUNIDAD

En Honduras impera el principio de legalidad, según el cual el aparato represivo debe conocer todos los delitos per-

petrados en el país. No hay espacio para que pueda aplicarse el principio de oportunidad, aunque en la práctica, de manera subterránea, se excluyen de la persecución penal algunos delitos, a nivel de juzgados de paz y de la policía.

1.1.3. ORGANIZACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

Antes de 1994 prácticamente no existía en Honduras el Ministerio Público, lo que había era un fiscal asignado a cada juzgado de letras, a cada corte de apelaciones y a la Corte Suprema de Justicia, que no hacían otra cosa que llenar, de manera meramente formal, los trámites en que la ley lo exigía, sin que tuvieran una real intervención ni en la etapa instructiva, ni en el plenario, ni tampoco en la segunda instancia, ni en el recurso de casación. En 1994 se emitió la Ley del Ministerio Público que dio origen a la existencia, por primera vez en el país, de un verdadero Ministerio Público. Se trata de un ente extrapoder, que goza de autonomía funcional y administrativa. Tiene bajo su responsabilidad la investigación de los delitos y el ejercicio de la acción penal pública. Forman parte de ese organismo la Dirección de Fiscalía, la Dirección de Medicina Forense, la Dirección de Lucha contra el Narcotráfico y la Dirección de Administración, y, hasta hace poco, la Dirección de Investigación Criminal. De la primera Dirección dependen los fiscales que intervienen ante todos los tribunales con competencia en materia penal del país; su labor se inicia en la investigación preprocesal, participa luego en la investigación que continúa en la etapa sumarial, y es interviniente beligerante en todas las diligencias posteriores del proceso penal. Existen, por otra parte, varias fiscalías especiales:

- a) La Fiscalía de Defensa de la Constitucionalidad tiene entre sus atribuciones, las de emitir dictámenes en los *habeas corpus*, amparos y recursos de inconstitucionalidad, así como la de interponer las acciones tendientes a garantizar el respeto a los derechos constitucionales.
- b) La Fiscalía de Lucha contra la Corrupción investiga todas aquellas denuncias que recibe acerca de conductas de funcionarios públicos que pudieran haber incurrido en actos de corrupción; también lo hace de oficio. Si de las investigaciones encuentra base para

- ejercitar la acción penal, lo hace ante el juzgado competente y sustenta la acusación hasta el final.
- c) La Fiscalía del Medio Ambiente vela por el cumplimiento de la Ley del Medio Ambiente; investiga y persigue los delitos ecológicos.
 - d) La Fiscalía de Defensa del Consumidor tiene por función principal la de cuidar que se cumpla la Ley de Protección al Consumidor. También investiga y ejercita la acción correspondiente en relación a los ilícitos que se cometen en ese campo.
 - e) La Fiscalía de la Mujer y del Niño atiende a la defensa de las mujeres y de los niños, en especial cuando son víctimas de violencia doméstica. Interviene en las acciones que se ejercen de conformidad al Código de la Niñez y de la Adolescencia.
 - f) La Fiscalía de Defensa de Etnias y del Patrimonio Cultural tiene a su cargo la protección de las minorías étnicas, en relación a sus personas, a sus tierras o territorios, al trabajo y al medio ambiente; es misión de esa Fiscalía vigilar porque se respete la cultura, las lenguas, las costumbres, las prácticas consuetudinarias de esas minorías. Es su tarea, también y fundamentalmente, velar por el cumplimiento del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Por último, esta Fiscalía tiene bajo su responsabilidad velar por el cumplimiento de la Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación; parte de esa función es la de investigar y perseguir los delitos que tengan relación con ese patrimonio.

La aparición de ese nuevo Ministerio Público en el escenario de la vida nacional, ha significado un cambio profundo; desde que empezó a funcionar ha habido más eficiencia en la lucha contra la delincuencia, ha disminuido la impunidad, y ha despertado confianza en la ciudadanía. El Ministerio Público, como nunca antes había ocurrido, ha golpeado intereses que anteriormente se consideraban intocables.

1.1.4. LA FUNCIÓN DE LA POLICÍA Y BREVE NOTICIA SOBRE SU ORGANIZACIÓN Y DEPENDENCIA POLÍTICA

Hasta 1963, la policía dependía del "poder civil", concretamente del Ministerio de Gobernación, pero desde ese año,

en que un gobierno electo democráticamente fue depuesto por un golpe militar, pasó a formar parte de las Fuerzas Armadas; después, esa dependencia recibió bendición constitucional. Así siguió hasta el año 1998, en que, después de haber sido reformada la Constitución, dejó de ser una de las "armas" de las Fuerzas Armadas, y estuvo bajo la dependencia de una comisión que la dirigió, hasta que entró en vigencia la recién emitida Ley Orgánica de la Policía, en la cual pasó a ser dependencia de la recién organizada Secretaría de Estado en los Despachos de Seguridad. De esta Secretaría de Estado depende la Dirección de Policía y la Dirección de Investigación. Forman parte de la primera, además de la Policía Preventiva, la Policía Migratoria, la de Hacienda y la Penitenciaria.

Es de señalar que amplios sectores de la sociedad civil se opusieron a que la Dirección de Investigación fuera separada del Ministerio Público, pues estimaban que ahí estaba funcionando de manera satisfactoria; más aún, que precisamente por formar parte del Ministerio Público había llevado a cabo, exitosamente, investigaciones de delitos en que se sindicaba como responsables a oficiales de los cuerpos armados del país. Hay en esos sectores el temor de que en la nueva ubicación, la Dirección de Investigación no goce de la independencia necesaria para la lucha emprendida contra la impunidad.

La función de la Policía Preventiva ha sido la garantizar la seguridad ciudadana, manteniendo vigilancia en la ciudad y en el campo; ha participado, también, en la investigación de delitos, a veces independientemente, y en ocasiones de consuno con la Dirección de Investigación. Tiene la facultad de verificar la aprehensión de personas, por orden de los tribunales competentes y, sin ella, en caso de flagrancia. Una vez que una persona ha sido capturada, la policía tiene que ponerla a disposición del juzgado respectivo sin pasar de 24 horas.

1.1.5. ACCIÓN PENAL PRIVADA

Según el art. 15 del Código de Procedimientos Penales, la acción privada solamente puede ser ejercida por los ofendidos y, por su imposibilidad para ejercerla, sus represen-

tantes legales o el Ministerio Público. El precepto indicado determina que son objeto de acción privada:

- a) Los delitos que protegen como bien jurídico la libertad sexual y la honestidad: violación, estupro, ultraje al pudor y rapto. Pero en relación a esos injustos la acción se vuelve pública cuando: 1. La víctima sea menor de 14 años; 2. Se trate de un menor sin padre, madre o guardador; 3. El delito es acompañado de otra infracción perseguible de oficio o haya sido cometido por los padres, tutores o curadores; 4. El delito de violación sea cometido mediante amenazas.
- b) Los delitos en relación a los cuales el bien jurídico protegido es el honor: calumnia, injurias y difamación.
- c) Los delitos cuyo bien jurídico protegido es el estado civil y el orden de la familia: suposición de partos, usurpación de estado civil, celebración de matrimonios ilegales, incesto y negación de asistencia familiar.

1.2. Garantías individuales del imputado

1.2.1. DEFENSA

El derecho a la defensa le es garantizado al imputado en el art. 82, párrafo primero, de la Constitución de la República, que textualmente dice: "El derecho a la defensa es inviolable". En la normativa procesal se consagra ese mismo principio en el art. 5° del Código de Procedimientos Penales, en el cual, se reitera la declaración constitucional y, a continuación, desarrollando el principio, se agrega: "Este derecho se extiende a interrogar a los testigos propuestos por la parte acusadora y a obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos". Cabe agregar que forma parte de la legislación aplicable al respecto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su art. 8°, numeral 2°, literales c), d) y e).

Ésa es la normativa, en la práctica está excluida la defensa material, ya que según la Ley Orgánica del Colegio de Abogados, solamente se admite la defensa técnica, con la circunstancia de que el imputado solamente puede constituir defensor hasta después de que rinde su declaración indagatoria (párrafo segundo del art. 229 del Código de Procedi-

mientos Penales), lo que limita el ejercicio del derecho de defensa, ya que con gran frecuencia la mayor parte de la prueba sumarial es recibida antes de que el imputado esté a la disposición del juez, y es esa prueba, así recabada, sin la intervención del procesado, la que, dada la forma en que funciona el sistema, sirve de base para fundamentar la sentencia definitiva.

Las anteriores argumentaciones con su fundamento jurídico, son las que limitan la presencia del defensor, hasta que el imputado ha rendido su declaración indagatoria, lo que significa que a la hora de prestar esa deposición no es asistido por su abogado, con la posibilidad de que éste intervenga haciendo preguntas u oponiéndose a las que haga el juez o el fiscal, o exigiendo el respeto a los derechos que la Constitución y las convenciones de derechos humanos les confieren. La Corte Suprema de Justicia, frente a esa anomalía procesal consagrada en la ley secundaria, emitió, el 14 de noviembre de 1995, un auto acordado (acordada), a efecto de que el imputado pudiera, aun antes de presentarse ante el juzgado correspondiente o de ser habido por la autoridad, y por lo consiguiente, antes de declarar como encausado, constituir apoderado mediante escritura pública, con el fin de que el mandatario así constituido pueda estar presente, nada más, en el acto de la declaración indicada, y pueda, además, hacer saber al juez los nombres de personas que, como testigos, están en condiciones de aportar prueba en la búsqueda de la verdad, presentar documentos o señalar el lugar en que se encuentran y pedir la práctica de inspecciones así como que se oigan dictámenes de peritos.

Como se apuntó, no se admite la defensa material, en la práctica. Podría el imputado, con fundamento en lo que dispone el art. 8° del Pacto de San José, interrogar personalmente a los testigos e intervenir en cualquiera otra diligencia probatoria que pudiera afectarle, pero lo cierto es que no existe en nuestra práctica judicial experiencia en ese sentido.

1.2.2. INOCENCIA

El art. 89 de la Constitución de la República prescribe: "Toda persona es inocente mientras no se haya declarado su responsabilidad por autoridad competente"; y el art. 6° del

Código de Procedimientos Penales establece: "Todo procesado tiene derecho a ser oído y a que no se prejuzgue su culpabilidad, debiendo considerársele inocente mientras no se pruebe lo contrario". En este último ordenamiento encontramos otra confirmación del principio de inocencia, en el art. 361 se dispone: "No podrá condenarse al acusado, sino cuando se pruebe que cometió el delito que se le imputa. En caso de duda, debe absolversele".

En la práctica la presunción de inocencia que favorece al imputado es ignorada al privarse de su libertad, sometién-dolas a prisión preventiva, a personas a quienes no se ha probado culpabilidad alguna.

1.2.3. NEMO TENETUR SE IPSUM ACUSARE

Este principio está consagrado en el art. 88 de la Constitución de la República, la aplicación del cual se extiende al cónyuge o compañero de hogar, así como a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. Es desarrollado, igualmente, en el art. 7° del Código de Procedimientos Penales, que se lee así: "Nadie puede ser obligado en asunto penal a declarar contra sí mismo, contra su cónyuge, compañero o compañera de hogar en su caso, y en unión lícita, ni contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad".

En el art. 168 del Código de Procedimientos Penales se sanciona con la nulidad la confesión obtenida en violación del principio de que nadie está obligado a acusarse a sí mismo.

1.2.4. PROHIBICIONES PROBATORIAS

Expresamente no hay preceptos ni a nivel constitucional ni a nivel de ley secundaria que proscriban la prueba ilícita, pero debe entenderse que si un elemento probatorio ha sido obtenido en violación de los derechos consagrados en la Constitución de la República y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no pueden tener eficacia jurídica. Ése el criterio que está privando en nuestros tribunales, pero todavía hay jueces que siguen fundando sus sentencias en pruebas viciadas de esa manera.

Cabe afirmar, como se ha enunciado, que nuestros jueces están adquiriendo, cada día más, conciencia de que no pueden atribuirle eficacia probatoria a la prueba adquirida en violación de derechos constitucionales. Permítaseme citar parte de la motivación de dos sentencias en que la Corte Tercera de Apelaciones del departamento de Francisco Morazán revocó los fallos condenatorios de primera instancia. En uno de esos fallos se expresa: "*Considerando*: que nuestro ordenamiento constitucional garantiza la inviolabilidad del domicilio, el cual no podrá verificarse sin consentimiento de la persona que lo habite o resolución emanada de autoridad competente, extremos que no concurrieron en el caso de autos. *Considerando*: que se encuentran establecidas en nuestra legislación procesal penal las formalidades a seguir para violar un derecho individual por excepción, y en el allanamiento de morada verificado en el caso *subiudice* tales requisitos fueron obviados totalmente, convirtiéndose éste en ilegal así como la prueba que directamente emane o sea consecuencia de él". En la otra sentencia se dice: "*Considerando*: que ninguna casa puede ser registrada sino por mandato escrito de autoridad competente, dado en virtud de prueba que amerite el allanamiento, siendo excepciones las siguientes: 1) Persecución; 2) Desorden escandaloso; 3) Reclamación hecha del interior, y 4) Casos urgentes como incendios, etc.; y en el caso que nos ocupa no se da ninguno de esos presupuestos. *Considerando*: que la inspección judicial, así como el resultado del registro o cateo, harán prueba plena, siempre que se practique con los requisitos del Código de Procedimientos Penales, lo que no aconteció en el presente caso, puesto que el allanamiento fue realizado sin autorización judicial y aun cuando los agentes de la Dirección de Investigación Criminal manifestaron que las personas que se encontraban en la vivienda dieron el consentimiento, éstas lo niegan rotundamente; por lo que es procedente excluir la prueba derivada de ese allanamiento".

En la Constitución de la República, se proscribe la tortura, pero es la verdad que, aparte de que indiscutiblemente la tortura prácticamente ha sido erradicada de nuestro país, las confesiones que así pudieran ser "arrancadas" en la policía carecen de todo valor.

El art. 366 del Código de Procedimientos Penales dispone: "La inspección judicial, así como el resultado del registro o cateo, harán plena prueba, siempre que se practique con los requisitos de este Código". Aquí sí cabe afirmar que la ley, sin calificarla así, expresamente, hace relación a prueba ilícita; no obstante ello, con base en las "evidencias" encontradas en un allanamiento practicado en violación de la normativa constitucional y procesal respectivas, han sido dictadas sentencias de condena, en especial por delitos de narcotráfico.

1.2.5. *NON BIS IN IDEM*

El art. 95 de la Constitución de la República establece que: "Ninguna persona será sancionada con penas no establecidas previamente en la ley, ni podrá ser juzgada otra vez por los mismos hechos punibles que motivaron anteriores enjuiciamientos". En el Código de Procedimientos Penales (art. 9º) se prescribe: "Ninguna persona puede ser juzgada por más de una vez por los mismos hechos punibles que motivaron anterior enjuiciamiento". En el art. 186 de la Carta Magna se refuerza, de alguna manera, este principio, al disponer que no se pueden abrir los juicios fenecidos.

1.2.6. FACULTADES DE INJERENCIA ESTATAL Y SISTEMA DE CONTROL JUDICIAL

Entendemos que cuando se habla de injerencia estatal, se hace referencia a la de los órganos del Poder Ejecutivo. Y entendiendo las cosas de esa manera, consideramos que solamente pueden darse intervenciones de tales órganos dentro del proceso penal cuando así lo ordene un juez, ya sea para dar cumplimiento a decisiones dictadas durante la tramitación de la causa, o ya sea para el cumplimiento de una sentencia definitiva.

El art. 100 de la Constitución de la República establece: "Toda persona tiene derecho a la inviolabilidad y al secreto de las comunicaciones, en especial de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. Los libros y comprobantes de los comerciantes y los documentos personales, únicamente estarán sujetos a inspección o fiscalización de la

autoridad competente, de conformidad con la ley. Las comunicaciones, los libros, comprobantes a que se refiere el presente artículo, que fueren violados o sustraídos, no harán en juicio. En todo caso, se guardará siempre el secreto respecto a los asuntos estrictamente privados que no tengan relación con el asunto objeto de la acción judicial". En el Código de Procedimientos Penales se regula la forma en que pueden interferirse las comunicaciones postales, telegráficas y cablegráficas, no así las telefónicas. Se prescribe que el juez instructor deberá ordenar el decomiso de la correspondencia destinada al procesado a los jefes de las oficinas de correos y de telégrafos, a efecto de que la pongan a la orden del investigador. De los telegramas transmitidos o recibidos, deberá enviarse copia al juez de la causa. La apertura de la correspondencia se hará en presencia del encausado y su defensor. El juez la leerá, apartará la que haga referencia a los hechos que se investigan para conservarla; la que no, será entregada o enviada a la persona a quien corresponda. Tal lo que se dispone en los arts. 213 al 216 del Código de Procedimientos Penales.

En lo atinente a las intervenciones telefónicas, como no hay disposición procesal al respecto, los jueces las ordenan al amparo del art. 100 constitucional que antes se ha transcrita.

El allanamiento domiciliario, según lo establece el art. 99 de la Constitución de la República, solamente puede llevarse a cabo con consentimiento del habitante de la vivienda o mediante mandato escrito de autoridad competente, excepto en casos de urgencia, para impedir la comisión o impunidad de delitos o evitar graves daños a la persona o a la propiedad; no puede llevarse a cabo de las seis de la tarde a las seis de la mañana sin incurrir en responsabilidad. En el Código de Procedimientos Penales se regula con bastante detalle la forma en que deben llevarse a cabo los allanamientos y registros, para que sea una realidad la inviolabilidad del domicilio consagrada constitucionalmente.

1.2.7. LA DEFENSA PÚBLICA, BREVE REFERENCIA EMPÍRICA

La Constitución de la República, en su art. 83, establece que es obligación del Estado nombrar procuradores para la

defensa de los pobres y para velar por las personas de los menores e incapaces, dando asistencia legal y representación judicial en la defensa de su libertad y demás derechos. En cumplimiento de esa norma, se creó el servicio de la defensa pública dependiente de la Corte Suprema de Justicia en 1989, pero fue hasta 1994 que se cubrió toda la geografía nacional llevando defensores a todos los departamentos del país. Se crearon cuatro oficinas regionales con el fin de descentralizar la supervisión y orientación de los defensores públicos, que los hay en número de ciento cuarenta y dos (142) en todo el país.¹

Los servicios de los defensores son solicitados frecuentemente por los interesados en las oficinas en que atienden al público, pero, además, ellos visitan constantemente los centros de detención con el fin de averiguar quiénes no cuentan con defensor para ofrecerles su asistencia, si su situación económica no les permite pagar un defensor privado, que por cierto quienes se encuentran en esa situación constituyen la mayoría.

Los defensores públicos atienden la defensa de sus representados a lo largo de todo el proceso en primera instancia; si el fallo es condenatorio, lo impugnan haciendo uso del recurso de apelación y, en algunos casos, han llegado hasta la Corte Suprema de Justicia en casación; o sea, pues, que libran batalla en defensa de sus patrocinados hasta que ya no queda más por hacer. Aun después de la condena continúan atentos a la situación del preso y, cuando es ya procedente, gestionan la libertad condicional de los condenados que reúnen las exigencias que la ley prescribe para gozar de ese beneficio. Durante el trámite de la causa gestionan, también, la aplicación del Decreto del Reo sin Condena. *La población tiene confianza en su trabajo.*

Es interesante poner de manifiesto que de los imputados en prisión preventiva, el sesenta y cinco por ciento (65 %) es atendido por defensores públicos y el treinta y cinco por ciento (35 %) por defensores privados.

¹ Fuente: Dirección Nacional de la Defensa Pública. Poder Judicial. Datos actualizados a febrero de 1999.

1.3. Características del juicio previo a la condena e imparcialidad de los jueces del tribunal de sentencia (juez natural y exclusión de jueces que han operado en otro período del procedimiento)

En el art. 94 de la Constitución de la República se consagra el principio del juicio previo, en los siguientes términos: "A nadie se impondrá pena alguna sin haber sido oído y vencido en juicio"; no obstante ello, es la verdad que, partiendo de lo que sucede en la práctica, podemos afirmar que en Honduras no se cumple a cabalidad, tal como adelante lo demostraremos.

En cuanto a la imparcialidad de los jueces que dictan sentencia (en Honduras no existen tribunales de sentencia), si tomamos en consideración que el sistema que impera es el inquisitivo, en el que quien investiga es el mismo que juzga, no puede esperarse una verdadera imparcialidad.

Solamente se excluye del conocimiento de un caso al juez que ha intervenido en una instancia inferior y que, después, integra un tribunal de alzada o la propia Corte Suprema de Justicia, pero en primera instancia no se excluye, para el caso, a quien ha instruido el sumario para impedirle que sea él quien dicte la sentencia. Instructor y juzgador puede ser, y lo es la mayoría de la veces, la misma persona. Cabe señalar, eso sí, que en alguna medida esa situación ha mejorado con la creación de los llamados *jueces supernumerarios*, una figura nueva en nuestro sistema, que permite aumentar el número de los jueces que laboran en un mismo juzgado, bajo la dirección administrativa del titular del despacho; en el área jurisdiccional todos tienen la misma categoría y gozan de igual independencia. En la distribución del trabajo en los juzgados donde se da esa situación, se trata de que quien tramita el sumario y el que interviene en el plenario hasta pronunciar la sentencia definitiva sean diferentes personas.

En cuanto al principio del juez natural, tanto por lo dispuesto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos como en el Código de Procedimientos Penales, solamente pueden conocer de las causas por delitos los tribunales creados previamente por la ley, dentro del área de la competencia que se le asigna en el decreto mismo de su creación. Este principio sí es respetado siempre en la práctica; en caso de

que inicie el sumario un juez no competente, en el momento en que se compruebe tal situación se inhibe y envía el proceso al que lo sea, aunque, claro está, hay situaciones en que no es fácil determinarlo, y entonces se dan las cuestiones de competencia que deben ser resueltas por el tribunal superior respectivo.

1.4. Independencia política de los tribunales: reglas fundamentales al respecto y organización

La independencia de los tribunales hay que considerarla en dos sentidos: frente a poderes y fuerzas externas al Poder Judicial y de los tribunales inferiores frente a los ubicados en niveles superiores.

En cuanto a la independencia externa es fundamental la forma de designación de los jueces que integran la Corte Suprema de Justicia; en Honduras, esa designación tiene una connotación esencialmente política, lo que debilita evidentemente esa independencia.

Los jueces de paz, los jueces de letras y los magistrados de las cortes de apelaciones, que integran todo el Poder Judicial además de la Corte Suprema de Justicia, son independientes en la medida en que tienen garantizada su estabilidad en el trabajo, la cual les es garantizada por la Constitución en su art. 309, que dice: "Los jueces y magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados, sino por las causas y con las garantías previstas en la ley". De otra parte, correlato necesario de la estabilidad es el funcionamiento de una verdadera carrera judicial, tan es así que en el párrafo segundo del citado art. 309 de la Constitución se establece: "La ley regulará la carrera judicial y lo conducente para asegurar la idoneidad, estabilidad e independencia de los jueces...". En cuanto a la independencia interna, en los últimos años, se han logrado verdaderos avances en este campo. Podríamos decir que ya casi ha sido eliminada una práctica antaño nada rara, de que un magistrado del más alto tribunal llamara a un juez de primera instancia para instruirlo acerca de cómo debía resolver determinado asunto. Pero estamos conscientes de que en tanto no se institucionalice en debida forma la carrera judicial, con la garantía del debido proceso para los funcionarios, que no

podrán ser separados sin ser juzgados en un proceso en el que se le permita defenderse y con instancias que gocen de autonomía frente al organismo que emite los acuerdos de nombramiento, difícilmente se puede hablar de avances definitivos en lo que respecta a la independencia interna. En la actualidad el sistema de carrera judicial vigente no reúne esas características; baste decir que los funcionarios afectados tienen derecho a recurrir ante el llamado Consejo de Carrera Judicial, el que es dirigido por magistrados de la Corte Suprema de Justicia, organismo que, precisamente, tiene la facultad de nombrar, destituir y trasladar a todo el personal del Poder Judicial.

2. Síntesis acerca del procedimiento tradicional y todavía vigente y su adecuación a los principios anteriores

2.1. Fuentes *strictu sensu* del Derecho procesal penal nacional

La fuente del Derecho procesal penal en Honduras la constituye, *strictu sensu*, el Código de Procedimientos Penales que entró en vigencia el 13 de marzo de 1985. Es de aclarar que se continuará aplicando preceptos contenidos en la parte civil del Código de Procedimientos Comunes de 1906 (antes de 1985 estaban comprendidas en este otorgamiento la normativa referente tanto al área civil como a la penal), para resolver situaciones no previstas en el de Procedimientos Penales (art. 13 de esta última ley). Encontramos disposiciones de naturaleza procesal, también, en la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, vigente desde el 1º de marzo de 1906.

2.2. Estructura del procedimiento común, con determinación del órgano estatal que asume cada faz del procedimiento. Recursos contra la sentencia

El procedimiento criminal puede iniciarse:

- a) Por el juez de oficio o a instancia del Ministerio Público;

- b) Por delación o denuncia de los agentes de la autoridad o de cualquier persona; y
- c) Por querrela o acusación de la parte agraviada o de alguno de sus parientes.

El proceso se divide en dos etapas: sumario y plenario.

El primero es la fase en que el juez instructor, en un período que, una vez habido el imputado, no puede durar más de 30 días a menos que haya de practicarse prueba en el extranjero, caso en el cual puede extenderse ese término hasta 3 meses (en la práctica la norma que establece esos plazos no es observada), realiza todas las diligencias tendentes a comprobar el cuerpo del delito, descubrir los autores o partícipes, conocer su personalidad y averiguar la naturaleza y cuantía de los daños causados por el ilícito. Esta instrucción puede ser llevada por el juez de letras o por el juez de paz; siendo de aclarar que el primero es competente para conocer de los delitos que se cometan en un departamento (provincias) o en una de las secciones en que se dividen algunos de los departamentos; los jueces de paz lo son para instruir los sumarios relativos a delitos cometidos en los municipios. De un mismo injusto puede conocer el juez de letras del departamento o de la sección, en su caso, en que se hubiera cometido el delito, o el juez de paz del municipio en que tal hubiera acaecido. Para decidir cuál de ellos, entre el juez de letras y el de paz, es el competente frente a un caso concreto, entra en juego la figura de la prevención; el que primero inicia las respectivas diligencias excluye al otro.

Una vez que el imputado está a la orden del juez, se le recibe la declaración indagatoria (se respeta el principio *nemo tenetur*) y se le detiene, para inquirir, por el término de 6 días, dentro de los cuales cabe ordenar su libertad por falta de mérito o decretarle auto de prisión, esto si se dan los presupuestos siguientes: que haya prueba plena de que se ha cometido un delito que merezca pena de privación de libertad y que haya indicios racionales de quién haya sido su autor. Se entiende por indicio todo hecho, acto o circunstancia que lleve al convencimiento del juez que determinada persona ha participado de alguna manera en la comisión de un delito. Si el ilícito de que se trate no es sancionado con pena de privación de libertad, el imputado será oído en libertad y, en vez de auto de prisión, se le declarará reo.

Es necesario indicar que el imputado puede constituir defensor hasta después que ha rendido su declaración indagatoria, lo que significa que en la recepción de toda la prueba antes de esa actuación no tiene ninguna posibilidad de intervenir. El precepto que establece esa situación (párrafo segundo del art. 229 del Código de Procedimientos Penales) es indiscutiblemente, violatorio del derecho de defensa reconocido por el art. 82 párrafo primero de la Constitución de la República.

El auto de prisión puede ser impugnado por la vía del recurso de apelación, el cual es admitido en el efecto devolutivo. El fallo de la corte de apelaciones puede ser objeto de recurso de amparo, del cual conoce la Corte Suprema de Justicia, la que lo otorgará en el caso de que falte alguno de los presupuestos a que antes se hace referencia, consagrados en el art. 92 de la Constitución de la República.

La prisión preventiva es la regla. Solamente los imputados por delitos sancionados con penas de menos de 5 años pueden ser excarcelados bajo caución. Esto, según lo dispone el art. 433 del Código de Procedimientos Penales, que es violatorio del art. 93 de la Constitución, según el cual ni "aun con auto de prisión, ninguna persona puede ser llevada a la cárcel ni detenida en ella, si otorga caución suficiente, de conformidad con la ley"; y contradice, además, el art. 89 de la Carta Magna, que consagra el principio de la presunción de inocencia.

En la realización de su labor investigativa el juez recibe declaraciones de testigos, oye dictámenes de peritos, practica inspecciones y reconstrucciones, realiza careos o reconocimientos en rueda de presos. Es bueno aclarar, que tanto acusadores como defensores, en la práctica, han desnaturalizado al sumario convirtiéndolo en un pseudo contradictorio; es aquí donde unos y otros tratan de aportar toda la prueba de que disponen, lo que hacen sin el control de todos los sujetos del proceso, es por ello que no podemos hablar de un verdadero contradictorio. Es así como, con raras excepciones, no dejan prácticamente ninguna prueba para el plenario. Y es que, por otra parte, los jueces, normalmente, para dictar sus fallos se fundamentan nada más en la prueba del sumario.

Es bueno indicar, también, que la recepción de la prueba está a cargo, por regla general, de empleados subalternos

(escribientes) en quienes el juez delega funciones. No hay, pues, intermediación.

Agotado el informativo sumarial, si ha sido tramitado en un juzgado de paz se envía al juzgado de letras respectivo, el cual, al igual que con los que en el mismo se han tramitado, eleva la causa a plenario, en el que las partes están plenamente legitimadas para intervenir en todas las diligencias e instar todos los trámites, incidentes o recursos. En esta fase, el trámite es el siguiente:

1. Se corre traslado, por el término de 6 días, al fiscal para que formalice acusación.
2. Después, se da igual traslado para el acusador privado, si lo hay.
3. Luego y siempre por 6 días, se entrega la causa al defensor para que conteste cargos.

Dentro de ese término de 6 días, cualquiera de las partes puede proponer artículos de previo y especial pronunciamiento sobre:

1. declinatoria de jurisdicción;
2. cosa juzgada;
3. prescripción de la acción penal;
4. amnistía;
5. indulto;
6. falta de autorización para procesar en los casos en que sea necesaria (por ejemplo, cuando se presenta querrela por delitos contra el honor cometidos en juicio), y
7. falta de acusación en los delitos que lo requieran (los de acción privada).

Si esas cuestiones son desestimadas, se dará un nuevo traslado por tres días para que se formalice acusación o se contesten cargos, según el caso.

Si no se interpone ningún artículo de la naturaleza indicada o si los que lo han sido son desestimados, se abrirá el juicio a pruebas cuando lo solicite alguna de las partes y siempre que fuere necesario para el esclarecimiento de algún hecho sustancial y pertinente en el juicio. El término de prueba se divide en dos períodos: uno de diez días para la proposición y otro de hasta treinta días para la ejecución. En nuestra normativa se reconocen como medios de prueba:

1. los documentos públicos y los privados;
2. los dictámenes periciales;

3. la inspección judicial y reconstrucción de hechos;
4. las declaraciones de testigos;
5. el careo de testigos;
6. el reconocimiento en rueda de presos;
7. registro y cateo;
8. las presunciones, y
9. la confesión, pero solamente con respecto al acusado.

El Código preceptúa que "también se admitirán como prueba, hechos, cosas y circunstancias que contribuyan al esclarecimiento del suceso que se investiga, siempre que sean racionalmente aptos para determinar la convicción del juzgador". Se impone aquí hacer dos observaciones: una, se está hablando de medios de prueba y luego se dice que "también" se admitirán como "prueba", olvidándose que no es lo mismo medio de prueba que prueba *strictu sensu*; para poder llevar al proceso como prueba alguna de esas cosas, hechos o circunstancias, tiene que ser a través de un medio de prueba; y otra, que a estas alturas ya no se está investigando el delito, se está, o se debería estar, en la etapa del contradictorio. En la Exposición de Motivos se expresa que en lo que ahora es el Código de Procedimientos Penales se consagra "la libertad de prueba, en cuya virtud en el proceso penal rige la regla de que todo se puede probar y por cualquier medio". Impera, también, según la misma exposición y de conformidad al art. 360 del indicado Código "la libre convicción o sana crítica". La realidad es que, al tenor de la misma normativa, ni hay libertad de prueba ni en la valoración de la misma impera la sana crítica; en la apreciación de la prueba el juzgador tiene que ceñirse, para determinar cuando hay plena prueba, a una serie de reglas que hacen que nuestro sistema sea de prueba legal, tarifada o tasada.

Si durante el segundo período no se ha podido ejecutar toda la prueba propuesta, por causas cuya remoción no ha dependido de la parte interesada, se concederá un nuevo término hasta por otros 30 días.

Es procedente aclarar que, en la práctica, tal como antes se ha expresado, las partes tratan de allegar al proceso toda su prueba en el sumario, en forma tal que es frecuente que en el plenario no presenten ninguna. Arriba hemos visto que se recibirá la causa a prueba cuando lo pida una de las

partes o el juez estime que es procedente para el esclarecimiento de algún hecho de importancia, por manera que si tanto los intervinientes como el juez no creen necesaria la aportación de prueba en el plenario, el fallo será pronunciado con base exclusivamente en la vertida en el informativo sumarial, es decir sin que haya sido sometida a contradicción. En conclusión, podemos afirmar que no existe en nuestro sistema un verdadero juicio; no se cumple, pues, el principio *nulla poena sine iudicio*.

Evacuada que sea toda la prueba propuesta en el plenario, al igual que en el sumario no por el juez sino que por empleados delegados, o vencido el período de prueba, se mandan unir las pruebas practicadas, que lo han sido en piezas separadas, a los autos, y se corren traslados, por seis días a cada una, a todas las partes para que formulen sus conclusiones. Cumplido ese trámite se cita a las partes para oír sentencia definitiva, la cual debe ser pronunciada dentro de los diez días siguientes, pero como ese término principia a correr hasta después de que el auto de citación es notificado, en la práctica tal notificación puede esperar mucho tiempo y así ese término se vuelve ilusorio.

Pronunciado el fallo definitivo, cabe contra el mismo el recurso de apelación del cual conocerá la corte de apelaciones respectiva. En el trámite de esa impugnación, el apelante tendrá un término de 6 días para expresar agravios, e igual la parte apelada para contestarlos. Una vez llenado ese trámite, se convoca a las partes a una vista en la que tienen la posibilidad de hacer las alegaciones que estimen convenientes, principiando en el uso de la palabra el apelante; en la práctica este trámite no es utilizado por las partes. Dentro de 10 días después de la vista el tribunal debe dictar sentencia, en la cual se puede confirmar, revocar o reformar la de primera instancia. La corte de apelaciones no está limitada por el principio de *non reformatio in peius*; es así como no es raro que habiendo apelado nada más el defensor, en la sentencia del tribunal de alzada se le agrave la pena que había impuesto el de primera instancia.

Es importante señalar que en nuestro país subsiste todavía la institución de la *consulta*, en forma tal que toda sentencia, absolutoria o condenatoria, y también los sobreseimientos, cuando ninguna de las partes recurre en apelación,

deben ser enviadas *en consulta* a la respectiva corte de apelaciones, la cual puede confirmar, revocar o reformar el fallo de primera instancia. Implica, sin lugar a dudas, una violación al principio de independencia judicial, puesto que si las partes, todas, se conforman con la decisión del juez de instancia, el someterla a examen del tribunal de segunda instancia, hace que éste, sin que las partes lo hayan pedido por la vía de un recurso, tenga la posibilidad de modificarla. Es especialmente condenable el irrespeto al principio del *non reformatio in peius* por la vía de la consulta. Hasta el momento no ha habido ningún reclamo, ni ante nuestros Tribunales, ni ante los organismos internacionales, por el exceso de la reforma en perjuicio. Pero es importante señalar que las cortes de apelaciones, en los últimos tiempos, están respetando, cada vez más, ese principio, a raíz de la capacitación que en materia procesal penal han estado recibiendo.

La sentencia definitiva pronunciada por la corte de apelaciones conociendo de un recurso de alzada o en consulta, cuando es revocatoria o reformatoria, puede ser impugnada por la vía del recurso de casación, tanto por quebrantamiento de forma como por infracción de ley. El primero se interpone ante la corte de apelaciones, la que, para darle trámite, debe analizar si reúne los requisitos siguientes: 1. Si se trata de sentencia definitiva; 2. Si se ha interpuesto en tiempo (dentro de los 5 días siguientes a la notificación del fallo); 3. Si el motivo invocado está comprendido dentro de los taxativamente señalados por la ley; y 4. Si ha reclamado oportunamente contra la irregularidad alegada, entendiéndose que no cabe reclamación alguna cuando la anomalía alegada se ha producido en la misma sentencia impugnada. Son motivos de casación por quebrantamiento de forma:

1. La omisión de: citación para contestar cargos, recibimiento a prueba, práctica de diligencias probatorias que pueda provocar indefensión, citación para alguna diligencia de prueba o para sentencia.
2. Que no se expresa clara y terminantemente cuáles son los hechos que se estiman probados, que haya contradicción entre ellos o se consignen como hechos probados conceptos jurídicos que impliquen predeterminación del fallo.
3. Cuando no se resuelvan todos los puntos que hayan sido objeto de acusación y defensa.

4. Por haberse dictado la sentencia por un número menor de los magistrados que exige la ley.
5. Cuando concorra a dictar sentencia un magistrado cuya recusación, intentada en tiempo y forma, por una causa legal, hubiera sido rechazada.

Admitido que sea el recurso de casación en la forma por la Corte de Apelaciones y remitidos los autos a la Corte Suprema de Justicia, aquí, previa opinión del fiscal, se señala día y hora para la celebración de una vista, en la que las partes oralmente pueden hacer las alegaciones que estimen pertinentes, y dentro de diez días después la Corte debe pronunciar su sentencia. Si se declara con lugar el recurso, se devuelven los autos al tribunal de que proceden, para que reponiéndolos al estado que tenían cuando se cometió la falta, los sustancie con arreglo a Derecho.

Son motivos de casación en el fondo:

1. Cuando dados los hechos que se hayan declarado probados en la sentencia, se infrinja un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la ley penal.
2. Cuando en la apreciación de las pruebas haya habido errores de hecho, si esto resulta de documentos o actos auténticos que demuestren la equivocación del juzgador y no hayan sido desvirtuadas por otras pruebas.

Quien se proponga recurrir en casación por infracción de ley, debe manifestar la intención de hacerlo ante la corte de apelaciones, la cual si el anuncio es hecho dentro de 5 días después de notificada la sentencia le dará curso, ordenando la remisión de los autos a la Corte Suprema de Justicia. El recurrente dispone de 20 días para formalizar el recurso ante este tribunal. Cumplido este trámite y oído el dictamen del fiscal, la Corte, previa citación de las partes, dicta sentencia: a) declarando haber lugar a la admisión del recurso; b) declarando no haberlo; o c) declarando admisibles algunos motivos e inadmisibles otros. Si se da la primera situación o la tercera, debe convocarse a las partes a una vista y dentro de 15 días después se pronuncia sentencia declarando haber lugar al recurso y casando la sentencia recurrida o declarando no haberlo. Casado que sea el fallo de segunda instancia, la Corte

Suprema dicta a continuación y por separado una tercera sentencia, en la que actuando como tribunal de instancia, se pronuncia sobre el fondo del asunto.

2.3. Noticia sobre procedimientos especiales. Soluciones alternativas al sistema penal. Breve referencia a procedimientos penales en manos de autoridades no judiciales (faltas o contravenciones) y juzgamiento por tribunales militares)

En lo que respecta a procedimientos especiales tenemos los siguientes:

1. Procedimiento contra altos funcionarios del Estado los que están amparados por la inmunidad que les reconoce la Constitución de la República, en virtud de la cual no puedan ser objeto de persecución penal en manera alguna, hasta tanto el Congreso Nacional no los declare con lugar a formación de causa. Previo a esa declaración el juez competente para conocer del delito, solamente puede practicar las primeras diligencias de investigación sin incomodar de ninguna manera al funcionario de que se trate, y esas diligencias son las que, enviadas al Congreso a través de la Corte Suprema de Justicia y del Ministerio de Gobernación y Justicia, sirven de base al Poder Legislativo para tomar su decisión. Si el funcionario es declarado con lugar a formación de causa, conocerá del proceso un magistrado de la Corte Suprema como juez de primera instancia, y la Corte en pleno en segunda instancia, con exclusión del que haya intervenido antes.
2. Antejudio para exigir responsabilidad criminal a los jueces y magistrados de cortes de apelaciones. Este es un trámite previsto en amparo de tales funcionarios, ninguno de los cuales puede ser encausado por delitos oficiales, si antes no se ha declarado con lugar la acusación en diligencias en que debe ser oído. El trámite se sigue ante el juez de letras si es contra un juez de paz, ante la corte de apelaciones si se pretende proceder contra un juez de letras y ante la Corte Suprema de Justicia si se trata de magistrados de corte de apelaciones.

3. Procedimiento por el delito de injurias. En el juicio de injurias, una vez presentada la querrela se manda citar al querrellado a efecto de que comparezca con sus testigos a la audiencia que al efecto deberá señalarse, con indicación de día y hora, para la celebración del juicio. En esa audiencia el juez deberá intentar *in limine* la conciliación de las partes, de no lograrlo, se pasa al examen de los testigos, los cuales pueden ser interrogados por la otra parte, es decir por la que no los propuso. Cumplido lo anterior el juez resuelve, dictando auto de prisión o sobreseyendo. En el primer caso se eleva la causa a plenario el que se tramita según el procedimiento común.
4. Procedimiento por el delito de calumnia. Se le da el mismo trámite que a los incidentes en materia civil, o sea que presentada y admitida que sea la querrela, se manda a citar y emplazar al querrellado con el fin de que, dentro del término de 3 días, la conteste, haciéndosele entrega de copia de la querrela y la correspondiente cédula de citación. Una vez presentada la contestación, se abre el juicio a pruebas por el término de 10 días comunes para proponer y evacuar las que presenten las partes. Después de ello se cita a las partes para oír sentencia, la que debe pronunciarse dentro de 3 días. En la interlocutoria el juez puede, igual que en las injurias, dictar auto de prisión o sobreseer. Si resuelve lo primero se continuará con el sumario de conformidad al procedimiento ordinario.
5. Procedimiento contra reos ausentes. Si el imputado no es habido o se fuga, el sumario se tramita hasta su finalización, y se manda archivar, hasta que aquél es aprehendido. Cuando la evasión se produce en el plenario la causa seguirá su curso normalmente hasta la sentencia definitiva, con la intervención siempre del defensor.

En cuanto a *soluciones alternativas* al sistema penal no las existen en el país.

Los delitos militares son juzgados en primera instancia por tribunales militares, pero de la apelación y de la consulta (revisión se designa en la legislación militar), conocen las cortes de apelaciones del orden común. Los preceptos constitu-

cionales relativos a esa jurisdicción han sido interpretados por la Corte Suprema de Justicia, en repetidas sentencias, en el sentido de que en ningún caso cuando el sujeto activo o el pasivo es un civil puede conocer un tribunal militar.

El conocimiento de los juicios de faltas es, como antes se ha indicado, de la competencia de los jueces de paz, y es uno de los pocos trámites en que impera la oralidad.

2.4. Breve noticia sobre la ejecución penal

La ejecución penal está regulada en parte por el Código Penal y fundamentalmente por la Ley de Rehabilitación del Delincuente. Una vez que la sentencia de condena adquiere la calidad de firme, el rematado queda sometido a la autoridad administrativa. El Ministerio de Seguridad, a través de la Dirección de Servicios Especiales Preventivos, maneja todo el sistema penitenciario, sin ningún control judicial; las autoridades de ese orden no tienen intervención en esta etapa y los condenados no cuentan con la asistencia de defensores. El juez que conoció de la causa solamente tiene la posibilidad de intervenir cuando se solicita libertad condicional. Desde 1996 está en vigencia la Ley del Reo sin Condena, con base en la cual si el proceso ha durado más de un tercio del término medio entre el mínimo y el máximo de la pena sin llegar a sentencia, el imputado debe ser puesto en libertad, sin perjuicio de la continuación de la causa. Los efectos beneficiosos de ese decreto, que se inspira en razones de orden procesal, se han visto limitados porque, con fundamento posiblemente en razones que tienen que ver con el Derecho penal material, se excluyeron delitos como el asesinato, la violación y el tráfico de drogas.

Es importante señalar que en la práctica no se da aplicación a la norma constitucional según la cual los condenados deben estar separados de quienes se encuentren en prisión preventiva; todas las personas privadas de libertad se encuentran en las mismas áreas.

3. La reforma diseñada

3.1. Proyecto actual y su estado. Perspectivas

En mayo de 1995 la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de la iniciativa de ley de que está investida, envió al

Congreso Nacional un proyecto de Código Procesal Penal, el que a partir de abril de 1996 fue sometido a revisión por los mismos redactores del primer proyecto y un diputado. Ese trabajo concluyó en mayo de 1997, la Corte retiró el proyecto original y envió el que resultó de la revisión, en junio de 1997. Se sabe que ya está elaborado el respectivo dictamen. O sea que sólo falta que sea sometido a la consideración del pleno. Tal parece que hay la decisión política de hacerlo, pues el presidente del Congreso en reiteradas ocasiones ha manifestado que entre los proyectos a ser discutidos próximamente está precisamente el Código Procesal Penal.

3.2. Correlación del proyecto con los principios del proceso penal de un Estado de Derecho

Los principios que informan ese proyecto son precisamente los que se consagran en la Constitución de la República, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la doctrina procesal moderna. Es un proyecto que sigue las mismas líneas generales, con las variantes que corresponden a la realidad del país, de los modelos que están ya en vigencia en Guatemala, Costa Rica y El Salvador, y en sede legislativa en otros varios países de la región. Arranca como fuente primigenia del Código Tipo para Iberoamérica.

Podemos afirmar que en ese proyecto se plasman los principios generales y específicos que corresponden al proceso penal en un Estado de Derecho.

3.3. Estructura del procedimiento común y órganos estatales encargados de llevarlo a cabo

En el procedimiento común la investigación de los injustos penales estará a cargo del Ministerio Público, que funciona como un órgano extrapoder, con autonomía funcional y administrativa. Del Ministerio Público ha dependido hasta ahora la Dirección de Investigación Criminal, pero ha sido aprobada por el Congreso Nacional una nueva Ley de Policía, en la cual se adscribe al Ministerio de Seguridad, del cual dependerá administrativamente, pero funcionalmente del Ministerio Público. Terminada la investigación el Ministerio Público puede optar entre: a) ordenar el archivo; b) solicitar al juzgado

competente: 1) la suspensión condicional de la persecución penal, 2) que se le dé al proceso el trámite del procedimiento abreviado, o 3) sobreseimiento definitivo, o c) presentar el requerimiento fiscal ante el juez correspondiente.

El Ministerio Público estará autorizado para aplicar el criterio de oportunidad.

Hecho el requerimiento fiscal y una vez que el imputado se encuentre en el juzgado, éste decidirá: a) si se le detiene para inquirir por el término de 6 días (según precepto constitucional); b) si se le aplica una medida cautelar sustitutiva; o c) si se le deja en libertad provisional por falta de mérito. Dentro de los 6 días siguientes el juzgado convocará a una audiencia inicial, en la que, después de oír a los intervinientes y de recibir prueba solamente para fundamentar la resolución que en esa audiencia debe tomarse, el juez dictará resolución, la que puede contraerse a decretar auto de prisión (para ello debe haber prueba de haberse cometido un delito sancionado con pena de privación de libertad e indicio racional de quien sea su autor, esto con fundamento en exigencia constitucional), o a dictar sobreseimiento provisional o definitivo. Si decreta auto de prisión deberá decidir también si se mantiene la prisión preventiva o la medida sustitutiva decretada anteriormente.

En la etapa intermedia el fiscal y el acusador privado formalizarán por escrito la acusación y el defensor, de la misma manera, contestará los cargos, cumplido lo cual se dictará el auto de apertura a juicio y se ordenará la remisión de los autos al tribunal de sentencia, integrado por 3 jueces letrados.

Una vez los antecedentes en la sede de ese tribunal, la partes dispondrán de un período de 10 días para que puedan plantear recusaciones, excepciones o las nulidades basadas en hechos nuevos. Vencido ese término o resueltas que sean las cuestiones planteadas por las partes, el presidente señalará audiencia para que las partes propongan la prueba de que harán uso en el juicio; el presidente solamente puede rechazar los medios probatorios cuya impertinencia sea evidente, los que en forma manifiesta sólo tengan por objeto provocar atrasos en el juicio y los relativos a prueba ilícita.

Después del trámite antes señalado el presidente fijará día y hora para la iniciación del juicio oral y público. Abierto

que sea el debate por el presidente, éste concederá la palabra a los intervinientes para que, oralmente y de manera breve, expongan las posiciones planteadas en sus escritos de formalización de acusación y de contestación de cargos. A continuación se oír la declaración del imputado; luego se recibirá la prueba, principiando por la pericial, después la testimonial y lectura de documentos, lo mismo que cualesquiera otras que hubieran sido propuestas oportunamente. Terminada la recepción de la prueba, se concederá nuevamente la palabra a los intervinientes para que expresen su conclusión y después de ello el presidente declarará cerrado el debate, retirándose el tribunal a deliberar.

De todo lo ocurrido en el juicio el secretario dejará constancia en acta, la que contendrá un resumen del desarrollo del debate.

Si el tribunal considera que no hay motivos suficientes para condenar, dictará sentencia absolutoria, en la cual se ordenará la inmediata libertad del imputado, pero podrá someterlo a medidas cautelares hasta tanto el fallo no queda firme. La sentencia se redactará una vez que haya sido votada y se dará a conocer verbalmente a las partes por medio del presidente. Después el secretario entregará a ellas copia de la sentencia, lo que equivaldrá a notificación de la misma.

Si por razones de tiempo o por la complejidad del asunto no se puede elaborar de inmediato, la redacción y firma se hará dentro de los 5 días siguientes y se hará la notificación en audiencia.

Si el tribunal decide condenar, en una primera fase se pronunciará sobre la culpabilidad del procesado, fijará el hecho por el cual se le considera culpable, la calificación del mismo, determinará el mínimo y el máximo de la pena aplicable, y ordenará su detención o las medidas cautelares que deban aplicarse. Después el presidente, en el salón de debates, explicará la decisión de condenar y señalará día y hora en que se reanudará la audiencia para la individualización de la pena.

En la segunda fase, se determinará la pena concreta tomando en consideración los antecedentes personales y la mayor o menor peligrosidad del condenado. En la reanudación de la audiencia, se oír a las partes y se recibirán pruebas sobre la personalidad del reatado. Esta segunda etapa

se sujetará a las mismas reglas que el debate. La notificación, para efectos de impugnación, de la sentencia que deberá pronunciarse de inmediato, se realizará en la misma forma que se hace cuando el fallo es de absolución, es decir, con la entrega a las partes, por el secretario, de copia de la sentencia, después que el presidente informe de palabra a las partes cuáles son las penas impuestas.

Contra el fallo, absolutorio o condenatorio, pronunciado por el tribunal de sentencia, cabe nada más el recurso de casación. Los fallos de condena también pueden ser impugnados vía revisión en casos taxativamente fijados.

3.4. Procedimientos especiales.

Soluciones alternativas al sistema penal

En el proyecto se prevén los siguientes procedimientos especiales:

- a) El procedimiento abreviado.
- b) El procedimiento por delitos de acción privada.
- c) El procedimiento especial relativo a la solicitud de autorización para investigar depósitos bancarios y negocios de funcionarios y ex funcionarios, en relación al delito de enriquecimiento ilícito.
- d) El procedimiento para procesar a los altos funcionarios del Estado.
- e) El antejuicio para deducir responsabilidad criminal a jueces y magistrados.
- f) El juicio por faltas.
- g) El procedimiento para deducir la responsabilidad civil derivada de un delito.

3.4.1. SOLUCIONES ALTERNATIVAS AL SISTEMA PENAL

El principio de oportunidad se rige por las siguientes reglas:

1. Podrá ser aplicado por el Ministerio Público, sin necesidad de autorización judicial.
2. Si la víctima reclama ante el juzgado correspondiente, éste pedirá al fiscal que explique las razones que ha tenido para aplicar un criterio de oportunidad, y el juez podrá confirmar la decisión del fiscal, caso en el

cual se mantendrá en firme la decisión del archivo administrativo del caso. En caso contrario, el fiscal deberá ejercer la acción correspondiente.

3. Siempre deberá dejarse a salvo el derecho de la víctima a ser indemnizada, de manera tal que si habiéndose llegado a un acuerdo entre víctima e imputado éste no cumple, quedará sin efecto el archivo y el Ministerio Público deberá ejercitar la acción penal.
4. De quedar en firme la decisión de aplicar un criterio de oportunidad, la víctima podrá ejercitar la acción por la vía de la conversión.

En cuanto a la suspensión del procedimiento a prueba, si está prevista en el proyecto, no así la conciliación, excepto tratándose de delitos de naturaleza privada. En el proyecto original se preveía como causa de la extinción de la acción penal la reparación total, pero la Comisión de Dictamen del Congreso Nacional la eliminó.

3.5. Participación de la víctima en el procedimiento

En nuestro proyecto se da una participación importante a las víctimas, las que podrán intervenir como acusadoras privadas haciéndose representar por un abogado, independientemente de la acción ejercida por el Ministerio Público. Si la víctima en un caso concreto opta por no constituirse en acusadora privada, tendrá siempre la posibilidad de intervenir en las distintas fases del proceso, en especial en relación a decisiones que tengan que ver con la libertad del imputado.

3.6. Ejecución penal, con especial referencia a la pena privativa de libertad; órganos estatales que la llevan a cabo y control judicial

La vigilancia y control de la ejecución de las penas y medidas de seguridad estará a cargo de un juez de ejecución, quien desde el momento en que una sentencia condenatoria adquiere el carácter de firme, será el único órgano judicial que tendrá responsabilidades en relación al condenado. Las penas privativas de libertad serán cumplidas en centros penales a cargo de autoridades administrativas, pero ahora ya habrá control judicial por medio del indicado funcionario.

3.7. Organización judicial y del Ministerio Público

La estructura judicial en el área penal será la siguiente:

- Jueces de paz, a cuyo cargo estarán los juicios de faltas; asimismo participarán en el levantamiento de cadáveres a falta del fiscal.
- Jueces de letras, quienes manejarán: a) el procedimiento ordinario hasta que se dicta el auto de apertura a juicio; b) el procedimiento abreviado; c) en primera instancia del antejuicio contra los jueces de paz; d) el procedimiento especial relativo a la solicitud de autorización para investigar depósitos bancarios y negocios.
- Tribunales de sentencia, los que conocerán de los juicios por delitos de acción privada y de acción pública en los casos en que el juez de letras decreta la apertura a juicio, en los cuales conocerá desde que recibe los antecedentes hasta la sentencia definitiva.
- Jueces de ejecución, encargados de la vigilancia y control de las medidas de seguridad y de las penas.
- Cortes de apelaciones, que conocerán de los recursos de alzada interpuestos contra las resoluciones dictadas por los jueces de letras en el trámite del procedimiento ordinario y de las sentencias proferidas en el procedimiento abreviado. En primera instancia de los antejuicios contra jueces de letras y en segunda de los relativos a los jueces de paz.
- Corte Suprema de Justicia, que conocerán de los recursos de casación contra las sentencias proferidas por los tribunales de sentencia; de los procesos que se sigan contra los altos funcionarios del Estado, una vez que sean declarados con lugar a formación de causa por el Congreso Nacional; y en apelación de los casos en que las cortes de apelaciones conozcan en primera instancia.

El Ministerio Público, que está funcionando desde 1994, de conformidad a la ley respectiva que entró en vigencia el 6 de enero de ese año, fue diseñado para intervenir en el proceso penal de conformidad al modelo contenido en el proyecto de Código Procesal Penal actualmente en sede legislativa.

Es un ente extrapoder, que gozará de autonomía funcional y administrativa, tiene a su cargo la investigación de los delitos y el ejercicio de la acción penal pública.

4. Observaciones jurídico-empíricas

4.1. Breve desarrollo empírico-jurídico

- 4.1.1. EL ENCARCELAMIENTO PREVENTIVO:
ENCARCELAMIENTO OBLIGATORIO; DURACIÓN PROMEDIO.
CONTROL JUDICIAL Y MEDIDAS ALTERNATIVAS

El encarcelamiento preventivo es, en nuestro país, la regla. Es obligatorio en todos los casos en que la pena que corresponde al delito de que se trate es de privación de libertad. La única medida sustitutiva es la caución, que puede ser: a) personal, otorgada por persona abonada y bajo la responsabilidad del tribunal que la acepte; b) hipotecaria; o c) mediante depósito de dinero o cheque certificado. Pero la caución solamente es admitida para los delitos que merezcan pena menor de 5 años. También es posible la excarcelación bajo caución, de manera extraordinaria, cuando el imputado se encuentre padeciendo de enfermedad grave, para el solo efecto de que pueda ser internado en un centro de salud y hasta que éste se restablezca. Como consecuencia de esa situación, los centros penales están abarrotados de reos sin condena; los últimos datos obtenidos de un informe oficial denominado *Estadísticas Penitenciarias. 1998* de la Dirección General de Servicios Especiales Preventivos del Ministerio de Seguridad, daban como resultado a octubre de 1998 un total de 10.613 reclusos (hombres y mujeres) en todo el país de los cuales 90,43 % son reos sin condena. Con la aplicación del Decreto del Reo sin Condena a que antes se ha hecho referencia, se ha evitado que ese porcentaje aumente aún más. La duración promedio de la prisión preventiva, según la última investigación realizada (1989), era de 17,5 meses, pero habiendo casos de hasta más de 6 años.

Es indiscutible como se ha apuntado, que una de las mayores perversiones de nuestro sistema es la prisión preventiva. Es normal que se prolongue más del tiempo razonable a que se hace referencia en los instrumentos interna-

cionales de derechos humanos; es cierto que actualmente, con la aplicación del Decreto del Reo sin Condena se ha atemperado un poco ese aspecto negativo, no en la medida que sería de desear porque en el mismo decreto se excluyen una serie de delitos, como si el problema fuera de Derecho penal material y no de Derecho procesal. No ha habido ningún reclamo, ni ante nuestros tribunales, ni ante los organismos internacionales, por la prolongación más allá de lo razonable de la prisión preventiva.

4.1.2. DURACIÓN DEL PROCEDIMIENTO COMÚN. PROCEDIMIENTO ABREVIADO: EXISTENCIA, CUÁNDO ES POSIBLE Y DURACIÓN

La duración promedio de los procesos ordinarios, sin contar con datos obtenidos mediante investigación pues no se cuenta con registros que la permitan, es muy prolongada, en todo caso más de un año, incluyendo las causas en que los imputados se encuentran en libertad provisional bajo caución.

No existe en nuestro sistema procesal vigente el procedimiento abreviado.

Organización judicial: número de jueces y fiscales operativos en materia penal por cada cien mil (100.000) habitantes.

En la actualidad hay en el país treinta y dos (32) jueces de letras (de primera instancia) que atienden exclusivamente la materia penal; sesenta (60) que conocen de esa materia y de otras, como la civil, laboral, de familia y de inquilinato; hay, pues, un total de noventa y dos (92) jueces de letras con competencia en lo penal. Tratándose de jueces de paz, hay treinta (30) especializados en el área penal y doscientos sesenta y nueve (269) que también conocen de otras materias; en total tenemos doscientos noventa y nueve (299) jueces de paz. En relación a la población del país, que en 1997 ascendió a cinco millones setecientos mil habitantes (5.700.000), tenemos uno coma seis (1,6) jueces de letras por cada cien mil (100.000) habitantes; si tomamos en cuenta el número total de jueces que intervienen en la justicia penal, el resultado sería de cinco coma nueve (5,9) jueces por cada cien mil (100.000) habitantes.

En el país laboran, interviniendo directamente en el proceso penal, doscientos ocho (208) fiscales, o sea que hay en

el país tres coma seis (3,6) fiscales por cada cien mil (100.000) habitantes.

4.1.3. VALORACIÓN ACERCA DE LA EFICIENCIA DEL SISTEMA Y SU NIVEL DE BUROCRATIZACIÓN (DELEGACIÓN DE FUNCIONES, COMUNICACIONES Y AUXILIO JUDICIAL, ETCÉTERA)

El sistema es totalmente ineficiente, no es eficaz para la lucha contra la delincuencia, permite la impunidad, y, por otra parte, el proceso se desarrolla en circunstancias que dan pie para el irrespeto a los más elementales derechos consagrados en la Constitución de la República y a las garantías establecidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sin lugar a dudas, el nivel de burocratización es elevado, impera la delegación, el ritualismo, la sacralidad de las formas, falta de creatividad, apego a la rutina, irrespeto a los términos legales.

4.2. Problemas y deficiencias del procedimiento vigente

Ya antes se han expuesto algunos de los problemas y deficiencias de nuestro sistema procesal penal, pero podríamos resumirlos expresando que se trata de un sistema en el que no hay juicio, con una etapa instructiva hipertrofiada, en que la prueba se recibe sin intermediación y sin contradicción, siendo esa prueba la que sirve de fundamento precisamente a la sentencia definitiva, ya que en el plenario normalmente no se presenta ninguna. Como no hay una selectividad reglada —la hay de hecho sin ningún criterio jurídico— el volumen de asuntos de que conocen los tribunales es excesivo, lo que produce como resultado un mora judicial imposable de erradicar con medidas administrativas o con el nombramiento de operadores con "mística de trabajo". Estamos convencidos de que, sin llegar a creer que será una panacea con la cual se pondrá fin a todas esas deficiencias, la única solución es la reforma de la justicia penal, que se iniciaría con la emisión del nuevo Código Procesal Penal.

MÉXICO*

POR MOISÉS MORENO HERNÁNDEZ

1. Bases político-jurídicas del procedimiento penal: principios procesales penales y debido proceso constitucional

Para entender las líneas político-jurídicas del procedimiento penal habrá que partir de la idea de que "un orden social es sólo derecho cuando es algo más que la manifestación de la posición de poder, cuando contiene más bien el intento de realizar lo socialmente correcto y justo dentro de los presupuestos y condiciones de su época".¹

En efecto, en el procedimiento penal necesariamente se encuentra la experiencia de la significación jurídico-política e interna de las garantías individuales del ciudadano, pero ello se determina menos por su estructura normativa que por su realización material.²

Nuestra Ley Fundamental marca la deontología de todo orden jurídico, la cual se traduce en armonizar, en conjugar o hacer compatibles las diferentes tendencias del Derecho positivo. Si analizamos cualquier garantía en la forma en que ésta se concibe en nuestra Constitución, se puede constatar

* Trabajo realizado en colaboración con el Dr. Marco Antonio Bezares Escobar y el Lic. Daniel Ruiz.

¹ Cfr. WELZEL, Hans: "Verdad y límites del Derecho natural", en *Revista Jurídica Veracruzana*, octubre-noviembre-diciembre, México, 1972, p. 22.

² Por tal razón, Hassemmer precisa que de lo que se trata no es del ideal de las normas procesales, sino de la realidad de la injerencia en la esfera de libertad del ciudadano. Cfr. HASSEMER, Winfried: "Lineamientos de un proceso penal en el Estado de Derecho", en *Crítica al Derecho penal de hoy*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1995, pp. 72 y s.

no sólo la consagración que aquélla implica respecto de las potestades naturales de todo ser humano, sino la limitación que al ejercicio de ellas debe consignarse para no dañar intereses individuales o sociales, pues el desempeño de cualquier actividad particular del gobernado sólo está permitido por la Ley Suprema en tanto que no afecte una esfera individual ajena o no lesione a la sociedad o comunidad misma. Siendo esto así, la Constitución de un país debe garantizar la libertad y la seguridad jurídica, estableciendo garantías penales y procesales, para alcanzar el alto fin de justicia social penal. Y es que, en el proceso penal, "el Estado mismo entra en liza como parte acusadora. Principia entonces el enfrentamiento entre el individuo y el todopoderoso Leviatán; entre el hombre y el Estado".³

Conforme lo establece la Constitución Política mexicana, la soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo; todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste (C.F., art. 39). Por otra parte, establece que es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos (C.F., art. 40). Es decir, el Estado mexicano es un Estado de Derecho, un Estado Democrático de Derecho, que se autolimita por el reconocimiento de una serie de derechos del hombre que se encuentran garantizados por la misma Constitución.

En la propia Constitución se establece que el Estado mexicano es una República federal (C.F., art. 40); consiguientemente, ese sistema federal supone la existencia de una doble organización jurisdiccional: la federal y la de cada uno de los Estados de la federación, incluyendo el Distrito Federal; además, de ella se desprenden lineamientos o criterios que orientan el sistema de justicia penal del Estado mexicano, y que en su conjunto —aunados con aquéllos que se derivan de instrumentos internacionales suscritos por México— permiten caracterizarlo como un "sistema propio de un Estado democrático de Derecho" (cfr. arts. 13, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, etc., C.F.). Por tanto, las bases político-jurídicas del

³ ZAMORA PIERCE, Jesús: *Garantías y proceso penal*, 4ª ed., Porrúa, México, 1990, p. XXV.

procedimiento penal mexicano no deben ser otras sino las que se corresponden con las exigencias del Estado democrático de Derecho. Por otra parte, el principio de legalidad, que es fundamental en el sistema penal de este tipo de Estado, marca el parámetro que toda legislación debe atender y que en la praxis necesariamente debe encontrar su materialización.

Si bien en la doctrina procesal mexicana más generalizada no parece existir acuerdo sobre los principios que rigen en el proceso penal, sí lo hay respecto de su contenido, señalándose entre otros, el de: legalidad, obligatoriedad, necesidad, identidad judicial, autonomía de funciones procesales, oralidad, publicidad, contradicción, etc., de los que unos son principios y otros meras formalidades de actos procesales. No todas estas máximas estructurales del enjuiciamiento están formuladas expresamente en la legislación procesal; sin embargo, muchas se deducen de diversas normas en forma particular, así como mediante interpretaciones jurisprudenciales.

La máxima estructural de todo enjuiciamiento legal se encuentra señalada en el art. 14 constitucional el cual reza: "...Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecido, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho...".

En esta disposición constitucional se hace referencia al "proceso debido", que es propio de un Estado de Derecho, en donde el Estado ha de garantizar todos los medios o mecanismos legales en que se debe efectuar un debido enjuiciamiento.⁴

Los principios procesales penales pueden ser clasificadas, según la etapa del procedimiento, como sigue:

⁴ A diferencia de lo que sucede en el sistema jurídico del *common law*, en donde los conceptos anglosajones de *fair trial* y *due process of law* tienen una connotación distinta, en México no rige en términos materiales un proceso penal de partes, aun cuando de forma esporádica nuestra ordenanza procesal haga uso de dicho término. Pero al igual que en la República Federal Alemana se puede hablar del principio que complementa a aquél, el de la *Waffengleichheit* —in belliger Weise— entre el acusador y el acusado.

- 1) Principios relativos a la averiguación previa: a) principio de oficialidad, b) principio de legalidad, c) principio acusatorio, entre otros.
- 2) Principios relativos al auto de plaza constitucional: a) principio de inmediación, b) principio de aceleración y de concentración, c) principio de audiencia judicial, d) principio de juez legal, entre otros.
- 3) Principios relativos a la instrucción (enjuiciamiento): a) principio de legalidad, b) principio de juez legal, entre otros.
- 4) Principios relativos a los medios probatorios: a) principio de averiguación, b) principio de inmediación, c) principio de libre apreciación de la prueba, d) principio *in dubio pro reo*, e) principio de presunción de inocencia, entre otros.
- 5) Principios relativos a la forma: a) principio de oralidad, b) principio de publicidad, entre otros.

Estos principios deben ser observados no sólo por los tribunales, sino por todos los demás órganos estatales que influyen en el desarrollo de un proceso penal, según exigencias del Estado de Derecho, que impone el deber de asegurar el principio derivado de la dignidad humana de los hombres, como personas que actúan con responsabilidad propia, de que no puede imponerse pena sin culpabilidad.

1.1. Persecución penal pública y privada. Monopolio acusatorio del Ministerio Público. Legalidad y oportunidad. Organización del Ministerio Público. La función de la policía y breve noticia sobre su organización y dependencia política. La persecución penal privada en el sistema penal

1.1.1. PERSECUCIÓN PENAL PÚBLICA Y PRIVADA

En la fase de la averiguación de un hecho probablemente delictivo, así como en el proceso penal mexicano, las indagatorias y la persecución penal viene iniciada por una autoridad estatal que es el Ministerio Público (sea de la Federación o de una entidad federativa).

El Ministerio Público es una institución del Estado dependiente del Poder Ejecutivo, que actúa en representación

del interés colectivo en el ejercicio de la acción penal y de la tutela social, en todos aquellos casos que señalan las leyes. Se trata de una institución que en México se encuentra integrada a la Procuraduría General de la República, o a las Procuradurías Generales de Justicia de los estados, y que constituye un sector importante del sistema de justicia penal; por ende, le corresponde igualmente parte de *ius puniendi* y, por tanto, de la misma manera que el total *ius puniendi* está sujeto a una serie de límites y controles, también lo está el que corresponde al Ministerio Público. La presencia del Ministerio Público en el campo del sistema penal, como órgano de acusación técnica, obedece fundamentalmente a la necesidad de superar las graves desventajas que implica la averiguación de la verdad por parte del juez en el proceso inquisitivo.

De acuerdo con lo anterior, en México la persecución penal es eminentemente pública; no existen, como acontece en la República Federal Alemana, excepciones a dicha materia, es decir, no opera la persecución penal privada.

1.1.2. MONOPOLIO ACUSATORIO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Atento a lo dispuesto por el art. 21 de la Constitución Federal, que reza: "...La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que está bajo su autoridad y mando...", y al art. 102 A, párrafo segundo, que indica: "...Incumbe al Ministerio Público de la Federación, la persecución, ante los tribunales, de todos los delitos del orden federal...", corresponde al Ministerio Público el "monopolio de la acción penal", partiendo sobre todo de la referencia de que el conocimiento, investigación, persecución y comprobación de un hecho determinado que la ley señale como delito es competencia exclusiva del Ministerio Público, así como de acusar al (os) probable(s) responsable(s). El monopolio acusatorio del Ministerio Público impone dos clases de actividades, es decir, la actividad investigadora y el ejercicio de la acción penal ante los tribunales.⁵ Ahora bien, teniendo esta

⁵ Sobre esta facultad, García Ramírez menciona algunos argumentos a favor de dicha facultad:

- Que si el *ius puniendi* y la titularidad de la pretensión punitiva pertenecen al Estado, nada más natural que el ejercicio de la acción penal se confíe a un órgano del poder público.

representación social facultades y obligaciones de diversa naturaleza, no sería atrevido calificar su esencia de *suu generis*, ya que es un "órgano técnico de acusación" y, además, es una "institución de buena fe".

1.1.3. LEGALIDAD Y OPORTUNIDAD

La acción penal está regida por el principio de legalidad. Al tener el Estado en sus manos el ejercicio de la acción penal, no se deja a su capricho el propio ejercicio, sino que, por mandato legal, siempre debe llevarse a cabo si se encuentran reunidos los requisitos necesarios que la ley fija para ello.

En estos casos, no se atiende a la utilidad o perjuicio que pueda ocasionarse con el ejercicio de la acción penal, sino a lo que la ley establece. El principio de oportunidad, en cambio, se inspira en la idea de que para el ejercicio de la acción penal no basta, o no es indispensable, que se den los presupuestos necesarios, sino que es suficiente que los órganos competentes lo reputen conveniente, previa valoración del momento y de otras circunstancias. El principio de oportunidad tiene holgado acomodo en los países en que las ideas políticas ocupan puestos diferentes en el desenvolvimiento de la actividad estatal, pero no tiene, o no debe tener, acomodo

- Que el monopolio acusador estatal es congruente con la evolución jurídica y constituye uno de los caracteres sobresalientes del derecho procesal contemporáneo.
- Que la actuación del Ministerio Público responde mejor a los fines de la justicia penal, en cuanto debe estar informada por rigurosa objetividad y búsqueda de la verdad material.
- Que la intervención del Ministerio Público como actor excluye reminiscencias de venganza privada y consideraciones ajenas al marco público que ciñe al proceso penal de nuestros días.
- Que no existen hoy las condiciones psicológicas, sociales y políticas que en otro tiempo explicaban el que se deje a los ciudadanos la función de ejercitar la acción penal.
- Que no se debe traer a colación, a favor de la acción privada, particular o popular, el ejemplo de Inglaterra "...cuyas costumbres y tendencias difieren considerablemente de los otros pueblos...". Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio: "La acción en el proceso penal", en *Revista de la Facultad de Derecho*, n° 65, enero-marzo, 1967, p. 136. Sin embargo, dicha exclusividad jurídica debe estar revestida de una serie de límites y de controles.

do en un sistema penal propio de un Estado democrático de Derecho.

No obstante lo anterior, cabe señalar que operan en la práctica algunas figuras que en el ámbito de la actuación del Ministerio Público permiten dar solución a los conflictos, sin que ello esté legalmente previsto; tal es el caso, por ejemplo, de la "conciliación" que puede ser realizada ante el Ministerio Público en tratándose de delitos perseguibles por querrela de parte ofendida. Situación que se considera conveniente, ya que busca satisfacer los intereses de la víctima; pero, en virtud de que ello puede propiciar abusos o actos de corrupción, se ha sugerido la necesidad de preverlo expresa y claramente en los códigos de procedimientos penales.

1.1.4. ORGANIZACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

La principal autoridad acusadora, única en la mayoría de los casos en el proceso penal mexicano, es la institución del Ministerio Público, figura jerárquicamente estructurada, cuyos miembros deben actuar, en su momento, las órdenes propias del servicio dadas por su superior. El Ministerio Público es una autoridad en la administración de justicia, una autoridad autónoma dentro de la misma. No es una autoridad judicial, porque de acuerdo con lo previsto constitucionalmente no depende del Poder Judicial ni realiza función jurisdiccional; pero tampoco es propiamente una autoridad administrativa pura, pues su función está orientada fundamentalmente hacia la búsqueda de la verdad y de la justicia (art. 21, C.F. y 286, C.F.P.P.). Por ello, con relación a su naturaleza jurídica, se han agregado los siguientes aspectos: *a*) como un órgano judicial, *b*) como un colaborador de la función jurisdiccional, *c*) como una figura administrativa que actúa con el carácter de parte, *d*) como un representante de la sociedad en el ejercicio de las acciones penales.

Así como ha sucedido en otras partes del mundo, también en México el Ministerio Público ha sido una de las instituciones más discutidas desde su nacimiento, sobre todo por su instalación en el área del procedimiento penal, dada su naturaleza singular y a la multiplicidad de facetas en las atribuciones que la ley le confiere. Sus facultades y atribuciones han provocado un sinnúmero de enconadas discusiones. El

origen de la figura del Ministerio Público en México ha sido buscado tanto en la organización normativa del Derecho azteca, como en la época colonial y en la etapa de la independencia; sin embargo, es entre la Ley de Jurados de 1869 y la Ley Orgánica de 1903 cuando aparecen diversas disposiciones que fueron moldeando y estructurando a la institución mexicana. De 3 procuradores fiscales sin unidad se pasó a adoptar los lineamientos del Ministerio Público francés (véase la influencia francesa en la época del presidente Díaz), al principio bajo la égida del juez, para llegar a su independencia en 1903, que culminó en la Constitución de 1917.

En otro orden de ideas, y sin desconocer las opiniones referentes a una de las características de esta institución, así como la denominación de "parte" con la que la legislación procesal hace referencia al Ministerio Público en algunos artículos (ej.: arts. 23, 29, 208, 216, 270, C.F.P.P., entre otros), puede decirse que realmente esta institución no es parte en el proceso penal, ya que su intervención se encamina a averiguar no sólo las circunstancias y hechos que hablen en contra del inculcado, sino también los que hablen en su favor; situación que se observa en los diversos momentos procesales, tanto en la etapa de la averiguación previa como dentro del auto de plazo constitucional, en el enjuiciamiento (instrucción) y en la audiencia de vista (cfr. arts. 2º, fracciones VII, VIII y X, 136, 138, 139, 200 y 525; 282, 294, 295 y 420, entre otros del C.F.P.P.). De ahí que se sugiera el concepto de "participante" en el proceso, que se refiere a todo aquel que toma parte en el proceso y que cumple una determinada función en el desarrollo de un proceso concreto, ya sea como juez, Ministerio Público, coadyuvante del mismo, probable responsable, abogado defensor, testigo o perito, denunciante, etcétera.⁶

⁶ En efecto, sólo contemplando la posición jurídica del Ministerio Público se puede observar que él no defiende un interés propio, es decir, que no solicita la aplicación de la ley haciendo valer un derecho propio, no hay contradicción de intereses con el inculcado. Su función jurídica es pública y tiene encomendada, como órgano del Estado que es, la función de acusar en los procesos penales. No queda afectado, en consecuencia, por el concepto material de parte que caracteriza en este punto al proceso civil. Consecuentemente, el Ministerio Público acciona porque tiene que hacerlo, porque es obligatorio para él.

La Constitución Federal establece, como ya vimos, la facultad y la atribución específica del Ministerio Público e indica en quiénes debe residir, pero no lo organiza. Lo relativo a la organización se encuentra previsto en la legislación secundaria, sobre todo en las leyes orgánicas del Ministerio Público, en donde se establecen sus facultades y obligaciones, así como su estructura orgánica y funcional, el personal que lo integra, etc. Pero debe destacarse que, tomando en consideración la organización política que nos rige, en la República mexicana existe el Ministerio Público de la Federación, el Ministerio Público del fuero común para las entidades federativas y para el Departamento del Distrito Federal y el Ministerio Público Militar, cada uno con una determinada estructura orgánica y funcional. Por lo que hace a la Procuraduría General de la República, cuya ley organiza al Ministerio Público de la Federación, ella se estructura, para el despacho de los asuntos que son de su competencia, de Subprocuradurías, Oficialía Mayor, Visitaduría General, Contraloría Interna, Coordinaciones, Direcciones Generales, Delegaciones, Agregadurías, Subdirecciones y demás órganos y unidades técnicas y administrativos, centrales y desconcentrados, precisándose en su Reglamento interno el número de ellos y las atribuciones que les corresponden.

1.1.5. LA FUNCIÓN DE LA POLICÍA Y BREVE NOTICIA SOBRE SU ORGANIZACIÓN Y DEPENDENCIA POLÍTICA

Como se ha dicho con anterioridad, según lo establece el art. 21 constitucional, "...la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el que se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato...", disposición que se reproduce en los códigos de procedimientos penales. Durante el período de averiguación previa, por tanto, la llamada policía judicial está obligada a "practicar, de acuerdo con las instrucciones que le dicte el Ministerio Público, las diligencias que sean necesarias y exclusivamente para los fines de la averiguación previa". Tales diligencias practicadas por agentes de la policía judicial (federal o local) tendrán valor de testimonios, que deberán complementarse con otras diligencias de prueba que practique el Ministerio Público, para atenderse en el acto de la consigna-

ción, pero en ningún caso se podrán tomar como confesiones lo asentado en aquéllas (cfr. art. 287, C.F.P.P.).

Atento a lo anterior, se ha determinado que en la estructura orgánica del Ministerio Público, es decir, de la Procuraduría General de Justicia (federal o local), se incluya a la policía judicial, recalándose que ésta debe siempre estar bajo las órdenes de Ministerio Público. Por lo tanto, los alcances o límites que rigen la función del Ministerio Público valen también para la policía judicial en esta atribución que les otorga el art. 21 de la Constitución política. Es decir, la policía judicial, como dependencia que es del Ministerio Público, está igualmente ligado al derecho como lo está el Ministerio Público y, por ello, debe también responder de sus arbitrariedades y estar sometido a una serie de controles. Tanto el Ministerio Público como la policía judicial están obligados, en el ejercicio de sus funciones, a mantenerse dentro de los cauces de la legalidad y observar los diversos lineamientos y principios que son característicos de un sistema penal de un Estado de Derecho. Eso es lo que se plantea al menos en el plano formal y teórico; en el plano material, en el de la práctica, en cambio, las cosas no siempre se han ajustado a lo formalmente establecido. Como sucede en otros aspectos de la justicia, siempre se observa un distanciamiento entre ambos planos: formal y material.

Cabe señalar que la actividad investigadora no siempre ha estado encargada, en su totalidad, al Ministerio Público, pues en los códigos de procedimientos penales para el Distrito Federal de 1880 a 1894, la ya citada función de policía judicial era ejercitada por inspectores de un cuartel, comisarios de policía, inspectores generales de policía, Ministerio Público, jueces correccionales, jueces de lo criminal, jueces auxiliares de campo, comandantes o jefes superiores de las fuerzas de seguridad, presidentes municipales, prefectos y subprefectos de policía, etc. Todavía a fines del siglo pasado e inicios del presente el Ministerio Público sólo era actor en el proceso, pero no desempeñaba las funciones de policía judicial, función que ostentaba el tribunal (la policía judicial dependía del Poder Judicial, de ahí su nombre). El que investigaba era el juez, a través de la policía judicial. En los debates de 1916-1917 que dieron lugar a la Constitución vigente, se resolvió excluir la función de policía judicial que tenía el

tribunal (como juzgador de instrucción) y se colocó bajo el mando del Ministerio Público.⁷

1.1.6. LA PERSECUCIÓN PENAL PRIVADA EN EL SISTEMA PENAL

La acción penal, como ya se vio, está encomendada, por mandato expreso constitucional, a una institución estatal: el Ministerio Público; y aun cuando se puede tener como excepción lo contemplado en los arts. 109 a 114 constitucionales, que hacen referencia a un juicio político en donde interviene el Congreso de la Unión, no existe la persecución penal privada en nuestro país, es decir, una persecución en la que no tenga que ver alguna institución estatal; razón por la que la gran mayoría de nuestros tratadistas no le dediquen un apartado a su estudio. El hecho de que en la legislación penal y procesal se prevean delitos que sólo son perseguibles por "querrela necesaria de parte ofendida", ello no quiere decir que dichos actos delictivos excluyan por completo la acción pública y se traduzca sólo en una persecución privada. Lo que quiere decir es que en esos casos, para poder proceder penalmente por parte del órgano del Estado (Ministerio Público), es requisito indispensable de procedibilidad la "querrela" o petición de la parte ofendida (víctima o titular del bien jurídico); de suerte que, si ésta no se presenta, el Ministerio Público no está legitimado para intervenir. Y de ahí que, si el Ministerio Público ya inició la averiguación previa y luego se otorga el perdón por el ofendido o legitimado, la acción penal se extingue.

1.2. Garantías individuales del imputado: defensa, inocencia, *nemo tenetur*, prohibiciones probatorias, *non bis in idem*, facultades de injerencia estatal y sistema de control judicial. La defensa pública, breve referencia empírica

La Ley Fundamental mexicana garantiza la libertad y la seguridad jurídica, estableciendo garantías penales y proce-

⁷ Cfr. SILVA SILVA, Jorge Alberto: *Derecho procesal penal*, Harla, México, 1990, p. 174.

sales para alcanzar el alto fin de justicia social penal. Los derechos esenciales de la persona, no nacen del hecho de ser ciudadano de un determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana; razón por la cual justifican una protección universal, y se crean condiciones que permiten a cada ciudadano gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, así como de sus derechos civiles y políticos. Por ello, el Estado tiene la obligación de promover el respeto universal de los derechos y de las libertades; y debe hacerlo para poder hablar de un proceso penal moderno.

1.2.1. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Por lo que respecta a *garantías constitucionales* relacionadas con la justicia penal, destacan las contenidas en los arts. 13, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23 de la Constitución política, que establecen límites a la potestad punitiva del Estado. Tales garantías son las siguientes:

- a) *Garantías de igualdad* (art. 13, C.F.):
 - Nadie puede ser juzgado por leyes privativas.
 - Nadie puede ser juzgado por tribunales especiales.
 - Ninguna persona o corporación puede tener fuero.
- b) *Garantías de seguridad* (art. 14 C.F.):
 - De irretroactividad legal.
 - De audiencia.
 - De legalidad en materia judicial penal.
 - Del debido proceso legal.
 - De estricta aplicación de la ley en las resoluciones judiciales.
 - De no aplicación analógica de la ley en perjuicio de tercero.
 - De no aplicación de la ley penal por mayoría e razón.
- c) *Garantías del imputado* (a. 20 y 23 C.):
 - Garantía de libertad provisional bajo caución;
 - Garantía de no autoincriminación (prohibición de la incomunicación y de la tortura);
 - Garantía de defensa adecuada;
 - Garantía de audiencia;

- Garantía de publicidad del proceso;
- Garantía de recepción de pruebas a su favor;
- Garantía de brevedad en el proceso;
- Garantía de no ser juzgado dos veces por el mismo delito (*non bis in idem*);
- Garantía de absolver en caso de duda (*in dubio pro reo*); etcétera.

El derecho o *garantía de defensa*, como se observa, tiene rango constitucional;⁸ dicha garantía no sólo se limita al proceso, sino también deberá ser observada durante la averiguación previa. El *principio de presunción de inocencia*, en cambio, no se encuentra expresamente establecido en la Constitución, pero sí lo está en instrumentos internacionales que México ha suscrito, por lo que también impone al Estado la obligación de dar a todo ser humano tratamiento de inocente, hasta el momento en que los tribunales, mediante una resolución firme, lo declare culpable.⁹

La garantía de *non bis in idem* quiere decir que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene; garantía que tiene rango constitucional establecida en el art. 23, C.F. Esta garantía implica que, fenecido un juicio por sentencia ejecutoria, no se podrá intentar de nuevo la acción criminal por el mismo delito y contra la misma persona, ya sea que el fallo correspondiente absuelva o condene al reo; existirá gran agresión a dicha garantía en el caso de que, después de haberse dictado sentencia irrevocable, se quiera volver ejercitar acción penal por el mismo hecho que fue ya enjuiciado.

⁸ Zamora Pierce al respecto explica que el derecho de defensa comprende, a su vez, una serie de derechos: 1) El derecho a ser informado de la acusación; 2) el derecho a rendir declaración; 3) el derecho a ofrecer pruebas; 4) el derecho a ser careado con quienes deponen en su contra. A ello habrá que agregar; 5) el derecho a tener una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza, y 6) que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera. Cfr. ZAMORA PIERCE, Jesús: op. cit., nota 3, pp. 133 y s.

⁹ Jurídicamente, señala el mismo Zamora Pierce, se le reconoce en posesión de un derecho a su vida, a su libertad y a su patrimonio, y que el Estado podrá privarlo de tales derechos únicamente cuando, seguido un proceso penal en su contra, el juez pronuncie sentencia declarándolo culpable y esa sentencia quede firme. ZAMORA PIERCE, Jesús: op. cit., nota 3, p. 493. Idéntico principio expresa la máxima *nulla poena sine iudicio*.

Con relación a las *prohibiciones probatorias*, tanto nuestra Carta Magna como la legislación procesal penal indican que se recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca (el inculpado), concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto; que se admitirá como prueba... todo aquello que se ofrezca como tal, siempre que pueda ser conducente, y no vaya contra el derecho a juicio del juez o tribunal (arts. 124, C.P.P.D.F. y 180, C.F.P.P.). Efectivamente, si por prueba se entiende todo aquello que lleva al conocimiento verdadero de un objeto, el cual se basa en un sistema lógico, han de aceptarse como medios probatorios todos los que lógicamente pueden serlo, siempre y cuando no sean reprobados por la ley y en su recabación se observe el principio de legalidad. Por supuesto que en la práctica se dan los casos de las "pruebas ilícitas", obtenidas y ofrecidas sobre todo por el órgano acusador, que motiva el uso de los medios de impugnación y de las que la doctrina también se ha ocupado en forma crítica.

El ofrecimiento de medios probatorios, por otra parte, está sujeto dentro del procedimiento penal a los términos y plazos procesales que marca la ley, ya que su ofrecimiento fuera de esos términos prohíbe al juzgador aceptarlos, pues rompería con las formalidades que contiene todo procedimiento penal. Por lo que hace a la prueba irregularmente adquirida el juez, al valorarlas las desecha de plano si determina que son inconducentes y contrarias a derecho; su referencia en la doctrina mexicana ha sido muy escasa.

En otro orden de ideas, las facultades de injerencia estatal así como el sistema de control judicial son de reciente data en nuestro país. Su consideración mayor se da sobre todo a partir de que en México empieza a hablarse de un nuevo fenómeno delictivo, que es la llamada *delincuencia organizada*, con la idea de buscar estrategias procesales que resulten más eficaz frente a ella. Al establecerse que la delincuencia organizada cuenta con mayores y más modernos medios de operación, que incluso colocan a los órganos de control estatal en situación de desventaja, surge la necesidad, para que el Estado pueda contrarrestarla, de adoptar también mecanismos más modernos o sofisticados; por lo que, siguiendo las recomendaciones de instrumentos internacionales, como la Convención de Viena (de 1988), dentro de sus facultades de injerencia, el Estado ha ido adoptando ciertas

medidas, entre las que encontramos las *intervenciones telefónicas*, el cateo de algún lugar, etcétera.

En 1996 se aprobó en México la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, la que introdujo una serie de mecanismos procesales diferentes a los que tradicionalmente prevé la legislación procesal, como son: intervenciones a medios de comunicación privada, el uso de agentes encubiertos, el aseguramiento de bienes respecto de los cuales un miembro de una organización delictiva se ostenta como su dueño pero no puede acreditar su legítima procedencia, protección a testigos y reserva de la identidad, entre otros; situación que ha provocado rechazo sobre todo por parte de la academia, pero que la propia ley prevé sus límites. Por ejemplo, por lo que hace a las intervenciones a medios de comunicación privada, éstas eran sin duda utilizadas antes de la aparición de la mencionada ley, y su uso era por tanto ilícito, por lo que los resultados de la intervención no podía ofrecerse como prueba, precisamente por tratarse de una "prueba ilícita". Por ello, con la finalidad de poderla ofrecer como prueba, era necesario regularla. Pero la regulación no solamente fue en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, sino incluso en la propia Constitución política (en 1996), para que aquélla no fuera impugnada de inconstitucional. La reforma a la Constitución consistió en prever primeramente la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, así como la sanción penal para cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas; en segundo lugar, para otorgarle al Ministerio Público la facultad de solicitar a la autoridad judicial federal la intervención de cualquier comunicación privada, señalando en qué casos procede la autorización y cuáles son los requisitos y límites a que se sujetarán las intervenciones, y precisando que los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio (art. 16, C.F.). La Ley Federal, por su parte, en forma más detallada establece dichos requisitos y límites que deben observarse en una intervención de comunicaciones privadas. Este tipo de diligencias están limitadas, por ahora, únicamente a los casos de "delincuencia organizada"; sin embargo, existe la tendencia, sobre todo por parte de las Procuradurías Generales de Justicia locales, de ampliar el uso de estos mecanismos a otros delitos, motivada por el incremento de la delincuencia en general.

1.2.2. LA DEFENSA PÚBLICA. BREVE REFERENCIA EMPÍRICA

La figura del defensor no sólo es indispensable para la protección del inculcado, sino también para la búsqueda de la verdad; de ahí su importancia. El patrocinio a procesados, cuando éstos carecen de defensor, surgió inicialmente como expresión de caridad, e inclusive con carácter religioso, para luego institucionalizarse como derecho del probable responsable.¹⁰ Lo consagra ahora la Constitución y existen diversas regulaciones al respecto.

En efecto, en México se establece la *defensoría de oficio* (pública) tanto en el ámbito federal como en el de las entidades federativas; desgraciadamente, dicha defensa pública ha sido hasta hoy la institución más olvidada de cuantas posee la administración pública. Su organización responde necesariamente al tipo de estructuras que tienen los tribunales así como también las procuradurías. Debe destacarse, sin embargo, que en México existen actualmente diversos órganos o entidades que se encargan de prestar asesoramiento jurídico gratuito en materias específicas.

1.3. Características del juicio previo a la condena e imparcialidad de los jueces del tribunal de sentencia (juez natural y exclusión de jueces que han operado en otro período del procedimiento)

La audiencia de vista, de debate o juicio, principia con la determinación que señala fecha para celebrar dicha audiencia y termina cuando se ha llevado a cabo ésta; su importancia es mínima desde el punto de vista exclusivamente práctico y su desarrollo es el siguiente: las diligencias de prueba que se hubieren practicado durante la instrucción se repiten, siempre que fuere necesario y posible a juicio del tribunal y las partes las hayan solicitado a más tardar el día siguiente al en que se notificó el auto citando para la audiencia;

¹⁰ Menciona Fix Zamudio que la historia de la defensoría de oficio se remonta en México a la época colonial, con los defensores y protectores de indios; así como los abogados y procuradores de los pobres, establecidos por varias Leyes de Indias, a los cuales debe agregarse el antecedente más inmediato de los procuradores de los pobres del estado de San Luis Potosí, establecidos por la ley de 5 de marzo de 1847.

posteriormente se da lectura a las constancias que las partes indiquen y, después de alegar cada una de ellas lo que a su derecho conviene, se declara visto el proceso. Durante el desarrollo de la audiencia el acusado, el Ministerio Público y la defensa pueden interrogar al acusado. Con dicha audiencia finaliza el proceso y se procede a dictar sentencia en el término que indica la ley. En el juicio sumario no se presenta propiamente dicha audiencia de vista.

La audiencia de juicio o de vista de la causa tiene por objeto que las partes se hagan oír por el órgano jurisdiccional. La vista de la causa requiere forzosamente la fijación definitiva de la litis y, por ende, no puede concebirse sino con posterioridad a la formulación de las conclusiones.

El art. 17 de nuestra Ley Fundamental reza: "Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial... Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y plena ejecución de sus resoluciones".

Asimismo, los tribunales se encuentran vinculados a las máximas procesales al momento de dictar sentencia, resaltando de forma especial el principio de legalidad y el principio de libre apreciación de los medios probatorios, sin olvidar que toda resolución tiene que ir fundada y motivada.

La imparcialidad de los jueces al dictar sentencia necesariamente se encuentra vinculada al principio de legalidad, en otros términos, en el ejercicio del *ius puniendi iudicial* el juzgador necesariamente tiene que observar el principio de legalidad, y al aplicar la ley al caso concreto, debe igualmente hacerlo con "imparcialidad". Lo que también quiere decir que, aun cuando se establece el arbitrio judicial, éste mismo tiene su limitación en la ley; arbitrio judicial y legalidad no tienen que reñir, sobre todo si queremos hablar de un ejercicio judicial dentro de un sistema penal de un Estado democrático de derecho.

Sobre el particular, el art. 4º, C.F.P.P. prevé que "los procedimientos de preinstrucción y primera instancia, así como la segunda instancia ante el tribunal de apelación, constituyen el proceso penal federal, dentro del cual corresponde ex-

clusivamente a los tribunales federales resolver si un hecho es o no delito federal, determinar la responsabilidad o irresponsabilidad penal de las personas acusadas ante ellos, imponer las penas y medidas de seguridad que procedan con arreglo a la ley". Por su parte, el art. 51 del Código Penal federal establece: "Dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las particularidades del delincuente...". Por otra parte, en el numeral 52 de dicha ley se precisa: "El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente...". Lo que indica que en el ejercicio del arbitrio judicial debe haber un claro ajuste a la legalidad, además de a otros principios en la ley consagrados.

1.4. Independencia política de los tribunales: reglas fundamentales al respecto y organización

La Constitución política del Estado mexicano consagra, por una parte, el *principio de división de poderes* y, por otra, la *independencia* de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial (art. 49, C.F.), y también precisa que "no podrán reunirse dos o más poderes en una sola persona o corporación". Es decir, con ello se le da formalmente autonomía e independencia al Poder Judicial respecto de los demás poderes. La función jurisdiccional es el puente de paso de lo abstracto a lo concreto, en otras palabras, de la ley penal a la ejecución de la ley.

En el plano de la realidad, sin embargo, en este momento no puede hablarse estrictamente de la existencia *de facto* de la independencia de la justicia, pero sí que se ha abierto un sendero para la consecución de esta garantía del Poder Judicial, y con ello la meta final de la democratización del mismo. En efecto, a raíz de la reforma que entró en vigor a principios de 1995, a los arts. 94, 97, párrafos primero y cuarto, y 100 de nuestra Constitución, 84 de la Ley Orgánica del Poder Judicial federal, se crea un sistema de garantía de la independencia del Poder Judicial, dando nacimiento así al autogobierno de la justicia, con la creación del Consejo de la

Judicatura Federal, al que se le dan facultades de nombramiento, de remoción, control de presupuesto del Poder Judicial federal en relación a magistrados de circuito y jueces de distrito, así como facultades disciplinarias y de suspensión de estos servidores públicos en los casos en que sean probables responsables de la comisión de delitos. Su desarrollo práctico, no obstante, no parece llenar las expectativas que se tuvieron al diseñarlo; por lo que las críticas en su contra no se han dejado esperar, motivándose finalmente una reestructuración de dicho Consejo de la Judicatura en 1999.

Un aspecto esencial de la administración de justicia es el relativo a la organización de los tribunales, pues de la misma depende en gran parte la posibilidad de resolver de manera expedita y eficaz los cada vez más numerosos conflictos que se plantean ante los organismos judiciales. De acuerdo con nuestro sistema constitucional, como más adelante se abundará, se cuenta con una doble jurisdicción; es decir, funcionan dos tipos de tribunales: *a)* los de carácter *federal*, encabezados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de los cuales forman parte los tribunales de circuito (unitarios y colegiados) y los juzgados de distrito; y *b)* los tribunales de carácter *local*, en las entidades federativas, inclusive el Distrito Federal, que comprenden: jueces de primera instancia (entre los cuales también se habla de jueces de paz o jueces menores) y tribunales superiores, como órganos de apelación. Los primeros (federales), siguiendo el modelo del sistema judicial federal estadounidense, y los segundos (locales) la tradición española de las audiencias territoriales.¹¹

Ahora bien, los defectos en el funcionamiento de los tribunales, especialmente los de carácter local, no radican tanto en su vinculación y subordinación a organismos judiciales federales, sino en su estructuración envejecida, que si la analizamos con espíritu crítico, podemos observar que se remonta a la época colonial, además de que los gobiernos locales han cerrado los ojos a la realidad de la *falta de autonomía* frente a los jueces federales, que por conducto del amparo revisan

¹¹ Cfr. FIX ZAMUDIO, H.: "La administración de justicia", en *Anuario Jurídico*, VII-1980, México, UNAM, pp. 69 y ss., y en OVALLE FAVELA, José: *Temas y problemas de la administración de justicia en México*, UNAM, México, 1982, pp.129 y ss.

todas las resoluciones;¹² por lo que se recomienda revisar las arcaicas estructuras de los tribunales de las entidades federativas y buscar una mayor coordinación entre las dos esferas formales de competencia, para que actúen con mayor autonomía e independencia.

2. *Síntesis acerca del procedimiento tradicional todavía vigente y su adecuación a los principios anteriores*

De la idea de que toda ley fundamental o Constitución política de un Estado tiene de garantizar los valores universales de toda persona, ubicando aquellos parámetros de carácter sustantivo y adjetivo de índole penal que garantizan la meta social en materia penal, el enjuiciamiento de orden criminal de un Estado de Derecho encuentra su limitación en el respeto a las garantías que toda Constitución otorga a los ciudadanos. Si la meta del proceso penal es, según opinión dominante, investigar la verdad respecto del hecho punible y castigar al autor; asimismo, si la situación conflictiva en el Derecho penal entre ciudadano y Estado, que resulta de la sospecha del hecho delictivo, exige una regulación jurídica, en la medida posible escrupulosa, y una limitación de los poderes estatales, entonces es necesario marcar los lineamientos de orden jurídico constitucional, en donde el Derecho procesal penal regula consecuentemente, y ante todo, la clase y extensión de la conformidad a Derecho y de las violaciones de los derechos fundamentales.

Estas consideraciones necesariamente deben ser tomadas en cuenta antes de presentar una síntesis del procedimiento penal de nuestro país, toda vez que el Estado mexicano está sustentado en un sistema de Derecho democrático, en donde las instancias legales no sólo son contempladas como indicadores de un cuerpo representativo, sino que han de garantizar las fronteras formales materiales establecidas en la Constitución y, por ello, estructurar la edificación y fortalecimiento de las condiciones de nuestra sociedad, para

¹² Cfr. FIX ZAMUDIO, H.: *Temas y problemas de la administración de justicia en México*, UNAM, México, 1982, pp. 131 y s.

que puedan ser solventadas las necesidades básicas de todo ciudadano y resguardados legalmente sus bienes fundamentales y sus derechos humanos; en otras palabras, estrechar la vinculación de democracia formal y democracia material, con su proyección hacia un régimen social de índole liberal. Por ello, todo proceso democrático, más allá de la expresión estadística de un consenso, tiene una función cognoscitiva. Por su naturaleza dialéctica significa el método social más razonable para el diagnóstico de la realidad y la prognosis racional que da base a la definición legislativa. La simbiosis entre conocimiento y consenso permite encontrar en la ley la expresión de valores culturales y aspiraciones sociales que asumen, en razón de su reconocimiento estatal, la calidad de bienes jurídicos.

Ahora bien, si del universo de garantías contempladas desde una apreciación en conjunto, tanto constitucionales como las que se señalan en los ordenamientos secundarios, el *principio de presunción de inocencia* prevalece en nuestro sistema penal, todo lo anterior nos lleva a la moción que en su momento expresara Bettiol, de que el proceso penal es una de las expresiones más típicas del grado de cultura alcanzado por un pueblo en el curso de su historia. Aquel es un efecto de la cultura o civilización y puede venir plena y rectamente entendido sólo en directo contacto con los valores que influyen en un determinado tipo de vida civil.¹³

Si bien la Constitución política y ciertos instrumentos internacionales "como se verá más adelante" establecen los lineamientos de cómo debe ser el sistema de justicia penal mexicano, así como su procedimiento penal, lo cierto es que resulta claramente perceptible un distanciamiento entre los planos formal y material. Es decir, que diversos principios fundamentales que deben orientar el procedimiento penal "como son los principios de legalidad, de intervención mínima, de culpabilidad, de racionalidad de las penas, de no autoincriminación, *in dubio pro reo*, etc." no se observan cabalmente; por el contrario, en los últimos tiempos se observa una tendencia cada vez más represiva, que trata de flexibilizar

¹³ Cfr. BETTIOL, Giuseppe: *Instituciones de Derecho y Derecho procesal penal*, 3ª ed., Padua, 1973, p. 174.

las exigencias legales, sobre todo para posibilitar al órgano persecutor a ser más eficaz, aun cuando para lograr ese objetivo se vulneren garantías individuales.

2.1. Fuentes *strictu sensu* del Derecho procesal penal mexicano

Si bien con relación a este tópico existe diversidad de criterios sobre el significado y las acepciones que llene la palabra "fuente",¹⁴ así como sobre sus clases, en el ámbito penal, procesalistas como Colín Sánchez,¹⁵ Silva Silva,¹⁶ entre otros, clasifican las fuentes del Derecho procesal penal en fuentes de creación del orden jurídico y fuentes de conocimiento del orden jurídico; estas últimas se refieren a la forma en que del Derecho objetivo asume en la vida social, fuentes donde se encuentra la base de nuestro estudio.

Las fuentes del conocimiento del Derecho procesal penal, según tales procesalistas, son: las codificaciones jurídicas, la realidad socio-jurídica, la equidad y la doctrina. Para los efectos de este trabajo importa destacar las codificaciones jurídicas,¹⁷ cuyo objeto es la regulación de los actos del

¹⁴ "El término fuente —precisa Du Pasquier— crea una metáfora bastante feliz, ya que remontarse a las fuentes de un río es llegar al lugar en que sus aguas brotan de la tierra; de manera semejante, inquirir la fuente de una disposición jurídica es buscar el sitio en que ha salido de las profundidades de la vida social a la superficie del Derecho". Citado por NEUCHATEL: *Introducción a la teoría general de la filosofía y del Derecho*, 1937, p. 34.

¹⁵ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo: *Derecho mexicano de procedimientos penales*, 15ª ed., Porrúa, México, 1997, p. 8.

¹⁶ SILVA SILVA, Jorge Alberto: *Derecho procesal penal*, Harla, México, 1990, p. 27.

¹⁷ Sin desconocer que las fuentes del conocimiento jurídico no se agotan en sus expresiones formales, pues la *realidad social* es el universo material donde se dan las relaciones e interacciones entre individuos, grupos, administradores y administrados; por lo que, los hechos sociales son los factores que generan las normas jurídicas y éstas no pueden abstraerse dogmáticamente y volverse entes muertos; por el contrario, el dinamismo social impacta y afecta al orden jurídico interpretándose en forma dialéctica.

Asimismo, la *equidad* constituye una fuente del Derecho procesal penal, toda vez que ella impregna la codificación jurídica. Lo propio debe decirse por lo que hace a la *doctrina*, que es de naturaleza universal y, por ello, también es parte importante en nuestro Derecho procesal penal; así como de la *jurisprudencia*. Todo ello debe ser objeto de consideración para conocer la realidad del Derecho procesal penal en un determinado país.

procedimiento, sea en su conjunto o en los actos particulares que lo gobiernan.

Partiendo de una situación jerárquica, las fuentes del Derecho procesal penal mexicano comprende:

I. *La Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos*, que es la fuente principal del procedimiento penal, ya que en esta codificación legal se encuentran los lineamientos básicos del Derecho procesal penal bajo una determinada ideología, tanto filosófica como política.¹⁸

A ella se agregan:

II. *Los tratados internacionales (pactos y convenios)* suscritos por México, entre los que destacan:

- a) Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948 (ONU).
- b) Convención Americana sobre Derechos Humanos, o "Convención de San José", de 1969, en vigor desde 1978 (OEA).
- c) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (1966) (ONU).
- d) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) (ONU).
- e) Convención Internacional contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (1984) (ONU).
- f) Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero.
- g) Convención Interamericana sobre Pruebas e Informes acerca del Derecho Extranjero.
- h) Además, diversos tratados y convenios sobre extradición y cooperación bilateral en materia penal.

¹⁸ Hassemer ha expresado, y no sin razón, que tanto jurídico-políticamente como científicamente tiene sentido caracterizar el procedimiento penal no sólo como realización del Derecho penal material, sino también como Derecho constitucional aplicado o como indicador de la respectiva cultura jurídica o política. En el Derecho procesal penal y su realización práctica se encuentran los signos de calidad de relación de un Estado con sus ciudadanos con particular precisión o colorido. Cfr. HASSEMER, Winfried: "Lineamientos de un proceso penal en el Estado de Derecho", en *Crítica al Derecho penal de hoy*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995, pp. 72 y 73.

III. *Las codificaciones procesales penales*, que en México contemplan dos tipos de ámbitos competenciales, que son el federal y el local, y que comprenden:

- a) El Código Federal de Procedimientos Penales;
- b) El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y
- c) Los códigos de procedimientos penales estatales, que en total son treinta y uno.

Para conocer el desarrollo del Derecho procesal penal en México y cuáles son los criterios que lo orientan, debe tomarse en consideración toda esta legislación, que sin duda es diversa.

IV. Entre *otras leyes*, que también se ocupan de la materia, se indican las que regulan a los partícipes del proceso penal:

- a) Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.
- b) Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.
- c) Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.
- d) Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.
- e) Ley de Defensoría de Oficio Federal.
- f) Ley Federal de Responsabilidad de Servidores Públicos.
- g) Ley Orgánica del Poder Judicial y de las Procuradurías de Justicia de los Estados de la República.
- h) Entre otras.

V. Otros *instrumentos de menor jerarquía*, entre los que se encuentran:

- a) Los Reglamentos Internos.
- b) Las Circulares.
- c) Los Acuerdos; entre otros.

2.2. Estructura del procedimiento común (con determinación del órgano estatal que asume cada fase del procedimiento)

Los lineamientos fundamentales de nuestro enjuiciamiento criminal parten de la Ley Fundamental que rige en el país,

aun cuando los períodos de éste no se hallen delineados en ella expresamente. En los códigos de procedimientos penales, en cambio, se establece la estructura del procedimiento penal, detallándose lo que corresponde a cada una de sus etapas.

a) El *art. 21 constitucional* menciona que la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato. Efectivamente, a esta institución le compete llevar a cabo la *averiguación previa* y, en su caso, *ejercitar la acción penal* ante los tribunales; por ello, en dicha indagatoria le corresponde: recibir las denuncias, acusaciones o querellas que le presenten en forma oral o por escrito, sobre hechos que puedan constituir delito; practicar y ordenar la realización de todos los actos conducentes a la comprobación del supuesto hecho típico y la demostración de la probable responsabilidad del inculcado; dictar todas las medidas y providencias necesarias para proporcionar seguridad y auxilio a las víctimas; asegurar o restituir al ofendido en sus derechos; etc., según se detalla en los códigos de procedimientos penales y en leyes orgánicas.

El Ministerio Público, asimismo: impedirá que se pierdan, destruyan o alteren las huellas o vestigios del hecho delictivo y los instrumentos o cosas objeto del mismo; se informará sobre qué personas fueron testigos; evitará que el delito se siga cometiendo; impedirá que se dificulte la averiguación; procederá a la detención de los que intervinieron en la comisión del hecho en los casos de flagrante delito, acatando lo dispuesto por el *art. 21 constitucional* con relación a las garantías individuales que debe tener una persona que se ve sujeta a una investigación de carácter criminal; entre otras. Por otra parte, el Ministerio Público dispondrá de la libertad del inculcado, tratándose de determinados tipos de delitos y de las circunstancias y particularidades de éste.

Dentro de otro plano de la indagatoria, puede suceder que de las diligencias practicadas no resulten elementos bastantes para hacer la consignación a los tribunales y no aparece que se puedan practicar otras, pero con posterioridad pudieran allegarse datos para proseguir la averiguación; en este caso, la autoridad ministerial *reservará* el expediente,

hasta que aparezcan esos datos y, entre tanto, ordenará a la policía judicial que haga las investigaciones tendientes a lograr el esclarecimiento de los hechos (art. 131, C.F.P.P.), y —si fuera el caso— pondrá en libertad al indiciado; pero, si estima necesario su arraigo, tomando en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales de aquél, recurrirá al órgano judicial, fundando y motivando su petición, para que resuelva dicha solicitud.

También puede suceder que, en vista de la averiguación previa, el Ministerio Público determine que *no es de ejercitar-se la acción penal*, porque: *a)* los hechos denunciados no son constitutivos de delito, conforme a la descripción típica de la ley penal; *b)* se acreditó dentro de la investigación que el probable responsable no tuvo participación en la conducta o en los hechos punibles, aun pudiendo ser delictivos los hechos de que se trata; *c)* resulta imposible la prueba de su existencia, por obstáculo material insuperable, o *d)* se desprende de las diligencias practicadas que el inculcado actuó en circunstancias que excluyen su responsabilidad penal (art. 137, C.F.P.P.).

Pero, tan luego como aparezca de la averiguación previa que se han acreditado los *elementos del tipo penal* del delito de que se trate y la *probable responsabilidad* del indiciado, el Ministerio Público *ejercitará la acción penal ante los tribunales*, la cual puede ser "sin detenido" o "con detenido", constando dicho estudio jurídico de todos los elementos tanto formales como materiales (art. 135, C.F.P.P.). Siendo esto así, en ejercicio de la acción penal le corresponde al Ministerio Público: promover la incoación del proceso penal; solicitar las órdenes de comparecencia para preparatoria y las de aprehensión que sean procedentes; pedir el aseguramiento precautorio de bienes para los efectos de la reparación del daño; rendir las pruebas de la existencia de los delitos y de la responsabilidad de los inculcados; hacer todas las promociones que sean conducentes a la tramitación regular de los procesos, etcétera.

b) El *art. 20 constitucional* en su fracción III indica que, en todo proceso, al inculcado: "...se le hará saber en audiencia pública, y dentro de las 48 horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturale-

za y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria...".

Asimismo, el *art. 19 de la Constitución* hace alusión a que: "...ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de 72 horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste...".

De lo anterior se puede decir, con otras palabras, que una vez realizado y terminado el período en que se indagó e investigó un hecho que la ley determina como delito, el Ministerio Público consigna la averiguación previa respectiva ante una autoridad judicial, la cual, previa radicación de dicha indagatoria, procede a realizar un breve proceso de conocimiento durante el término constitucional de 72 horas, con el fin de que se determine, sobre una resolución de carácter provisional, la situación jurídica de la persona indiciada, donde se resolverá si se materializan o no los elementos constitucionalmente necesarios para someter a una persona a un proceso de orden penal.

En dicha resolución de plazo constitucional, por tanto, el juzgador puede dictar:

1) Un *auto de formal prisión*, siempre y cuando:

- Que se haya tomado la declaración preparatoria del inculcado, en la forma y con los requisitos que establece la ley, o bien que conste en el expediente que el inculcado se rehusó a declarar.
- Que estén acreditados los elementos del tipo del delito que tenga señalada sanción privativa de libertad.
- Que esté demostrada la probable responsabilidad del inculcado; y
- Que no esté plenamente comprobada a favor del inculcado alguna circunstancia eximente de responsabilidad, o que extinga la acción penal.

2) Un *auto de sujeción a proceso*: cuando el delito cuya existencia se ha comprobado "no merezca pena corporal o esté sancionado con pena alternativa" se dicta-

rá auto —con todos los requisitos del de formal prisión—, sujetando a proceso a la persona contra quien aparezcan datos suficientes para acreditar su probable responsabilidad, para el sólo efecto de señalar el delito por el cual se ha seguido el proceso.

Al dictarse estas dos resoluciones se producirán, como consecuencia, situaciones de carácter administrativo (identificación del inculcado, informe de anteriores ingresos, etc.) así como de carácter jurídico (se le hace saber el derecho y término que tiene para apelar dicha resolución, tipo de juicio a celebrar —ordinario o sumario—, término para ofrecer pruebas, entre otras); con ello, por tanto, se da inicio al enjuiciamiento ya en forma, es decir, lo que se conoce como la "etapa de instrucción".

- 3) *Un auto de libertad*: si dentro del término legal antes mencionado, no se reúnen los requisitos necesarios para dictar alguna de las dos resoluciones comentadas, se decretará entonces "auto de libertad por falta de elementos para procesar" o de "no sujeción a proceso", según corresponda, sin perjuicio de que por medios posteriores de prueba se actúe nuevamente en contra del inculcado.

c) El art. 19 constitucional, por otra parte, deduce el período denominado "instrucción", al establecer: "... todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso...". Por su parte, el numeral 20 constitucional menciona que al inculcado: "...le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso". En esta etapa se abarcan las diligencias practicadas ante y por los tribunales con el fin de averiguar y probar la existencia del delito. Así, practicados los careos, recibida la ficha y los informes de ingresos anteriores, el juez declara agotada la instrucción y pone el proceso a la vista de las partes por diez días comunes, para que promuevan las pruebas que estimen pertinentes y que puedan desahogarse dentro de los quince días siguientes al en que se notifique el auto que recaiga a la solicitud de la prueba.

Se admitirá como prueba, en los términos del art. 20, fracción V, de la Constitución, todo aquello que se ofrezca

como tal, siempre que pueda ser conducente y no vaya contra el derecho a juicio del juez o el tribunal.

Transcurridos o renunciados los plazos anteriores, el juez declara cerrada la instrucción y pone la causa a la vista del Ministerio Público por 10 días, para que formule conclusiones por escrito.

Las conclusiones acusatorias se harán conocer al acusado y a su defensor, dándoles vista de todo el proceso, a fin de que, en un término igual al que para el Ministerio Público, contesten el escrito de acusación y formulen, a su vez, las conclusiones que crean procedentes.

d) Cerrada la etapa de instrucción, se realiza la audiencia de vista, en la que podrán interrogar al acusado sobre los hechos materia del juicio, tanto el juez como el Ministerio Público y la defensa. Se dará lectura a las constancias que las partes señalen; y después de oír los alegatos de las mismas, se declarará visto el proceso, con lo que terminará la diligencia, salvo que el juez, oyendo a las partes, considere conveniente citar a una nueva audiencia, la que será por una sola vez.

Con lo anterior se procede a dictar sentencia, una vez que el juez o el tribunal estudió y valoró todas las constancias procesales para determinar la culpabilidad o inculpabilidad del procesado.

2.2.1. RECURSO CONTRA LA SENTENCIA

Los medios de impugnación, comenta Fix Zamudio, son los instrumentos jurídicos consagrados por las leyes procesales para corregir, modificar o anular los actos y las resoluciones judiciales, cuando adolecen de deficiencias, errores, ilegalidades o injusticias.¹⁹ A través de la impugnación pe-

¹⁹ FIX ZAMUDIO, Héctor: "Medios de impugnación", *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Porrúa, México. Por su parte, Arilla Bas advierte que la nota esencial del recurso es la devolución de la jurisdicción, es decir, la transferencia del negocio a otro tribunal (de jerarquía superior) para que vuelva a ser examinado. Así pues, de los recursos fundamentales, o sea el de apelación y el de revocación, solamente el primero, y no el segundo, viene a ser un auténtico recurso, en el sentido técnico de la palabra. No es tampoco recurso, sino un simple medio impugnatorio, un incidente de nulidad. ARILLA BASS, Fernando: *El procedimiento penal en México*, 16ª ed., Porrúa, México, 1996, p. 191.

nal, la persona que se considera lesionada por un acto positivo o negativo de la autoridad, y que estima deficiente o erróneo, habrá de resistirse, mediante la serie de actos jurídicos que, partiendo de la censura a la conducta de la autoridad, estarán orientados a procurar la sustitución de la conducta de la autoridad, a través de la modificación, revocación o anulación.

El recurso es un medio de impugnación procesal del acto de una autoridad judicial que el impugnante califica de ilegal o injusto, y que es revisado por una autoridad superior con el fin de que tal acto sea revocado, sustituido o repuesto. En nuestras codificaciones procesales se encuentran diversos recursos para inconformarnos sobre la resolución judicial que pone fin a la controversia penal:

- a) La *apelación* es un medio de impugnación, a través del cual el Ministerio Público, el procesado, acusado o sentenciado, y el ofendido, manifiestan su inconformidad con la resolución judicial que se les ha dado a conocer, originando con ello que un tribunal distinto y de superior jerarquía, previo estudio de lo que se consideran agravios, dicte una nueva resolución.
- b) La *denegada apelación* es el medio que la ley concede a las partes para impugnar la inadmisión inmotivada de la apelación (cuando el juez *a quo* haya negado la apelación en uno o varios efectos, aun cuando el motivo de la negación sea que no se considera como parte al que la haya intentado).
- c) La *revocación* es un recurso, no devolutivo, que tiene por finalidad anular o dejar sin efecto una resolución. Al expresar que el recurso de revocación es ordinario, se indica su procedencia contra resoluciones que no han causado estado, y al decir que es "devolutivo", se señala que su conocimiento corresponde a la misma autoridad que dictó la resolución contra la cual se interpuso el recurso.
- d) La *queja* es el medio jurídico, al cual solamente está legitimado para interponer el Ministerio Público, no contra resoluciones judiciales, sino contra las conductas omisas de los jueces de Distrito, que no radiquen una averiguación previa o no resuelvan respecto al libramiento o negativa de la orden de aprehensión

o de comparecencia en los términos a que alude la ley. Este recurso, por no proceder contra resoluciones, sino contra actitudes omisivas, desnaturaliza la esencia propia del recurso, toda vez que no opera en él la devolución de jurisdicción.

2.3. **Noticia sobre procedimientos especiales. Soluciones alternativas al sistema penal. Breve referencia a procedimientos penales en manos de autoridades no judiciales (faltas o contravenciones y juzgamiento por tribunales militares)**

Teniendo en consideración que de los estadios de la estructura de la imputación jurídico-penal, así como en la del Derecho penal, se percibe el objeto y el fin fijado por el criminalista a su tarea, a la par que confluyen los presupuestos esenciales que indican su labor, por las mismas razones que el sistema penal no se concretiza en un conglomerado estático de normas penales, sino, de manera más exacta, como un conjunto pluridinámico de funciones, y a la vez complejo, al cual concurren las actividades de diferentes instancias (llámese Poder Legislativo, institutos de ejecución penal, centros académicos universitarios, comunidades de tribunales o, también, en su caso medios informales de reacción social), la justicia penal tiene que ser observada con una perspectiva de conjunto.

Partiendo de que las formas de solucionar conflictos de naturaleza penal es por la vía jurisdiccional, es decir, ante una autoridad judicial, ello indica que se tiene que seguir un proceso de orden criminal para poder concluir ante una sentencia, en donde se establecerá la forma en que concluya el juicio y, por donde, encontrar una solución; ésta puede consistir, según sea el caso, en privar a alguien de su libertad, en pagar una sanción pecuniaria, reparar un daño cometido, entre otras. Sin embargo, y de manera excepcional, nos encontramos ante ciertas "alternativas de solución" a los conflictos.

- a) Una de ellas la constituye la figura denominada "conciliación", la cual puede ser celebrada por el Ministerio Público, en donde previo acuerdo conciliatorio con las partes, se puede llegar a una solución legal sin

necesidad de recurrir ante una instancia judicial, producto de un conflicto penal, siempre y cuando la naturaleza del delito acepte tal respuesta. El procedimiento poco común en la praxis, ya que dicho acto carece, en primer término de formalidad alguna, así como de situaciones especiales, consistiendo solamente que en presencia del agente del Ministerio Público se les exhorte a llegar a un arreglo conciliatorio y al cual el representante social da fe de dicha conciliación, de la cual puede derivarse la "reparación del daño" a la víctima del delito. En este caso el Ministerio Público se rige más por criterios de oportunidad.

- b) Las faltas o contravenciones, aun cuando tienen un procedimiento para resolver dichos ilícitos administrativos, no entran dentro del ámbito penal; son autoridades no judiciales las que conocen de tales ilícitos.
- c) Por lo que hace al *juzgamiento por tribunales militares*, debe señalarse en primer lugar que el art. 13 constitucional prohíbe la existencia de leyes privativas y de tribunales especiales. Se ha entendido que cuando la Constitución habla de tribunales "especiales" hace referencia a tribunales "excepcionales", cuya mera posibilidad de existencia atentaría contra los principios democráticos y la igualdad ante la ley. Es decir, no se veda la existencia de jurisdicciones especiales, pues la misma Constitución las prevé, como es el caso de la de menores infractores (art. 18), así como la administrativa, la constitucional de responsabilidades y la laboral, según otras disposiciones constitucionales. Es decir, por razones diversas se ha considerado necesaria la existencia de tribunales especiales para conocer de causas que, por su naturaleza y por pública conveniencia, han de quedar al margen de los órganos juzgadores ordinarios.

De ahí la existencia, entre otras, de la *jurisdicción castrense* o "fuero de guerra" para los delitos y faltas contra la disciplina militar. Pero a ello, como el propio art. 13 lo señala, se impone una limitación: "los tribunales militares, en ningún caso y por ningún motivo, podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviese implicado

un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda".

La jurisdicción militar está administrada por militares, a través de los órganos a que se refiere el art. 1° del Código de Justicia Militar, y sus actividades deben ser promovidas por el Ministerio Público Militar. La intervención de civiles en el enjuiciamiento militar es mínima; aunque la defensoría de oficio es militar, la defensa del inculpado puede ser también asumida por un civil (art. 20, fracción IX, C.F.).

2.4. Breve noticia sobre la ejecución penal

Así como con relación a los otros sectores del sistema de justicia penal se encuentran directrices en la Constitución política, igualmente sucede con el subsistema de ejecución penal. En efecto, el art. 18 constitucional prevé que "los gobiernos de la federación y de los estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente".

Además de la previsión constitucional, la regulación de la ejecución penal en México también se encuentra contemplada en los códigos penales y en los códigos de procedimientos penales, pero particularmente en la *Ley que establece las Normas Mínimas sobre la Readaptación Social de Sentenciados*.

Según se desprende de los contenidos anteriores, la ejecución penal, sobre todo de la pena privativa de la libertad, persigue como objetivo la "readaptación social del delincuente", por medio de la cual se busca la "prevención especial" de la delincuencia; criterio político-criminal que se inició desde principios de la década de los setenta y que en la actualidad se encuentra bastante cuestionado, dada la situación que prevalece en las prisiones mexicanas.

Una vez agotados todos los medios de impugnación a la sentencia y siendo ésta ya irrevocable, se procede a su ejecución, de la que se encarga el Poder Ejecutivo por medio del órgano que la ley designe (que en el ámbito federal lo es la Secretaría de Gobernación, a través de su Dirección General de Prevención y Readaptación Social), que es el que determinará, en su caso, el lugar y las modalidades de ejecución,

ajustándose a la normatividad respectiva sobre ejecución de penas y medidas de seguridad. El Ministerio Público, por su parte, tiene el deber de practicar todas las diligencias conducentes a fin de que las sentencias sean estrictamente cumplidas; y lo hará así, ya sea gestionando ante las autoridades administrativas lo que proceda, o bien exigiendo ante los tribunales la represión de todos los abusos que aquellas o sus subalternos cometan cuando se aparten de lo prevenido en las sentencias. En el sistema penal mexicano no existe hasta ahora la figura del "juez de ejecución de penas"; sin embargo, se alzan voces en los últimos tiempos a favor de su implantación, habiendo ya proyectos legislativos en ese sentido.

Cabe advertir en este lugar que la ejecución penal, necesariamente debe partir de los lineamientos del acto jurisdiccional, es decir, debe ajustarse a los términos de la sentencia, en virtud de que el juez, al momento de realizar la medición y determinación de la pena que ha de imponer al procesado, tiene que tomar en cuenta el fin de ésta (criterio jurisdiccional), aun cuando su ejecución corresponda a una autoridad no judicial.²⁰

3. La reforma ya vigente o diseñada

"Un proyecto de ley no es aún ley y una ley no es todavía práctica judicial"; con dicha frase, que en su momento expresara el profesor Stratenwerth²¹ en uno de los Seminarios

²⁰ En relación a este tópico, Rafael de Pina ha comentado que "la naturaleza jurisdiccional de la ejecución de la sentencia en el orden penal, como en el civil, es evidente. La jurisdicción no consiste sólo en la aplicación del Derecho, sino también en la realización del contenido del fallo que en virtud de la misma se dicte, cuando la sentencia haya alcanzado la firmeza necesaria para que se produzcan los efectos de la cosa juzgada. La intervención de los órganos administrativos en la ejecución de la sentencia penal —continúa De Pina— debe interponerse como una forma de auxilio prestado por los órganos de un poder del Estado a otro, para facilitar el cumplimiento de sus fines. El órgano administrativo, que realiza lo procedente para la ejecución de la sentencia penal no hace (no deber hacer) otra cosa que poner en ejercicio la voluntad del órgano jurisdiccional expresada en la resolución de que se trate". Cfr. DE PINA, Rafael: *Código de Procedimientos Penales*, México, p. 239.

²¹ STRATENWERTH, Günter: "La reforma del Derecho penal en Alemania", en *Política criminal y reforma del Derecho penal*, Temis, Bogotá, Colombia, 1982, p. 318.

hispano-germánicos sobre la reforma del Derecho penal, damos inicio a este punto que hace alusión a temas de reforma procesal; sin embargo, es necesario comentar algunas ideas previas.

Toda reforma se basa en unos determinados principios político-criminales; el interés por la reforma penal ha de llevar al interés por la política criminal; luego entonces, toda reforma en Derecho penal presupone una determinada política criminal.²² Por otra parte, por reforma del Derecho penal se entiende no sólo modificaciones marginales que se han mostrado obscuras y superadas, sino también los cambios a largo plazo operados en el sistema del Derecho penal con la finalidad de adecuarse a las transformaciones sociales.

Cada reforma del Derecho penal, señala Jescheck, depende de forma esencial de los factores ideológicos, sociales y económicos que la condicionan; del nivel de desarrollo general del país, del trasfondo histórico y filosófico del orden jurídico, del estilo propio del Derecho penal de que se trate y del espíritu del sistema político interno; en términos generales, la reforma en materia penal depende naturalmente de la evolución de las condiciones políticas de un país. La reforma del Derecho penal constituye siempre un fenómeno nacional de específico carácter y de una configuración individual fuertemente marcada.²³

Mientras la teoría de la política criminal no disponga de precisos instrumentos diferenciadores, no serán buenas sus posibilidades de analizar en profundidad y criticar fructíferamente la política de la legislación penal. Así, la misión de la legislación penal consiste en traducir los objetivos político-criminalmente perseguidos en programas de decisión, los cuales pueden verse transformados por el juez penal, que está ligado a la ley, en tanto que programas condicionales en decisiones materiales conformes al asunto en cuestión y que pueden informar de modo tanto preciso como sea posible. Si

²² Zipf indica que por política criminal se entiende cómo configurar el Derecho penal de la forma más eficaz posible para que puede cumplir su tarea de protección de la sociedad (cfr. ZIFF, Heinz: *Política criminal. Introducción y fundamentos*, Edersa, Madrid, 1979, pp. 4 y ss.).

²³ JESCHECK, H. H.: "La reforma del Derecho penal en general", en *Política criminal y reforma del Derecho penal*, Temis, Bogotá, 1982, p. 241.

el legislador penal cumple esta misión, no sólo satisface a la Constitución sino que, además, respalda a la ciencia en sus esfuerzos por construir una teoría político-criminal: facilita así una jurisprudencia penal consistente y transparente y el control de correspondencia entre la legislación penal y la actividad decisoria del juez. Con la creación de un sistema de Derecho penal de tales características el juez puede circunscribirse, dentro de los límites establecidos por la Constitución, a la concreción y a un ulterior desarrollo prudente de los fines político-criminales y permite a la opinión pública, como copartícipe, tomar parte críticamente en el desarrollo de la jurisprudencia criminal.

3.1. Proyectos actuales y su estado (reforma total o parcial). Sus perspectivas

Los códigos de procedimientos penales, tanto federal como distrital y estatales, han sido objeto de múltiples reformas en los últimos 15 años, las que se han acentuado en los últimos 5. Salvo algunos estados de la República, que han dado origen a nuevos códigos penales y de procedimientos penales, en la mayoría de los casos se trata sólo de reformas parciales, de las que resultaría muy extenso comentar. Dentro de éstas resaltan aquellas que se derivan de reformas a la Constitución política.

a) En 1993 fue reformada la Constitución política en sus arts. 16, 19, 20 y 107, con la finalidad de enfrentar con todo rigor a la delincuencia, sobre todo la llamada "delincuencia organizada", y garantizar la seguridad pública, habiéndose precisado, por una parte, los requisitos para las detenciones administrativas en casos *flagrantes* y *urgentes*, así como los requisitos para librar una orden de aprehensión por autoridad judicial, sustituyéndose la expresión "cuerpo del delito" por la de "elementos del tipo penal", que resulta más garantista. Se estableció, por otra parte, un control jurisdiccional de legalidad con relación a las detenciones administrativas, para efectos de determinar si la detención realmente fue hecha *in flagranti* o concurriendo los requisitos de la urgencia, y se estableció el *plazo que debe durar la retención* por el Mi-

nisterio Público, asentándose que "todo abuso será sancionado por la ley penal" (art. 16), y se hizo referencia, por primera vez a nivel formal, a la "delincuencia organizada". Asimismo, se precisaron también los *requisitos para dictar un auto de formal prisión* (art. 19), y se adoptó un criterio político-criminal sobre la *libertad provisional bajo caución*, más acorde a las tendencias actuales de la política criminal (art. 20, I).

De dichas reformas constitucionales se derivaron importantes reformas a los códigos penal y de procedimientos penales (federal y distrital) que entraron en vigor a principios de 1994; importantes tanto por su orientación político-criminal como por su orientación dogmática. Así, en el Código de Procedimientos Penales se precisan las figuras de la "flagrancia" y del "caso urgente", para los efectos de las detenciones y retenciones administrativas, así como los "elementos del tipo penal" del delito de que se trate y de la "probable responsabilidad" del inculcado, como requisitos para el dictado de una orden de aprehensión o de un auto de formal prisión. Se estableció, igualmente, lo que debe entenderse por "delito grave", para los efectos de la detención por caso urgente y para el otorgamiento o no de la "libertad provisional bajo caución", y por "delincuencia organizada", para el único fin de "prolongar el plazo de la retención administrativa" (de 48 a 96 horas); entre otras cuestiones.

b) En 1996 nuevamente se reforma la Constitución en sus arts. 16, 20, 22 y 73, fracción XXI, así como diversas disposiciones del Código Penal y del Código de Procedimientos Penales, tanto federal como distrital, que culminaron con la expedición de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada (1996), en la que destaca sobre todo la introducción de nuevos criterios procesales. En efecto, como ya se señaló anteriormente, con las reformas constitucionales y la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, se introducen como estrategias procesales: 1) la "intervención de medios de comunicación privada", que debe ser autorizada por la autoridad judicial federal y reunir una serie de requisitos; 2) el "arraigo" de miembros de una

organización delictiva por un plazo mayor al previsto en el Código de Procedimientos Penales para los delitos comunes o tradicionales; 3) el "aseguramiento y decomiso de bienes" respecto de los cuales un miembro de la organización delictiva se ostente como su dueño y no se acredite su legítima procedencia; 4) la "protección a testigos, jueces y fiscales", atendiendo a la gravedad que este tipo de hechos implica; 5) la "reserva de identidad de testigos" que colaboren con la justicia; 6) la "remisión parcial de la pena"; 7) el "otorgamiento de recompensas" a quienes auxilien a la autoridad de manera eficaz para la localización y aprehensión de algún miembro de la delincuencia organizada; 8) la "negación de ciertos beneficios penitenciarios"; entre otras.

- c) En los últimos días del año de 1997 el Gobierno federal envió al Congreso de la Unión una nueva iniciativa de reformas legislativas en materia penal, que involucran tanto disposiciones de la Constitución política (art. 16, 19, 20, 22 y 123), como del Código Penal federal y de los códigos de procedimientos penales (federal y distrital), con las que, según se afirma en la Exposición de Motivos, "se superará el rezago de nuestro marco jurídico, se contará con herramientas que definitivamente harán frente de manera eficaz al problema de la delincuencia y de la inseguridad pública y se recuperará la confianza en las instituciones".

A diferencia de las reformas constitucionales de 1993, ahora se pretende "flexibilizar" los requisitos para obtener un orden de aprehensión (art. 16, C.F.), o para que se dicte un auto de formal prisión (art. 19, C.F.), pensando en que de esa manera se logrará "hacer más eficiente la actuación de los órganos de procuración de justicia". Por otra parte, contrario a los criterios que han caracterizado al sistema de justicia penal mexicano, se pretende regular el "proceso en ausencia" (art. 20, C.F.), al establecer que "el procedimiento penal no sea suspendido ante la decisión unilateral del presunto responsable de sustraerse a la acción de la justicia", por lo que podrá ser procesado e incluso sentenciado en ausencia.

Esta iniciativa de reformas constitucionales y legales ha sido objeto de múltiples críticas por parte de diversos secto-

res, sobre todo del sector académico, pero sin excluir la de muchos legisladores; centrándose dicha crítica en los puntos relativos al "proceso en ausencia" y a la "flexibilización" de los requisitos para la orden de aprehensión o para el auto de formal prisión. Sin duda, estas observaciones críticas han influido determinadamente en que a la iniciativa se le hayan dado largas y que hasta mediados de 1998 no se haya tomado una decisión clara sobre si sería aprobada o no, y en qué términos, por el órgano legislativo, sobre todo cuando se tiene la convicción de que con ella definitivamente no se le da una solución seria y adecuada al problema. Sin embargo, ante las diversas presiones, el órgano legislativo se vio en la necesidad de discutir y aprobar la mencionada iniciativa presidencial a finales de 1998, aunque con ciertas modificaciones y sin incluir el proceso en ausencia; reformas constitucionales que se publicaron en el Diario Oficial de la Federación a principios de marzo de 1999, motivando posteriores reformas a la legislación procesal.

No obstante las múltiples reformas que se le han introducido a la legislación penal procesal mexicana, y las que aún se le pretende introducir, existe desde hace algún tiempo, sobre todo en el plano académico, la idea de que es necesaria una "reforma penal integral", que comprenda: un nuevo Código Penal, un nuevo Código de Procedimientos Penales y una nueva Ley en materia de Ejecución de Sanciones; que respondan a criterios político-criminales uniformes y constituyan realmente una respuesta adecuada a las expectativas de la sociedad mexicana.

Si bien en algunos estados de la República se ha ido optando por esta idea de la reforma penal integral, en el ámbito federal aún no es clara la postura oficial sobre este particular. Ciertamente, en 1991 se dieron a conocer por la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal los Anteproyectos de Código Penal y de Código de Procedimientos Penales, elaborados por una comisión legislativa que, convencida de la idea de la reforma penal integral, estableció previamente los criterios político-criminales a los que debería sujetarse la futura legislación penal del país; mismos que en 1992 fueron retomados por la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, que reelaboró dichos anteproyectos con la intención de que pudieran más

adelante ser presentados como iniciativa. Sin embargo, por los cambios que con frecuencia se dan en ciertas dependencias del Poder Ejecutivo, este esfuerzo no ha cristalizado aún. Actualmente se encuentran en la Asamblea Legislativa del Distrito Federal un anteproyecto de nuevo Código Penal y uno de Código de Procedimientos Penales, que tienen la pretensión de substituir a los vigentes y superar actuales criterios político-criminales que han mostrado su infuncionalidad.

3.2. Correlación de los proyectos con los principios del proceso penal de un Estado de Derecho

Se ha afirmado por la doctrina procesal mexicana que el sistema procesal mexicano es un *sistema mixto*, que tiene tanto rasgos del "sistema acusatorio" como del "sistema inquisitivo", aunque prevaleciendo los del primero. También se ha afirmado que el sistema procesal que más se corresponde al sistema de justicia penal de un Estado democrático de Derecho lo es el sistema acusatorio; por lo que, en los mencionados anteproyectos de nuevos Códigos de Procedimientos Penales ha prevalecido la idea de garantizar de mejor manera los derechos de los individuos, sobre todo cuando éstos se ven enfrentados a los órganos del Estado.

a) Así vemos, por ejemplo, que el Anteproyecto de Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, elaborado de 1989 a 1991 por la Comisión Legislativa del Consejo Consultivo de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, observó una amplia correlación con los "principios del proceso penal de un Estado de Derecho", en atención a los lineamientos que establecen la propia Constitución política y los instrumentos internacionales suscritos por México. Lo propio se observa en el Anteproyecto de Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal que ha sido presentado en 1999.

En efecto, dichos Anteproyectos contienen un Título Preliminar denominado "Principios Fundamentales" o "garantías procesales", en el que se regulan como principios: el del "proceso previo", el de "legalidad", el del "juzgamiento único" (*non bis in idem*), el de "presunción de inocencia", el de "defensa", el de la "no auto-

incriminación", el de *in dubio pro reo*, entre otros. Además, se precisa que "el inculcado gozará de los derechos que le otorgan la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, los Tratados y Convenios Internacionales suscritos por México y las leyes penales...", y podrá ejercerlos desde el momento en que se inicie una averiguación previa en su contra o desde el momento en que se afecte o se restrinja su libertad hasta la terminación del procedimiento y la extinción de la pena o medida de seguridad". Se procura, asimismo, un mayor "equilibrio entre las partes" y se le confiere una mayor intervención a la "víctima del delito".

- b) Lo propio se observa en el Anteproyecto que se trabajó en 1992 en la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados, que adoptó el Anteproyecto señalado anteriormente y, además, desarrolló para ese fin un foro de consulta a nivel nacional con el rubro "Hacia una reforma penal integral", para el análisis de la legislación actual y recepción de propuestas para su transformación; habiéndose impuesto la idea de una legislación penal que responda a las exigencias del Estado democrático de Derecho.
- c) Por lo que hace a las *reformas parciales y circunstanciales* que en los últimos tiempos se le han introducido a la legislación procesal, en cambio, no puede afirmarse lo mismo. Con relación a ellas pueden observarse al menos dos tendencias opuestas, como se observa también por lo que hace a las reformas al Código Penal: por una parte, las reformas que obedecen a una tendencia democrática, que responden a exigencias propias de sistemas penales de Estados de Derecho y que se ajustan ampliamente a la ideología de la Constitución; por otra, las que se orientan más por criterios autoritarios, que son las que tratan de flexibilizar los requisitos para permitir una actuación casi sin límites del órgano persecutor y acusador y que echan por tierra muchos de los avances que se han logrado tanto en la legislación penal material como en la procesal. Esta última tendencia se acentúa cada vez más, sobre todo cuando se hace valer como pretexto la proliferación y el desarrollo de la llamada

"delincuencia organizada", frente a la cual se opta por un mayor "endurecimiento" de las medidas penales, que se observa en: *a)* un intenso proceso de criminalización de nuevas conductas; *b)* incremento constante e irracional de las penas, *c)* aumento de los casos de agravación de las penas; *d)* reducción de beneficios para cierto tipo de delitos; *e)* incremento constante del personal del sistema de justicia y seguridad pública (policías, ministerios públicos, jueces, etc.); *f)* mayores obstáculos a la libertad provisional bajo caución; *g)* creación de más centros de reclusión; etcétera.

3.3. Estructura del procedimiento común y órganos estatales encargados de llevarlo a cabo

En los Anteproyectos de Código de Procedimientos Penales señalados en el punto anterior, así como en las diversas reformas introducidas a los vigentes códigos de procedimientos penales (federal y locales), no se plantea cambio esencial alguno respecto de la estructura del procedimiento y de los órganos estatales que asumen cada una de las fases del procedimiento, aun cuando aisladamente se ha planteado, sobre todo en el plano teórico, la conveniencia de adoptar una diferente estructura, en la que la función del Ministerio Público no tenga los alcances que actualmente se le ha dado o en la que se le reconozcan mayores derechos a la víctima del delito. Puede, por ello, afirmarse que las cosas aún se mantienen como fue expuesto en el punto 2.2. de este trabajo.

3.4. Procedimientos especiales. Soluciones alternativas al sistema penal

Si bien dentro de la propia legislación vigente se prevén algunos "procedimientos especiales", como es el "procedimiento sumario" (que se diferencia del "ordinario"), el "procedimiento ante el jurado popular", el "procedimiento para menores infractores", el "procedimiento para el juicio de responsabilidades", o el "procedimiento relativo a los enfermos mentales y a los que tienen el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos", la regulación de algunos de ellos se hace más clara en los Anteproyectos an-

teriormente mencionados, haciéndose específica referencia al "procedimiento oral" (al que se pretende dar mayor importancia en el futuro), al "procedimiento abreviado", al "procedimiento para inimputables" y al "procedimiento en la justicia de paz", ya que otros se encuentran previstos en leyes especiales, como es el relativo a menores infractores y a la responsabilidad de funcionarios públicos.

Por lo que hace a las *soluciones alternativas al sistema penal*, vale también lo dicho en el punto 2.3, debiendo destacar que ya desde los Anteproyectos de Código Penal (de 1983, 1989/91 y 1992) se ha planteado la necesidad de observar el principio de "intervención mínima" o de *ultima ratio* del Derecho penal, para que un importante número de conductas, de las que se propone su descriminalización y despenalización, pase a ser atendido por otras áreas del Derecho. Eso ha sucedido en los últimos años con delitos como: injurias, golpes simples, ataque peligroso, vagancia y malvivencia, entre otros, que han salido del Código Penal.

3.5. Participación del ofendido en el procedimiento

Usualmente los hechos delictivos causan un daño que directamente resiente la persona física en su patrimonio, en su integridad corporal, en su honor, etc., y en forma indirecta la sociedad; de tal manera que la violación a la ley penal trae siempre una consecuencia.

Hasta ahora ha regido en la legislación procesal mexicana la concepción de que la persona ofendida por el delito "no es parte en el proceso penal" y sólo ha tenido la función de figurar como "coadyuvante del Ministerio Público", en cuanto que se le permite proporcionar al juzgador, por conducto de aquél o directamente, todos los elementos que tenga y que conduzcan a comprobar la procedencia y monto de la reparación del daño y perjuicio. Con la reforma de 1993 al art. 20 constitucional, en cambio, se estableció: "En todo proceso penal, la víctima o el ofendido por algún delito, tendrá derecho a recibir asesoría jurídica, a que se le satisfaga la reparación del daño cuando proceda, a coadyuvar con el Ministerio Público, a que se le preste atención médica de urgencia cuando la requiera y, los demás que señalen las leyes". Con lo que se abrieron las posibilidades para que tenga una función más amplia dentro del procedimiento penal.

A raíz de dicha reforma constitucional, también se reformaron los códigos de procedimientos penales; y así el art. 141 del Código Federal de Procedimientos Penales señala que: "En todo procedimiento penal, la víctima o el ofendido por algún delito tendrá derecho a:

- I. Recibir asesoría jurídica y ser informado, cuando lo solicite, del desarrollo de la averiguación previa o del proceso;
- II. Coadyuvar con el Ministerio Público;
- III. Estar presente en el desarrollo de todos los actos procesales en los que el inculcado tenga este derecho;
- IV. Recibir la asistencia médica de urgencia y psicológica cuando lo requiera, y
- V. Las demás que señalen las leyes".

En virtud de lo anterior, podrán proporcionar al Ministerio Público o al juzgador, directamente o por medio de aquél, todos los datos o elementos de prueba con que cuenten, que conduzcan a acreditar los elementos del tipo penal y a establecer la probable o plena responsabilidad del inculcado, según el caso, y la procedencia y monto de la reparación del daño.

En los anteproyectos de código de procedimientos penales se prevé, además, que el ofendido o su legítimo representante podrán también formular conclusiones, aunque para el sólo efecto de la reparación de los daños y perjuicios. Aún existe la idea de darle a la víctima u ofendido una mayor intervención en el proceso, e incluso se discute si puede reconocérsele la calidad de "parte" en el proceso, estando dicha discusión todavía sólo en el plano teórico.

3.6. Ejecución penal, con especial referencia a la pena privativa de la libertad: órganos estatales que la llevan a cabo y control judicial

La materialización de la ejecución de la sentencia en referencia a la pena privativa de libertad, como más arriba se indicó, debe de partir del fin específico de la pena, de su duración y de las características particulares del sentenciado, así como de la autoridad no judicial que lleva a cabo la ejecución y de la supervisión por parte del Ministerio Público, para estar a lo dispuesto por el art. 18 constitucional, que prevé la resocialización del delincuente como objetivo político-criminal a perseguir con la ejecución de la pena de prisión.

En virtud de que tal es la previsión constitucional, la ejecución de la pena privativa de la libertad, según las regulaciones planteadas últimamente, se rige por dicho criterio. Debe resaltarse, sin embargo, que la prevención especial del delito a través de la "readaptación social del delincuente" ha sido ya desde hace algunos años objeto de múltiples críticas, sobre todo por el estado actual de las prisiones en México, al punto de afirmar que se trata de una utopía y que debe tenderse a la búsqueda de otras alternativas político-criminales, que lleven a la propia reducción de la pena de prisión y de la prisión preventiva. Sin embargo, esta última tendencia también resulta todavía bastante utópica, sobre todo cuando se observa que, no obstante el fracaso de la prisión, cada vez se hace más uso de ella, habiéndola incrementado incluso a límites que se antojan irracionales.²⁴

3.7. Organización judicial y del Ministerio Público

La organización de la administración de justicia como la de procuración de justicia se encuentra delineada en la Ley Fundamental. En ella se habla de una doble jurisdicción, es decir, que funcionan dos tipos de tribunales: los de carácter "federal" y los de carácter "local".

Por lo que hace al Poder Judicial de la Federación, éste se estructura de:

- una Suprema Corte de Justicia de la Nación, integrada por 11 ministros y funciona en pleno o en salas;
- un Tribunal Federal Electoral;
- los Tribunales Unitarios de Circuito;
- los Tribunales Colegiados de Circuito;
- los Juzgados de Distrito, y
- un Consejo de la Judicatura Federal.

Con relación a los tribunales de carácter local, que funcionan en las entidades federativas así como en el Distrito Federal, ellos comprenden: tribunales superiores de justicia (como órganos de apelación) y jueces de primera instancia. Existen 31 tribunales superiores de justicia, en virtud de que existen 31 entidades federativas.

²⁴ Con las reformas al Código Penal federal que entraron en vigor en el presente año se llegó al límite de los 60 años de prisión.

Por lo que respecta a la *procuración de justicia*, ésta se halla en manos de la institución del Ministerio Público, el cual también se divide en federal y local, dependiendo ambos del Poder Ejecutivo. El Ministerio Público de la Federación está presidido por un procurador general de la República, quien es nombrado por el Presidente de la República con ratificación del Senado o de la Comisión Permanente. La Procuraduría General de la República se estructura, además, de Subprocuradurías, Contraloría Interna, Oficialía Mayor y diversas direcciones generales. Por lo que hace a la competencia del fuero común o local, existen igualmente 31 procuradurías generales de justicia, con sus respectivas estructuras orgánicas y funcionales.

Como se ha dicho con anterioridad, a la institución del Ministerio Público corresponde, entre otras, la función de investigar y perseguir los delitos y ser la parte acusadora en el proceso penal. Se auxilia para ello de la policía judicial y de los servicios periciales.

4. Observaciones jurídico-empíricas

Es conveniente aclarar que no es posible dimensionar en términos de un diagnóstico objetivo la crisis en la impartición de justicia, en virtud de carecer de estudios empíricos actuales y concretos en esta materia.

Para los efectos de la presente exposición partimos de la hipótesis, ya bastante generalizada en los medios académicos y en la opinión pública, de que actualmente vivimos en México una *crisis* en el sistema de justicia, que se manifiesta tanto en la jurisdicción federal como en la de las entidades federativas. Pero este problema es, sin duda, una expresión de la crisis general que se presenta en todos los ámbitos por el fenómeno de la *globalización*, al extremo que la revista alemana *Der Spiegel*, al referirse a los Tribunales Alemanes, denominó a un amplio reportaje sobre el funcionamiento de los mismos "Al borde del infarto".²⁵

Si en los países denominados avanzados, por la fortaleza de sus economías y su evolución social se reconoce el fenómeno de la crisis de la justicia, también en el caso de Améri-

²⁵ Véase Revista *Der Spiegel*: "Am Rande des Infarkts" ("Al borde del infarto"), 20 de febrero de 1993, pp. 72-87.

ca latina para los países llamados "en desarrollo" aunque por otros motivos. Véase, por ejemplo, Pérez Perdomo (1985), Correa Sutil (1993) y sobre la justicia en Brasil (1992).

Elemento para la demostración de la actual crisis de justicia en México, es que éste fue uno de los puntos del debate público en los Estados Unidos para la ratificación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLC), y no es difícil ver que la entrada en vigor de este acuerdo conlleva nuevos desafíos para el aparato judicial mexicano.

En estos casos los rasgos de la problemática de la justicia se identifica con la lentitud e ineficiencia, escasez de recursos materiales y humanos, injusticias flagrantes, falta de legitimidad y confianza, entre otros aspectos, lo que proyecta un escenario de crisis persistente y difundida.

Otro fenómeno de atención es que ha habido un proceso social de mayor generación de conflictos derivados de los problemas económicos y sociales que fuerzan la capacidad instalada de las estructuras impartidoras de justicia y cuestionan los actuales procedimientos de aplicación de la ley penal al caso concreto.

El sistema de justicia penal encuentra sustento en lo establecido por el art. 40 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, que define al Estado mexicano como un Estado Democrático de Derecho, que se autolimita por el reconocimiento de garantías fundamentales de sus ciudadanos.

El sistema de justicia penal está, a su vez, compuesto por diversos *subsistemas*, entre ellos: el de prevención del delito, de procuración de justicia, de administración de justicia, de ejecución penal y el de justicia para menores, cada uno de estos subsistemas presenta una problemática específica que en su unidad configuran la crisis de la totalidad del sistema.

Sin pretender asegurar de manera contundente en términos comparativos cuál es el menos impactado por dicha crisis, creemos que el Poder Judicial por su tradición y dignidad de su función es el menos cuestionado entre las otras partes del sistema de justicia, pero también el que perfila una problemática que merece la ocupación de estudios de diagnóstico que aborden los problemas orgánicos (estructurales) y funcionales.

Moisés Moreno nos indica al respecto: "Por supuesto, no han faltado las críticas en torno al sistema de justicia penal

mexicano; nosotros mismos hemos hecho algunas que inciden directamente en la función jurisdiccional. Así, se ha dicho que la justicia penal en México está en crisis, y que entre las razones de la crisis se encuentran:

- La falta de un Poder Judicial realmente autónomo e imparcial.
- Deficiencia tanto cuantitativa como cualitativa del personal judicial (jueces y magistrados).
- Corrupción administrativa en la función judicial.
- Pérdida de dignidad del Poder Judicial.
- Renuncia de facultades o actitud pasiva ante la pérdida de funciones.
- Que, en lugar de ser auténtico garante de los derechos humanos, ha propiciado que se vulneren tales derechos al justificar actos de otras autoridades que los lesionan, etc. Es decir, hay una amplia abisma entre el plano real y el formal, hasta este momento.

Lo anterior, independiente de las críticas a otros sectores del sistema penal y, particularmente, al procedimiento penal.²⁶

4.1. Breve desarrollo empírico-jurídico

4.1.1. EL ENCARCELAMIENTO PREVENTIVO

La prisión preventiva es una medida preventiva que tiene por finalidad garantizar que el indiciado o procesado no evada la acción de la justicia. Hasta ahora, los juristas la han considerado como un mal necesario, y se discute sobre la posibilidad de mantener encarcelado a un inocente o a un individuo que será en definitiva condenado a una pena corporal, o a una pena no corporal inferior al tiempo que cumplió en prisión preventiva.

"Una sociedad en que imperen una procuración y una administración de justicia eficientes y respetuosas del derecho; en la que exista una seguridad pública basada en los derechos humanos y en el profesionalismo para la prevención y persecución del delito; una sociedad, en síntesis, evo-

lucionada en los aspectos morales, culturales y jurídicos, debe ser una sociedad en que se tienda a la eliminación de la prisión preventiva, pues esta última no es más que la aplicación inversa del principio de que a toda persona se la presume inocente mientras no se pruebe lo contrario. Al aplicar la prisión preventiva, en los hechos se está considerando culpable a un individuo mientras no se demuestre lo contrario."²⁷

León Álvarez señala que la cárcel en la actualidad es duramente criticada, y no sólo porque rebasa en mucho sus propios fines, sino por su engendro, la prisión preventiva, que en poco tiempo ha llegado a ser en nuestro país y en el extranjero la principal forma de la privación de libertad de una persona: existe una proporción de cuatro a uno entre los presos procesados y los que ya cumplen una pena, esto es que la prisión ya no es primordialmente una pena sino una medida de seguridad, un instrumento de prevención social consistente en la privación real de una serie de derechos (la libertad misma) sin previo juzgamiento, sin condena...²⁸

En México este tema constituye un cuestionamiento importante a la disposición de la libertad personal durante el procedimiento penal, toda vez que de acuerdo a los registros de la población penitenciaria existe un número de procesados que no tienen condena aun cuando han transcurrido los plazos constitucionales para ser sentenciados. Este problema merece estudios a fondo, que determinen su magnitud y la presentación de alternativas legales que permitan que los procedimientos penales sean más ágiles y las personas no evadan la acción de la justicia, pero conserven la integridad de su libertad personal hasta en tanto no se resuelva su responsabilidad penal.

En el Distrito Federal es indudable que hay cientos de personas sujetas a prisión preventiva en circunstancias en que ésta no procede, bien porque se trata de casos en que la ley prevé penas alternativas o substitutivas de prisión o por-

²⁷ SARRE, Miguel: *Improcedencia de la prisión preventiva para las personas procesadas cuya penalidad admite un sustituto de prisión*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Cuadernos para la Reforma de Justicia, UNAM, 1995.

²⁸ LEÓN ÁLVAREZ, Enrique Rafael: "Reseña sobre la reforma penal de 1991", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. XLII, n.º. 183-184, mayo-agosto 1992, p. 281.

²⁶ MORENO HERNÁNDEZ, Moisés: "La posición del juez en México. La justicia en el ámbito federal", en *La justicia como garante de los derechos humanos: La independencia del juez*, Unión Europea - ILANUD, San José, Costa Rica, 1996, p. 381.

que no se cumplen con los requisitos que legal y constitucionalmente se establecen. Una gran cantidad de personas está físicamente detenida por no haber podido pagar la fianza requerida para obtener la libertad caucional. Otros de los procesados sujetos a prisión preventiva han logrado recuperar la libertad bajo caución, realizando sacrificios económicos que suelen ser desproporcionados a sus ingresos. "Dado el tiempo que se tiene para elaborar este reporte, no fue posible acompañar datos estadísticos sobre cada una de estas cuestiones, pero puede consultarse la obra publicada por ILANUD, *El preso sin condena en América latina*, que aporta datos interesantes sobre México."²⁹

Al respecto, el art. 18 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos dispone que: "Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva", y que, por su parte, el párrafo segundo del art. 16 constitucional señala que no puede dictarse orden de aprehensión, a no ser por un "hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad".

Será pena corporal aquella necesariamente privativa de la libertad, en contraposición a las penas alternativas. En los delitos cuya punibilidad contempla penas alternativas, no puede considerarse *a priori* que se trate de un delito que merezca pena corporal. Por lo mismo, Miguel Sarre opina que no deberá proceder la prisión preventiva en estos casos. "Lo anterior —dice— se ve corroborado por la tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que señala: si la norma tipificadora en consulta, señala la pena privativa de libertad, o la multa, o ambas, a juicio del juez, precisamente en ello radica la naturaleza alternativa dual, y la prisión preventiva entraña un procedimiento que prejuzga sobre la pena. Ésta debe sobrevenir como efecto del fallo definitivo, y la reclusión anterior, computable conforme al tercer párrafo de la fracción X del art. 20 constitucional, sólo es dable en térmi-

²⁹ CARRANZA, Elías, y ZAFFARONI, E. Raúl: *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*, ILANUD, San José, Costa Rica, 1983. Véase, también, MORENO HERNÁNDEZ, Moisés: "Repercusiones de la reforma a la legislación penal en el sistema penitenciario", en *Orientación actual de la legislación penitenciaria* (Memoria), V Reunión Nacional de Directores Generales de Prevención y Readaptación Social, Hermosillo, Sonora, 21-23 de mayo de 1998; SG y Gobierno del Estado de Sonora, México, 1998, pp. 89 y ss., 105 y ss.

nos del diverso 18 si la pena es corporal; mas ante la incertidumbre que provoca la norma en que se libra a favor de la potestad judicial la elección, el auto de formal prisión... contraría la voluntad del expresado art. 18 constitucional."³⁰

Uno de los aspectos de discusión respecto a la prisión preventiva y la procedencia de las penas alternativas a la de prisión, es abordado por el citado autor, quien afirma: "Es indiscutible que las normas jurídicas deben interpretarse y aplicarse en forma lógica, de modo que resulten racionales y coherentes, y no de manera que conduzcan al absurdo y que sean incongruentes con la concepción global que llevó al legislador a establecer tales sustitutivos, como sería el hecho de que el acusado estuviera sujeto a prisión preventiva en circunstancias en que una de las penas que puede aplicársele no sea privativa de la libertad. Resulta absurdo que a una persona que ha estado detenida durante, por ejemplo, un año, se le diga al recibir su sentencia que gracias a las innovaciones legislativas, la pena de prisión le será sustituida por tratamiento en libertad. Todo lo que se pudiera haber ganado con el sustitutivo, se pierde con la prisión preventiva sufrida. Se olvida que lo sustitutos de prisión se introdujeron para evitar las penas breves privativas de la libertad y que la prisión preventiva quitaría toda la razón de ser a los sustitutos de prisión".³¹

Parece indiscutible, por lo tanto, que toda sanción corporal, es decir privativa de la libertad, que admita alternativa, obliga al juzgador a no privar de la libertad al acusado. Por lo mismo, no se puede hablar en estos casos de libertad bajo caución, puesto que al no existir la prisión preventiva, no será necesario solicitar la libertad caucional. El *mal necesario* de la prisión preventiva se convierte en un mal completamente innecesario e injusto cuando ella se aplica en forma infundada y masiva, como sucede en nuestro país.

De todo lo anterior se puede concluir, de acuerdo con nuestra legislación procesal y con el autor antes mencionado, que:

- a) La prisión preventiva no procede cuando la punibilidad del delito que se persigue, admite una pena alternativa o sustitutiva de prisión.

³⁰ SARRE, Miguel: op. cit., loc. cit.

³¹ *Ibidem*.

- b) La prisión preventiva —con derecho a la libertad provisional bajo caución— procede cuando el delito que se trata merece exclusivamente una pena corporal y no está considerado entre los graves, de acuerdo con el art. 194 último párrafo del C.F.P.P.
- c) La prisión preventiva —sin derecho a la libertad provisional bajo caución— sólo procede cuando el delito que se le imputa al acusado es considerado grave en los términos del precepto citado en el inciso que antecede.

Lo anterior hace prácticamente inoperante el art. 133 bis del C.P.P.D.F., que establece la procedencia de la libertad provisional sin caución cuando el término medio aritmético de la pena de prisión no excede de 3 años.

Sobre el particular, el art. 135, párrafo segundo, del Código Federal de Procedimientos Penales (C.F.P.P.) dispone que "Cuando el delito merezca pena alternativa o no privativa de libertad, se dispondrá la libertad sin necesidad de caución...". A su vez, el art. 271 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (C.P.P.D.F.), establece la facultad del Ministerio Público para disponer la libertad del inculcado en algunos casos. En su párrafo tercero, parte final, dicho artículo expresa que: "Igual acuerdo se adoptará, sin necesidad de caución y sin perjuicio de pedir el arraigo correspondiente, cuando el delito merezca pena alternativa o no privativa de la libertad".

Sergio García Ramírez expresa respecto a este tema: "Nuestro C.P.F. emplea, con la mayor frecuencia, sólo la pena de prisión, o bien las penas de prisión y multa en forma conjunta, no alternativa o disyuntiva. Sólo en pocos casos, relativamente, acoge la posibilidad de que sean alternativas: prisión o multa. Esto tiene directa influencia sobre la aplicación de medidas cautelares privativas de libertad. En efecto, no puede dictarse orden de aprehensión o detención a no ser por un 'hecho determinado que la ley castigue con pena corporal', (ahora dice: 'que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad'), sostiene el art. 16 constitucional, y sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva dice el art. 18 constitucional. Una interpretación de ambos preceptos, favorable al reo, también excluye la detención y prisión preventiva en los casos en que la ley señala pena alternativa de la corporal

y otra que no lo sea: tal ocurre, precisamente, en la disyuntiva entre prisión y multa".³²

Otro argumento en contra de los razonamientos invocados para reducir la prisión preventiva —ya que no podemos eliminarla del todo—, se hace consistir en que durante el proceso no puede determinarse cuál será la pena exacta que eventualmente se imponga al acusado y, por lo tanto, se ignora si ésta estará dentro del límite máximo de cinco años establecido para tener derecho a un sustitutivo de prisión. Este problema se puede resolver aplicando en la especie el criterio sustentado por nuestro máximo tribunal en un caso enteramente análogo, cuando la fracción I del art. 20 constitucional establecía que el acusado sería puesto en libertad bajo fianza siempre que el delito no mereciere ser castigado con una pena mayor de cinco años de prisión.

De acuerdo con este texto original de dicho precepto, se estableció la siguiente jurisprudencia:

Libertad caucional. Para conceder o negar la libertad caucional, elevada al rango de garantía individual, debe tomarse en su término medio la penalidad señalada en la ley.

Quinta época, t. XXXI, Suárez José, p. 1420; t. XXXVII, Castelán Meza Mario, 958; t. XLI, Madrigal Antonio, 909; t. XLII, Campos J. Santos, 2121; t. XLVII, Pérez Indalecio, 4991.

A pesar de que está claramente establecido en la Constitución política y en los códigos de procedimientos penales de la mayoría de las entidades federativas, que la prisión preventiva no procede en caso de penas alternativas y que, en lo relativo a las penas sustitutivas de prisión, ha quedado demostrado que tampoco cabe dicha medida cautelar por todas las razones expuestas arriba, sucede que la práctica jurídica se aparta del derecho y de la correcta interpretación de las normas jurídicas.

4.1.1.1. Encarcelamiento preventivo obligatorio

Como ya dijimos, el art. 18 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos dispone que: "Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva".

³² GARCÍA RAMÍREZ, Sergio: *Proceso penal y derechos humanos*, Porrúa, México, 1992, p. 255.

4.1.1.2. Duración promedio

La Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos fija en su art. 20 fracción VIII, dos plazos para la duración del proceso penal. El criterio se basa en la gravedad de la sanción prevista por el delito imputado. Si aquélla es igual o menor a dos años de prisión, el texto constitucional señala un límite de cuatro meses. Si excede de dos años la pena privativa de la libertad, el límite es de un año, salvo que el inculcado solicite un plazo mayor para su defensa.

En la parte dogmática de la Constitución se establece que los plazos señalados constituyen una garantía del acusado en todo juicio del orden criminal; la expresión utilizada como contenido de la garantía es la de ser juzgado dentro de dichos plazos.

El plazo máximo para dictar el auto de formal prisión también está regulado en la Constitución: "Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de 72 horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión."; tal es el comienzo del texto del art. 19 de la Constitución, según la reforma que sufrió en 1999.

También el art. 20, fracción III, de la Constitución establece un plazo máximo de 48 horas para informar al imputado del delito por el que se lo acusa y demás datos para su defensa; en el mismo acto tiene derecho a rendir su primera declaración ante el juzgador.

El art. 19 señala, además, que: "La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentra internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del auto de formal prisión o de la solicitud de prórroga, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad".

La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia ha resuelto que el efecto del amparo concedido por la violación del art. 20 fracción VIII constitucional es el de obligar a la autoridad responsable a que falle de inmediato el proceso, absolviendo o condenando al inculcado; expresamente se niega que su efecto sea poner en libertad al reo (*Jurisprudencia*, 1551).

Sin embargo, si aún quedan pendientes actividades necesarias para cumplir con las formalidades del procedimiento establecidas en la ley, es preciso llevarlas a cabo antes de condenar o absolver al inculcado (*Jurisprudencia*, 1558). Para los efectos de señalar quiénes quedan amparados en los términos del artículo citado, la Suprema Corte ha considerado necesarias las siguientes condiciones: acusación contra persona determinada, sujeción a proceso y restricción de la libertad (*Jurisprudencia*, 1552). La sentencia dictada más allá de los plazos señalados por la Constitución, produce un agravio consumado de modo irreparable (*Jurisprudencias*, 1556 y 1560) y corresponde sobreseer en el amparo (*Jurisprudencia*, 1568).

También ha considerado la Suprema Corte que los plazos constitucionales para concluir el proceso "...son obligatorios para el juez que lo instruya, no así para los tribunales de apelación, los cuales, en todo caso, incurrirán en transgresión a preceptos del Código de Procedimientos Penales, al tramitar y decidir los recursos fuera de los plazos en que estén obligados a hacerlo, pero no en violaciones de garantías en este respecto" (*Jurisprudencia*, 1561).

Es evidente que la interpretación jurisprudencial respecto al alcance y las consecuencias del incumplimiento de los plazos fijados en el art. 20, fracción VIII, es muy moderada. Según la jurisprudencia, la garantía se refiere únicamente a individuos privados de su libertad, con lo cual el plazo de cuatro meses para procesos por delitos con dos años o menos de prisión, sólo incluirá casos aislados debido al sistema de libertad provisional en vigor, basado en normas de carácter constitucional.

Por otra parte, la expresión "será juzgado" empleada en el art. 20, fracción VIII, constitucional, ha sido interpretada como "será sentenciado" en primera instancia y no como plazo para la conclusión de todo el proceso.

La falta de cumplimiento de los plazos no tiene efecto preclusivo (se refiere a la sanción procesal, que consiste en impedir la realización del acto omitido una vez vencido el plazo o el término legal o judicialmente impuesto), ni da lugar a la libertad del procesado. Por consiguiente, el juzgador debe cerrar la instrucción si aún está abierta y, previa formulación de conclusiones de las partes, dictar sentencia condenando o absolviendo. Cabe señalar que la jurisprudencia en comentario se pronuncia en cuestiones planteadas en deman-

das de amparo interpuestas por el acusado. En ellas se deja a salvo la responsabilidad en que haya incurrido el juzgador al incumplir los plazos (*Jurisprudencia*, 1556). De esta suerte, para la Suprema Corte, existe obligación para el órgano jurisdiccional de resolver el proceso en primera instancia antes de un año, pero la sanción por el incumplimiento no puede resolverse por medio del amparo. La función de este juicio se reduce a ordenar al juez que resuelva.

Es muy distinta la situación prevista por la violación del plazo del art. 19 constitucional. La consecuencia inmediata prevista en el art. 107, fracción XVIII, constitucional, es la libertad del procesado sin necesidad siquiera del juicio de amparo.

Que ambos plazos sean de cumplimiento obligatorio, debido a que existen sanciones previstas para el juzgador que los incumple, no implica que otro tipo de consecuencias sean similares. Así, en un caso procede la libertad y en otros no. Si se atiende al fundamento constitucional de ambas soluciones, es evidente que en un caso existe y en el otro no, la regulación de las consecuencias procesales del incumplimiento.

Desde un punto de vista político cabe preguntarse si es acertada la solución del constituyente, según ha sido interpretada por la jurisprudencia. Dentro de un plazo de 72 horas, el juzgador debe resolver si el indiciado puesto a disposición por el M.P., debe continuar privado de su libertad. En caso de resolver positivamente, tal determinación exige que la privación de la libertad se justifique mediante un auto de formal prisión (AFP). El indiciado, en tal caso, pasa a ser procesado y dicho estado implica que el juzgador considera comprobados los elementos del tipo penal (cuerpo del delito) y la probable responsabilidad del acusado. La presunción de responsabilidad no impide que el imputado conserve su estado de inocencia.

En otras palabras, lo que permite mantener privado de su libertad a un hombre aún no declarado culpable, es la sospecha que recae sobre él, en virtud de una acusación pública considerada suficientemente seria por el juzgador; se trata, por tanto, de una privación cautelar de la libertad. Si en el plazo establecido no se logra reunir los elementos para dictar el AFP, el indiciado debe quedar en libertad.

Transcurrido un año sin haber resuelto si el sospechoso es culpable o inocente y está privado aún de su libertad en forma cautelar, no podrá recuperarla a menos que el juzga-

dor lo absuelva. Bastaría haber interpretado que la Constitución establece una duración máxima de un año de prisión preventiva, para que la consecuencia fuera diametralmente distinta. Si no es así, ¿por qué se exige el cumplimiento del plazo en un año para los procesados privados de su libertad?

La jurisprudencia de la Suprema Corte considera que dichos plazos se refieren a la duración de los procesos, pero los limita sólo a los individuos privados de su libertad. La razón por la cual se omite sacar la conclusión necesaria de la premisa elegida, es que tendría que ordenar la libertad del procesado, en forma análoga a lo previsto por el art. 19 constitucional.

Si el punto de partida fuera interpretar los plazos del art. 20, fracción VIII, constitucional, como límites a la duración del proceso, no habría razón para considerar que sólo se refieren a la culminación de la primera instancia. La restricción impuesta por la interpretación jurisprudencial no se apoya ni en la literalidad del texto constitucional, ni en la regulación legal de los plazos que no suman entre la primera y la segunda instancia, e incluso el amparo contra esta última, un total de 365 días.

Como toda tarea de interpretación jurídica, la realizada por la Corte implica la elección de opciones para la toma de decisiones, que en este caso constituyen resoluciones dotadas de autoridad jurídica. Es válido preguntar por las premisas utilizadas en la tarea interpretativa. Sin embargo, aquéllas no fueron explicadas en los fallos comentados con anterioridad. Si la Corte consideró que los plazos del art. 20 fracción VIII, constitucional, no se refieren a la totalidad del proceso, sino solamente a la primera instancia, y si no considera que constituyen un límite a la duración de la prisión preventiva, aunque limita su alcance a los procesos con detenido, ¿qué interés en juego protege con la concesión del amparo? La Corte al ordenar al juzgador concluir el proceso, cerrando de inmediato la instrucción y previa formulación de las conclusiones, prohíbe la admisión de nuevas pruebas e individualiza la obligación impuesta genéricamente a los jueces penales. Con ello no sanciona el incumplimiento, sino que ordena realizar la conducta omitida. Se trata en definitiva, del efecto mínimo de un recurso de queja por retardo de justicia, también conocido como *recurso de pronto despacho*. Un desgaste jurisdiccional enor-

me, para una respuesta que aun el reglamento interno del Poder Judicial puede atender.

El constituyente ha regulado de manera desigual el incumplimiento de los plazos de los arts. 19 y 20, fracción VII constitucionales. La Corte, por su parte, ha llevado las posibilidades del art. 20, fracción VIII, a soluciones cautelosas que no ha explotado, por así decirlo, las opciones más radicales sino las leves del texto constitucional.

4.1.2. DURACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

El Código de Procedimientos Penales establece un límite global para la duración del proceso. Los plazos regulados por el mismo se fijan en relación a las actividades específicas. Así, por ejemplo, durante la instrucción se establecen plazos de 15 y 30 días para el ofrecimiento y producción de pruebas, respectivamente. Para la instrucción se fija un plazo suplementario de 10 días más.

La apelación contra autos debe hacerse dentro de los tres días posteriores a su notificación y la apelación contra sentencias dentro de cinco.

En caso de incumplimiento de los plazos legales, la ley procesal establece una amonestación para el juzgador, que procede de oficio cuando la causa está radica ante tribunal de alzada. También se faculta al juzgador de primera o segunda instancia para llamar la atención a las partes que incurren en demoras injustificadas. No existe en el C.P.P. la institución de la preclusión, aunque establece la improrrogabilidad de los plazos. La declaración legal acerca de la improrrogabilidad se torna inoperante sin aquella consecuencia prevista legalmente. Por otra parte, al diseñar el procedimiento de manera predominante escrita, la actividad probatoria se diluye en la instrucción y no abre las puertas a una actividad probatoria concentrada, en la etapa plenaria.

En el C.P. se prevén delitos cometidos en la administración de justicia, entre los que se tipifican la demora o incumplimiento de los plazos procesales en forma dolosa o culposa (negligente). Por su parte, la L.O.P.J. establece el recurso de queja, entre cuyos motivos de procedencia figura la violación de los plazos procesales legalmente establecidos.

Ninguna de las leyes citadas prevé mecanismos que generen consecuencias dentro del propio proceso cuando ha sido violado un plazo.

El incumplimiento de ciertas actividades como, v. gr., la no presentación de las conclusiones de la defensa dentro de cinco días, da lugar a que se tengan por presentadas las de inculpabilidad, lo que en rigor constituye una declaración de rebeldía con presunción de rechazo de la acusación.

4.1.3. PROCEDIMIENTOS ABREVIADOS, EXISTENCIA, CUÁNDO ES POSIBLE Y DURACIÓN, PROCEDIMIENTO SUMARIO Y SUMARÍSIMO

Sobre este punto, el art. 152 del C.F.P.P. establece: "El proceso se tramitará en forma sumaria en los siguientes casos:

- a) En los casos de delitos cuya pena no exceda de dos años de prisión, sea o no alternativa, o la aplicable no sea privativa de libertad, al dictar el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, de oficio resolverá la apertura del procedimiento sumario, en el cual se procurará cerrar la instrucción dentro de 15 días. Una vez que el tribunal la declare cerrada, citará a la audiencia a que se refiere el art. 307;
- b) Cuando la pena exceda de 2 años de prisión sea o no alternativa, al dictar el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, el juez de oficio resolverá la apertura del procedimiento sumario en el cual se procurará cerrar la instrucción dentro del plazo de 30 días, cuando se esté en cualquiera de los siguientes casos:
 - I. Que se trate de delito flagrante;
 - II. Que exista confesión rendida precisamente ante la autoridad judicial o ratificación ante ésta de la rendida ante el Ministerio Público; o
 - III. Que no exceda de cinco años el término medio aritmético de la pena de prisión aplicable o que excediendo sea alternativa.

Una vez que el juzgador acuerde cerrar la instrucción, citará para la audiencia a que se refiere el art. 307, la que deberá celebrarse dentro de los 10 días siguientes;

- c) En cualquier caso en que se haya dictado auto de formal prisión o de sujeción a proceso y las partes ma-

nifíen al notificarse de ese auto o dentro de los 3 días siguientes a la notificación, que se conforman con él y que no tienen más pruebas que ofrecer salvo las conducentes sólo a la individualización de la pena o medida de seguridad y el juez no estime necesario practicar otras diligencias, citará a la audiencia a que se refiere el art. 307.

El inculgado podrá optar por el procedimiento ordinario dentro de los 3 días siguientes al que se le notifique la instauración del juicio sumario".

El art. 307 del C.F.P.P., por su parte, establece: "Cuando se esté en los casos a que se refieren los apartados a), b) y c) del art. 152, la audiencia principiará presentando el Ministerio Público sus conclusiones y contestándolas a continuación la defensa. Si aquéllas fueren acusatorias, se seguirá el procedimiento señalado en el artículo anterior, dictándose la sentencia en la misma audiencia o dentro de los 5 días siguientes a ésta. Si las conclusiones fueren de las contempladas en el art. 294, se suspenderá la audiencia y se estará en lo previsto en el art. 295".

4.1.4. ORGANIZACIÓN JUDICIAL, NÚMERO DE JUECES PENALES Y FISCALES OPERATIVOS EN MATERIA PENAL CADA 100.000 HABITANTES

El Consejo de la Judicatura Federal, el órgano encargado de la administración, vigilancia, disciplina y carrera judicial del Poder Judicial de la Federación, con excepción de la Suprema Corte de Justicia del país, a partir de las iniciativas de reformas constitucionales promovidas por el Presidente constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, Dr. Ernesto Zedillo Ponce de León, durante los primeros días de su mandato.

Con las modificaciones realizadas en enero de 1995 a la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación de 1988 y finalmente, con la expedición de una nueva Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, que entró en vigor el 27 de mayo de 1995, el Consejo de la Judicatura Federal cobró vida a través del nuevo régimen jurídico y fue instalado el 2 de febrero de 1995.

El Consejo de la Judicatura Federal determinará el número, división en circuitos, competencia territorial y, en su

caso, especialización por materia, de los tribunales colegiados y unitarios de circuito y de los Juzgados de Distrito.

El art. 94 constitucional establece sobre el particular: Son atribuciones del Consejo de la Judicatura Federal "Determinar el número y, en su caso, especialización por materia de los tribunales colegiados y unitarios en cada uno de los circuitos a que se refiere la fracción anterior...".

Por su parte, el art. 81, fracción V, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, señala: son atribuciones del Consejo de la Judicatura Federal "Determinar el número, límites territoriales y, en su caso, especialización por materia, de los juzgados de distrito en cada uno de los circuitos...".

El art. 81, fracción VI, L.O.P.J.F., establece el total de organismos del Poder Judicial de la Federación:

Total de tribunales colegiados de circuito: 91
29 Tribunales colegiados en el Distrito Federal
62 Tribunales colegiados foráneos

Total de tribunales unitarios de circuito: 49
4 Tribunales unitarios en el Distrito Federal
45 Tribunales unitarios foráneos

Total de juzgados de distrito: 185
34 Juzgados de distrito en el Distrito Federal
151 Juzgados de distrito foráneos

Valoración acerca de la eficiencia del sistema y su nivel de burocratización (delegación de funciones, comunicaciones y auxilio judicial, etcétera).

El tema de eficiencia del sistema tiene que ver con la reducción de costos de administración, mejor aprovechamiento de los recursos disponibles y mayor productividad del servicio, lo que tiene que reflejarse en los resultados cuantitativos de las resoluciones de los casos en un menor tiempo y con una mayor aproximación a la verdad histórica de los hechos.

Para García Pelayo en la época tecnológica surge un nuevo tipo de legitimidad que podría formularse así: *es legítimo lo que es eficaz, y es eficaz lo que promueve y asegura el desarrollo técnico y económico en unas condiciones ambientales y en una coyuntura dada, ya que ello es, en última instancia, condición para la vigencia de cualesquiera otros valores.* No cabe duda de que el buen funcionamiento de la justicia o al menos su buena imagen pública es, por su parte, un compo-

nente muy importante de tal legitimidad, lo que queda demostrado, positivamente, cuando la justicia interviene al fallar otras instituciones públicas, como el Ejecutivo o los partidos políticos.

4.2. Problemas y deficiencias del procedimiento vigente

Uno de los problemas principales del procedimiento actual, es el relativo al rezago en el número de casos por resolver y el de incumplimiento de los plazos constitucionales, en virtud de la falta de una administración eficiente a nivel de juzgados y a la falta de equipo tecnológico adecuado para el desarrollo de las actuaciones.

Es necesaria la realización de estudios empíricos a nivel de reingeniería de procesos que establezcan nuevas prioridades y fórmulas procesales en razón del perfil específico de la criminalidad en nuestro país en los tiempos actuales.

El hecho de introducir los sustitutivos de prisión como alternativa a las penas corporales, ha sido uno de los presupuestos de la modernización de nuestro sistema de justicia penal. Con ellos se pretende lograr disminuir en gran medida las penas privativas de la libertad y, en congruencia, debe reducirse la prisión preventiva, para irnos acercando, aunque sea un poco, a esa sociedad civilizada y evolucionada que hemos descrito y a la que todos aspiramos.

Los sustitutivos de prisión, al no dar lugar a la prisión preventiva, permiten al inculcado hacer efectivo el derecho a la jurisdicción que es esencial en una buena administración de justicia; acceder sin demora a la instancia jurisdiccional, y hacerlo, como regla, en plena libertad sin previo juzgamiento, sin condena misma. Sin embargo, aún estamos bastante distantes de esos ideales, pues en las instancias oficiales predomina la preferencia porque toda persona permanezca privada de su libertad, aun cuando no se tenga la seguridad de su culpabilidad.

PARAGUAY

POR ALFREDO ENRIQUE KRONAWETTER

1. Bases político-jurídicas del procedimiento penal

El Código de Procedimientos Penales fue promulgado en el año 1890 y por su ubicación histórica, responde a los principios elementales del típico proceso penal de corte inquisitivo, escrito, con amplias facultades otorgadas al juez como encargado o director de la investigación penal. La base política de dicho ordenamiento es la Constitución de 1870 de corte liberal y en la que se sostenían principios limitadores a las restricciones de la libertad y un cartabón de garantías procesales tales como: la prohibición del doble proceso, la irretroactividad de las leyes penales, la presunción de inocencia y el juicio por jurados; pero, asimismo, se adscribía a principios inquisitoriales puros concomitantes con el Código ritual, tales como: el secreto del sumario y la falta de prohibición expresa de la coacción para obligar al imputado a declarar contra sí mismo.

Desde esa fecha hasta principios de la década de los 90, el Código de Procedimientos Penales nunca mereció la atención de operadores del sistema acerca de una necesaria adecuación a los principios procesales penales acusatorios y sustentados en bases republicanas de gobierno, tan sólo fueron agregándose algunas modificaciones parciales que fueron profundizando sus rasgos inquisitoriales y apenas posibilitaron un control discriminado por parte de la defensa técnica del imputado de las actuaciones del sumario penal.

Con posterioridad a la promulgación de dicho instrumento, se sucedieron tres cuerpos constitucionales con claras

diferencias en cuanto al señalamiento de las bases elementales del proceso penal. La vigencia de totalitarismos en gran parte de los países latinoamericanos motivó la promulgación a través de un decreto administrativo de una carta política en el año 1940 que, por sus rasgos autoritarios, abandonaba principios político-procesales liberales de la Constitución de 1870; sin embargo, en el nuevo orden jurídico-político se reconocía la organización del Ministerio Público como órgano encargado de ejercer la acción penal pública, al mismo tiempo que se suprimía la obligatoriedad de los juicios por jurados, aspecto que fuera usufructuado por los administradores del poder para eliminarla formalmente en el año 1941, a pesar que en los hechos su ejecución generaba muchas sospechas acerca de su imparcialidad. En consecuencia, los rasgos inquisitivos adquirirían plenitud en las dos etapas procesales con sobrecarga de las formalidades propias de la escritura y un desdibujamiento de los demás principios de factura constitucional. Con la entrada en vigencia de una nueva Constitución en el año 1967, se repetían en el ámbito de los principios político-jurídicos del proceso penal las principales garantías imbricadas en la Constitución de 1870, se suprimía el secreto del sumario, no obstante que por una ley especial dictada en el año 1922 se reglamentaba el secreto con una participación restringida del imputado y su defensor en las pesquisas sumariales.

La vigencia de gobiernos autoritarios en forma ininterrumpida desde el año 1936 impedía una práctica fundada en la construcción de una jurisprudencia receptiva de los alcances de esos principios procesales reconocidos formalmente en las constituciones y provocó, adversamente, una praxis judicial renuente al reconocimiento de los derechos del imputado, al extremo de conferir a la declaración indagatoria como una forma de lograr la confesión y considerar a las actuaciones policiales preventivas como medios de prueba que merecían la principal atención del juez sumariante, en los primeros momentos de la investigación penal.

Con la irrupción de un gobierno liberal, en febrero de 1989, inspirado en una voluntad determinada hacia el reconocimiento de los convenios y pactos internacionales de derechos humanos, el país transita hacia una normalización de sus instituciones y, consecuentemente, en esa fecha se

comienza a elaborar y plantear metodológicamente, de un modo más serio, la crítica del sistema procesal penal, que se traducirá, primeramente, en la adopción de los modernos principios de corte acusatorio en la Constitución de 1992 hasta, en la actualidad, la sanción de un Código Procesal Penal ajustado a tales presupuestos.

La Constitución de 1992 reconoce al Paraguay como un Estado social de Derecho y adopta para su gobierno la forma democrática, representativa, participativa y pluralista, fundada en el reconocimiento de la dignidad humana. Esos lineamientos fundan, a su vez, los principios procesales de la protección de la vida y de la libertad, la declaración de imprescriptibilidad del genocidio, la tortura, la desaparición forzosa de personas, el secuestro y el homicidio por razones políticas, la descripción amplia de presupuestos imprescindibles para la restricción de la libertad física e incluyen un catálogo de garantías tales como: la presunción de inocencia, juicio previo, revisión de sentencias en favor del condenado, la amplitud de la defensa y de los medios de impugnación, el conocimiento previo de la imputación, el control e impugnación de las pruebas, prohibiciones probatorias, el estricto cumplimiento de la duración de los sumarios y la indemnización estatal en casos de condena por error judicial.

Aparte de esta descripción ampliada de principios jurídico-políticos y garantías procesales, entre las primeras medidas adoptadas por el gobierno que surgiera con el pronunciamiento de 1989, se incorporó al ordenamiento positivo del país la Convención Interamericana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), mientras que en el año 1993 se reconoció la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Demás está señalar que la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también forman parte de la legislación positiva desde antes de 1989; empero, es importante destacar que la Constitución de 1992 son incorporados de un modo amplio y expreso las normas internacionales de protección de los derechos humanos y, por el orden de prelación de las leyes, los pactos o convenios internacionales (Pacto de San José de Costa Rica) son ubicados por encima del Có-

digo de Procedimientos Penales, extremo que en la práctica ha modificado notoriamente la interpretación de instituciones procesales por parte de los jueces, tales como: la detención preventiva, la prisión preventiva, la presunción de inocencia y las pruebas obtenidas en violación de las formas constitucionales y legales.

1.1. La persecución penal pública y privada

El art. 268.3 de la Constitución de 1992 confiere al Ministerio Público el ejercicio de la acción penal pública, así como la protección del patrimonio público y social y la defensa de los intereses difusos. No obstante y como supervivencia del sistema inquisitivo, en el art. 268.4 se autoriza la apertura de procesos penales por parte del juez, sin que sea indispensable el previo ejercicio de la acción pública por los fiscales que intervienen en la causa, contradiciendo la pureza del modelo acusatorio que señala la norma constitucional antes citada. Asimismo, el precepto de marras señala la forma en que se operará la persecución de hechos punibles a instancia de parte, los que solamente están instituidos en el Código Penal para los casos de hechos punibles contra la autonomía sexual (violación, estupro, proxenetismo y rufianería); fuera de estos supuestos nada más se establece respecto a esta forma de intervención provocada del Ministerio Público por la instancia de la víctima.

El Ministerio Público, de híbrida dependencia funcional y administrativa (hasta la vigencia de la Constitución de 1992, se lo ubicaba en el capítulo de los órganos dependientes del Poder Ejecutivo, mientras cumplía funciones requirentes ante la justicia pero con limitadas atribuciones en cuanto al cumplimiento efectivo de dicho papel), adquiere una total autonomía y se lo considera *institucionalmente* en el título "De los organismos del Poder Judicial". Está sujeto a conocidos principios de *legalidad*, *objetividad* y *persecución penal pública*, a más de atribuírsele papeles novedosos en nuestro ordenamiento que configurarían más bien deberes legales, tales como: la protección de los derechos humanos, de los intereses difusos, la asistencia a la víctima e incluso velar por la vigencia de las garantías constitucionales en los procesos penales.

A raíz de las amplias atribuciones constitucionales, se requirió la conformación de una estructura administrativa más sólida, que en los hechos consistió en la creación de cargos que permitieran la cobertura más eficiente de sus novedosos papeles. Actualmente se organiza bajo la jefatura del fiscal general del Estado, con una coordinación de 2 fiscales generales adjuntos, confiriéndose a uno de ellos atribuciones específicas para la jurisdicción penal; asimismo, se conformaron direcciones de política criminal, de asistencia a las víctimas, de garantías procesales, de medio ambiente e indigenismo y un cuerpo de investigación que próximamente se transformará —*Código Procesal Penal, mediante*— en policía judicial.

En cuanto a la aplicación de criterios de oportunidad para la prescindencia de la acción penal pública, se carece de dispositivos legales que así lo acepten. No obstante, las cifras empíricas que trascienden como cifras doradas de la delincuencia, así como las formas transaccionales bajo modalidades jurídicas que encubren la prescindencia de la persecución penal pública, denotan un uso arbitrario de esta modalidad y una práctica deletérea en cuanto a la percepción ciudadana sobre los niveles de corrupción e impunidad.

El régimen de la acción privada está expresamente reconocida en la Constitución y conforme a la modalidad de la querrela *conjunta*, el usufructo de la misma es una exigencia, en los hechos, para obtener un resarcimiento efectivo y más rápido como el pretendido por la víctima. Esta circunstancia fáctica deslegitima el ejercicio de la acción pública por la escasa protección de la víctima que se origina por la ineficacia del Ministerio Público en su ejercicio.

La policía nacional se ha constituido en el órgano administrativo que en la mayoría de los casos ingresados a la maquinaria jurisdiccional se encarga de suministrar información relevante para las investigaciones sumariales. En los hechos, el trabajo siempre ha sido la policía que informa al juez y éste actúa conforme a los datos proporcionados por aquélla. La Constitución de 1992 modifica sus funciones dentro del proceso penal y exige un mayor protagonismo del Ministerio Público; en este sentido, pretende hacer valer su condición de organismo civil para legalizar las pesquisas que surgen de las actuaciones policiales preventivas y utilizarlas

válidamente en el proceso penal. Esta colisión de "intereses" en lo que respecta al tradicional respeto mutuo que se daba entre la policía y los jueces sumariantes, provoca roces y hasta desafíos sobre la optimización de medios y recursos para la lucha contra la delincuencia. Sin embargo, la policía sigue erigiéndose en la fuente principalísima de provisión de datos y estadísticas sobre niveles de criminalidad en la República, así como en disponer de la infraestructura técnico-científica para enfrentar los desafíos de una delincuencia creciente y organizada.

La Constitución de 1992 no alteró sustancialmente la dependencia del Poder Ejecutivo de la policía nacional, aunque le otorgó rasgos institucionales en cuanto a su funcionamiento y organización administrativa. En síntesis, le sacó los rasgos típicos de una policía política de regímenes autoritarios, negándole naturaleza deliberativa y altamente confundida con las Fuerzas Armadas; se han señalado restricciones en el mismo cuerpo constitucional en cuanto a la forma de actuar en las detenciones preventivas y en los allanamientos, al punto de que las órdenes para obrar en ese sentido deben estar precedidas de una resolución judicial y la previa advertencia al afectado sobre sus garantías constitucionales que puede ejercer en ese momento. Estos dispositivos han favorecido una suerte de cooperación indispensable de los jueces, ya que la policía debe obtener la indelegable autorización jurisdiccional para conferir validez a sus actuaciones preventivas en un sumario.

La Constitución de 1992 no se aparta del criterio de conferir participación a la víctima, ya que sus postulados republicanos lo exigen ideológicamente. El art. 16 de la Constitución y el Pacto de San José de Costa Rica por interpretación jerárquica del orden de prelación, exige la participación de la víctima de un modo formal y no formal, reservándose la primera de las modalidades a través de una querrela criminal conjunta o autónoma, ya que el art. 17 habla de garantías procesales para toda persona en un proceso penal, lo que implica también ese reconocimiento en favor de la víctima. A pesar de esto, los mandatos constitucionales predichos, rompen con el criterio respecto a la privatización absoluta de la acusación que impera fácticamente a la luz de la querrela criminal como único modo de participación de la víctima, pues

ésta puede controlar la investigación penal, sin necesidad de mostrarse parte como querellante particular.

1.2. Las garantías individuales del imputado

La Constitución de 1992 incorpora una serie de garantías procesales para los imputados en un proceso penal y en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción.¹ Esta realidad produjo que en cualquier sumario de orden administrativo, fiscal o aduanero, rija la observancia de estas garantías previstas para el imputado en los arts. 16 y 17 de la Ley Fundamental en concordancia con el art. 8° del Pacto de San José de Costa Rica.

En contraste con el Código de Procedimientos Penales que señalaba reservas que implican restricciones efectivas al ejercicio de la defensa material y técnica, así como a la presunción de inocencia, estos principios adquieren plenitud en la Constitución de 1992, en el sentido de que aun antes de formarse procedimiento contra una persona indiciada, ésta puede ejercer sus garantías y con la asistencia de un defensor técnico de su elección. Al mismo tiempo, queda sin apoyo básico la presunción de obrar doloso que establece el art. 16 del Código Penal —y también el C.P.P. vigente—, al menos para el procedimiento preparatorio (sumario o investigación preliminar). Por otro lado y como una forma de ampliación de la presunción de inocencia, la Constitución prohíbe publicaciones sobre procesos en los que se señale a una persona como culpable antes de resolverse tal responsabilidad en virtud de una sentencia condenatoria, así como restringe la aplicación de la prisión preventiva como pena anticipada, administrándola sólo bajo presupuestos eminentemente procesales. Finalmente, señala de un modo expreso la prohibición del doble proceso o la reapertura de los fenecidos, salvo la revisión favorable al reo de sentencias condenatorias.

La prohibición de incorporar elementos de prueba obtenidos mediante actuaciones producidas en violación de las restricciones señaladas por la Constitución y las leyes cons-

¹ Arts. 16, 17 de la Constitución de 1992 y art. 8° del Pacto de San José de Costa Rica.

tituye una protección al imputado contra cualquier injerencia estatal en su domicilio, en la correspondencia y en los demás aspectos vinculados con la privacidad de las personas. Inclusive, rige una declaración expresa acerca de la inviolabilidad de los recintos privados, del patrimonio documental y de la comunicación privada, injerencias que, de no contar con la previa y expresa autorización judicial, carecerán de valor informativo en las causas en las que se pretenda hacerlas valer. Todas estas prohibiciones² tienen por finalidad preservar la presunción de inocencia de las personas que es el principio rector de las limitaciones de la actuación del poder estatal, con las excepciones de los casos de *flagrancia* o *necesidad de impedir la comisión de algún hecho punible*, las cuales deberán ser autorizadas por autoridad judicial.

Dentro del mismo contexto y por extensión de la aplicación de la prohibición de declarar contra sí mismo, nadie está obligado a producir pruebas contra sí mismo, lo que significa que la declaración del imputado nunca podrá ser entendida como una confesión y, en consecuencia, otorgarle valor probatorio a sus manifestaciones. De ahí que el acto de prestar declaración indagatoria es considerado como un derecho y el imputado es advertido de que sus expresiones están exentas de todo juramento y promesa de decir verdad.³

El derecho de defensa abarca también, de acuerdo con lo que prescribe la Constitución de 1992 y el Código de Procedimientos Penales, la garantía reconocida al imputado de contar con un defensor letrado de su elección. Esta institución como tal no está reglamentada por alguna ley orgánica y mucho menos dispone de autonomía funcional y administrativa. Se trata, por ahora, de un organismo dependiente de la Corte Suprema de Justicia y recién en la actualidad se pretende organizarlo de un modo compatible con las responsabilidades que le asigna la Constitución política (se llamó a concurso para la elección de 1 defensor general y 2 defensores adjuntos, respectivamente). El número de los defensores es claramente insuficiente: equivale al número de juzgados de primera instancia en lo criminal que funcionan en la capi-

² Arts. 17.8, 17.9 y 17.10, 22, 25, 33 y 36 de la Constitución de 1992.

³ Art. 13 de la Constitución de 1992 en concordancia con los arts. 196 y 203 del Código de Procedimientos Penales vigente.

tal, mientras que en las capitales departamentales del país, ordinariamente, existen 1 o 2 defensores públicos; fuera de esta incipiente presencia, en los demás distritos, ciudades y pueblos de la República, se carece de defensores públicos.

Los recursos ordinarios contra las decisiones adoptadas por los magistrados judiciales de primera instancia no están previstos constitucionalmente; sin embargo, tal inclusión en el Código de Procedimientos Penales surge de la interpretación extensiva del derecho a la defensa del imputado y del Pacto de San José de Costa Rica.⁴ Se incorporan, aunque carecen de reglamentación, dos recursos: el de casación y el de revisión; el primero, es de competencia exclusiva de la Corte Suprema de Justicia, mientras que el segundo carece de indicación sobre el órgano judicial competente, pero se sobrentiende que debe ser aquel que dictó la sentencia condenatoria.⁵

1.3. Características del juicio previo

La Constitución de 1992 señala claramente que la función de la investigación penal debe ser conducida por el órgano acusador, el Ministerio Público, reservando funciones eminentemente jurisdiccionales al juez o tribunal. Asimismo, señala que toda persona tiene derecho a ser juzgada en juicio público a cargo de jueces independientes e imparciales.⁶ La imparcialidad es un requisito esencial de la función de juzgar. Su implementación sólo es posible si se prescinde de las funciones de investigación atribuida a los jueces. Equivocadamente, el Código de Procedimientos Penales, atribuye esta función a los jueces penales, aspecto que vicia dicho atributo y ubica a los jueces como prejuzgadores en el conocimiento de las causas bajo su competencia.

La realización de juicios públicos, así como la discriminación de las funciones requirentes y juzgadoras en órganos explícitamente diferenciados, sólo se podrá consolidar me-

⁴ Arts. 16 y 137 de la Constitución de 1992 en concordancia con el art. 8.2 h) del Pacto de San José de Costa Rica.

⁵ Arts. 17.4 y 259.6 de la Constitución de 1992.

⁶ Arts. 16, 17.2, 17.3, 247, 256, 268.1, 268.2 y 268.3.

dante la oralidad que es una fórmula no obligatoria, pero indicada y óptima por la Constitución de 1992.⁷ De esta manera, el imperativo constitucional del *juicio previo*, como única vía de legitimación de una condena penal, con sus características de *publicidad, oralidad e imparcialidad del juzgador*, tiene escasa repercusión en la legislación que se aplica (Código de Procedimientos Penales); él exige una nueva organización del órgano estatal acusador (Ministerio Público) y, en el Código de Procedimientos Penales, una redistribución de las funciones de perseguir penalmente y juzgar, para que la primera pertenezca al Ministerio Público y la segunda a los tribunales, en la mayor medida posible.

La garantía del juez natural señala una prohibición expresa en el texto constitucional: la prohibición de que las personas sean juzgadas por tribunales especiales,⁸ es decir, la necesidad de que sean juzgados por órganos determinados ordinariamente en una ley de competencia anterior al hecho del proceso. La Constitución de 1992 señala el principio de la *imparcialidad* de los jueces,⁹ regla que significa que, al momento del juzgamiento, el o los magistrados encargados de llevar a cabo el juicio y dictar sentencia no deben estar contaminados con los resultados de la investigación preliminar: magistrados que han participado en la investigación tampoco pueden integrar el tribunal de juicio. De esta manera, la legislación procesal vigente ubica este presupuesto como causal de inhibición o recusación para aquellos jueces que hubieren emitido opinión, dictamen o resolución respecto de los mismos hechos que han sido sometidos a su conocimiento.

1.4. Independencia política de los tribunales

La Constitución de 1992 establece normas decisivas sobre la independencia política de los tribunales, corolario que se eleva a la categoría de garantía procesal en el art. 16. La designación de los magistrados ya no recae en la nominación y designación del Poder Ejecutivo, sino en un órgano perteneciente al ámbito del Poder Judicial que se denomina: Con-

⁷ Arts. 17.2 y 256 de la Constitución de 1992.

⁸ Art. 17.3 de la Constitución de 1992.

⁹ Art. 16 de la Constitución de 1992.

sejo de la Magistratura. Este órgano está constituido por personas pertenecientes a las cámaras legislativas (senadores y diputados), a las universidades nacionales y privadas, al Poder Ejecutivo, a la Corte Suprema de Justicia y a los abogados que ejercen esa profesión. Este órgano colegiado se encarga de elevar las ternas para el nombramiento de todos los magistrados del Poder Judicial (Corte Suprema de Justicia, Fiscalía General del Estado, miembros de tribunales de apelación, jueces de primera instancia, fiscales, etc.), calificados mediante concurso de aptitudes y méritos.

Una vez designados, los magistrados gozan de inmunidades e incompatibilidades similares a las que gozan los integrantes del Poder Legislativo,¹⁰ además se les garantiza la independencia funcional de los demás poderes, imponiéndose sanciones de orden penal a las autoridades o personas que de algún modo interfieren o afectan dicho atributo en la realización de los juicios.¹¹ Asimismo, los hechos que pudieran ser realizados con lesión de este presupuesto carecen de valor, por lo que tales actos son nulos. Una forma de realización de esa independencia política está representada por la inamovilidad de los jueces,¹² el atributo contrario constituía la forma más elocuente de interferencia del Poder Ejecutivo sobre el Poder Judicial, esencialmente cuando disgustaba al primero el desempeño de uno de los integrantes del segundo. Una declaración efectiva que busca afianzar la independencia del Poder Judicial de manera práctica, es la determinación constitucional de una base no inferior del 3 % del presupuesto de gastos de la Nación para su funcionamiento, con lo cual se pretende evitar los mecanismos de extorsión política para el sometimiento de éste a los designios de los otros poderes.¹³

En cuanto al juzgamiento y remoción de los magistrados judiciales por su actuación en los procesos bajo su conocimiento, la Constitución encarga la competencia a un Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de conformación similar al Consejo de la Magistratura (intervienen los mismos esta-

¹⁰ Art. 255 de la Constitución de 1992.

¹¹ Art. 248 de la Constitución de 1992.

¹² Art. 252 de la Constitución de 1992.

¹³ Art. 249 de la Constitución de 1992.

mentos),¹⁴ que realiza los juicios de calificación de aquéllos sobre la base de la oralidad y la publicidad. Asimismo, una de las causales de remoción de los magistrados, es la de haber recibido directivas o indicaciones que alteren sustancialmente su independencia por cualquier tipo de injerencia externa.

Internamente, el control de las labores de los magistrados corresponde a la Corte Suprema de Justicia que ejerce facultades de superintendencia, a cargo de un órgano denominado Consejo de Superintendencia del Poder Judicial que, a su vez, puede realizar investigaciones oficiosas sobre el desempeño de los jueces, suspenderlos en el ejercicio de sus funciones y remitir sus antecedentes a modo de denuncia ante el jurado de enjuiciamiento de magistrados.¹⁵

La responsabilidad funcional y remoción de los integrantes de la Corte Suprema de Justicia y del fiscal general del Estado se dirime a través de su sometimiento a un juicio político, por acusación de la Cámara de Diputados ante el colegiado de senadores, por mal desempeño de funciones o la comisión de delitos graves en el ejercicio de sus cargos.¹⁶

2. Síntesis acerca del procedimiento tradicional vigente y su adecuación a los principios político-jurídicos descritos

La ideología de la Constitución de 1992 y los pactos internacionales de derechos humanos en materia de principios político-jurídicos aplicables a un proceso penal, carece de implementación en el procedimiento vigente, cuyas características son las siguientes: inquisitivo, escrito y altamente pernicioso desde la perspectiva del sistema acusatorio.

Los principios de inviolabilidad de la defensa, de la presunción de inocencia, de la garantía de juzgamiento por jueces y tribunales imparciales, de la sana crítica como elemento rector en la apreciación del material probatorio, en la excepcionalidad de la prisión preventiva antes que plasmar-

se en el procedimiento vigente, adquieren dimensiones contradictorias en su diseño, ya que resultan incompatibles en la difícil tarea pretendida infructuosamente por los operadores de la justicia penal, de amalgamar aquellos institutos con el objeto del modelo inquisitivo.

La ausencia de reglas amplias de participación del imputado impiden que éste, desde los prolegómenos de una imputación que normalmente se efectúa en instancias administrativo-policiales, pueda contar con una amplitud de la defensa; siendo la confesión en sede policial y la indagatoria elevada a la categoría de prueba en la etapa sumaria, la presunción de inocencia resulta una entelequia en el sumario; restringiéndose el control de información sumarial (prueba, en términos reales) ingresada a la maquinaria judicial por parte del imputado, las prohibiciones probatorias ordinariamente no se erigen en reglas protectoras de la dignidad humana, sino que sus nulidades se sustentan en aspectos meramente formales (la supuesta nulidad conminada por la ley o la nulidad por la nulidad misma) que impiden una apreciación material de dicho instituto; constituyéndose el imputado en objeto de prueba e invirtiéndose la presunción de inocencia en el estado sumario, la prisión preventiva se trasunta en prueba y en los hechos opera que su revocatoria es un equivalente a un modo fáctico de terminación de la causa; con una débil participación del Ministerio Público (se remite a emitir dictámenes, ya que la operación investigativa fehaciente la efectúa el juez) la participación de la víctima mediante querrela criminal es la única garantía de una conclusión formalmente esperada (a través de sentencias definitivas) ya que la misma acusación pública brega por el acompañamiento de la querrela conjunta o autónoma; el juicio previo bajo conducción de jueces imparciales es incompatible con el modelo vigente, ya que no la investigación sumarial servirá de base a la acusación final, siendo aquélla hechura del juez en su calidad de director del proceso, aparte de que la información sumarial tiene su origen en la intervención policial preventiva que, a su vez, adolece de vicios que jamás son reflatados a la luz de las reglas del saneamiento o ratificación de actuaciones en sede judicial.

¹⁴ Art. 253 de la Constitución de 1992.

¹⁵ Arts. 15-17 de la ley 609 del año 1995 que organiza las Salas de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Superintendencia de Tribunales.

¹⁶ Art. 261 de la Constitución de 1992.

2.1. Fuentes *strictu sensu* del Derecho procesal penal nacional

La Constitución de 1992 se constituye, actualmente, en la principal fuente del proceso penal nacional; sin embargo sus disposiciones se contraponen a varias instituciones inquisitivas previstas en el Código de Procedimientos Penales vigente, lo que genera una constante puja entre los jueces acerca de los criterios normativos predominantes al momento de dictar resoluciones y sentencias.

El Código de Procedimientos Penales vigente fue promulgado en el año 1890 cuya autoría corresponde a los abogados españoles Ricardo Brugada y Ramón Zubizarreta, quienes toman como fuente las legislaciones de España y Argentina; de España, las leyes de enjuiciamiento criminal anteriores al Código de 1882 y de la Argentina, el Código de 1888 a instancias del proyecto de Manuel Obarrio, que al decir de Vélez Mariconde, "...nació viejo y caduco, no sólo con referencia a las demás legislaciones extranjeras y a la doctrina francesa e italiana que ejercieron directa influencia en España, sino con relación a la propia legislación de la Madre Patria, donde ya estaba en vigor el Código de 1882".¹⁷

El Código de Procedimientos Penales ha sufrido varias modificaciones parciales y caóticas, ya que la falta de una correcta inclusión y/o exclusión de institutos que caen en desuetudo por efecto de las leyes especiales, ha generado una reinterpretación jurisprudencial lo que, a su vez, contrasta con la prohibición expresa de interpretar analógica o extensivamente las normas penales.¹⁸

Entre las fuentes *strictu sensu* que se incorporan al Código de 1890, se pueden citar: el dec. ley 5778/38 que prohíbe la recusación sin causa de los magistrados, establece los procedimientos para las apelaciones y nulidades, suprime los informes orales de las apelaciones y señala los plazos para los incidentes o excepciones en general y establece el trámite previo para los sobreseimientos libres o provisio-

¹⁷ "Código Procesal Penal de la República del Paraguay - Fundamentos y Exposición de Motivos". Publicación del INECIP, Paraguay, Asunción, 1999, p. 23.

¹⁸ Art. 1º del Código Penal de 1922 y art. 13 del Código de Procedimientos Penales vigente.

nales: la ley 1110/85 que determina un nuevo régimen de citaciones, emplazamientos y notificaciones; la ley 195/53 que determina las formas de actuación procesal cuando el Ministerio Público se abstiene de acusar o no acusa en los plazos legales; la ley 122/91 que establece el beneficio de la extinción de la detención y de la prisión preventiva; la ley 660/24 que deroga el secreto del sumario y posibilita la participación restringida de las partes en el sumario, inclusive con el derecho de repreguntar a los testigos y terceros que deponen en la investigación; el dec. ley 14.338/38 que establece el procedimiento especial para delitos contra el honor de las personas; la ley 1337/88 Código Procesal Civil, cuyas disposiciones se aplican supletoriamente en materia procesal penal, para casos en que éste presentare imprevisiones o lagunas, y la ley 609/95 que organiza el funcionamiento de las salas de la Corte Suprema de Justicia, entre cuyas disposiciones se confiere competencia a la sala penal en *habeas corpus* y al plenario del órgano en cuanto al recurso de casación.

2.2. Estructura del procedimiento ordinario

El proceso penal consta de dos etapas: una de investigación o sumario y otra de discusión de la causa, juicio o plenario propiamente dicho.

El sumario se puede iniciar por actuación policial preventiva (denuncia en sede policial o actuación oficiosa de éste cuando se dan casos de flagrancia o grave sospecha de un hecho punible), por denuncia elevada por la víctima o cualquier persona a la fiscalía o de oficio por el juez cuando tenga conocimiento de algún hecho que pudiera constituir delito. Una vez que se inicia la investigación sumarial cuya duración tiene un plazo legal de 60 días pero sin consecuencias para los casos de morosidad, el juez lleva adelante sus tareas de director del proceso, disponiendo de amplias facultades para dirigir la actuación de los órganos policiales, pudiendo contar con su auxilio para incorporar, en cualquier estado del sumario, sus pesquisas; asimismo, no es obligación la notificación de la apertura de un sumario oficioso por el juez penal a la Fiscalía o Ministerio Público, por lo que la investigación puede discurrir con total ausencia de éste has-

ta el momento de procederse a su clausura. La declaración indagatoria es la base de la investigación del sumario de ahí que la manutención de la detención preventiva en prisión de igual carácter requiere, procesalmente, de la abstención o declaración insuficiente del imputado para enervar los juicios de culpabilidad que se ciernen sobre aquél. La Fiscalía tiene intervención a través de dictámenes no vinculantes a la decisión final que en todos los casos recae en la persona del juez y éste —el magistrado— puede considerar suficiente la información ingresada al sumario y clausurándolo, desde acusar oficiosamente al o a los imputados de los hechos investigados que tampoco son calificados formal o concretamente, en la mayoría de los casos, para luego discutir la causa (juicio o plenario) con una simple ratificación de todas las actuaciones de la investigación por parte del fiscal que recién interviene eficazmente, en esta etapa.

En consecuencia, en la etapa sumaria el juez actúa con amplias potestades adquiriendo roles de investigador, organizador de la prueba de la acusación y supuesto precautelador de garantías procesales, todo esto, con auxilio directo de la policía nacional con discriminación de la Fiscalía, que tiene un rol meramente dictaminante, conforme lo establece el Código de Procedimientos Penales; el estado plenario o juicio propiamente dicho, se puede iniciar por acusación de oficio por el juez sumariante o por solicitud del fiscal o de la querrela particular, se procede de igual manera que en un proceso civil con apertura de la causa a prueba, cuya etapa sirve para ratificar o consolidar sin actividad probatoria autónoma alguna, las que se han recolectado y agregado al expediente en el sumario, tras cuya conclusión se entregan los expedientes al acusador particular, primero, y acusador público, después, para que formulen sus respectivos libelos acusatorios; finalmente el imputado o su defensor pueden responder a la acusación, formulando su descargo. El juez del plenario que es el mismo del sumario, debe resolver, imparcialmente, conforme a la acusación particular o pública, según el caso, sobre pruebas que fueran prevenidas y obtenidas mediante su investigación sumarial. En cuanto al régimen de valoración probatoria, la misma impide la valoración inspirada en la sana crítica sustentándose, contrariamente, en el sistema de tarifa legal que no es otra cosa que la predeterminación norma-

tiva sobre la eficacia o pertinencia de la información probatoria ingresada a la investigación penal (dos testimonios uniformes y provenientes de gente de buena fama hacen plena prueba sobre sus afirmaciones, la declaración indagatoria corroborada con los aspectos objetivos del cuerpo del delito tienen valor a una prueba confesoria, la retractación del imputado en su indagatoria debe ser probada por medio de hechos acreditados de un modo fehaciente, etc.).

El sistema de recursos es el tradicional de un sistema inquisitivo: recursos de nulidad y apelación contra sentencias definitivas e interlocutorias con fuerzas de definitivas, cuyo trámite por escrito se efectúa ante los tribunales de apelación. Si la sentencia recaída es condenatoria que podría superar los 15 años de privación de libertad, independientemente que la misma sea revocada o confirmada por los tribunales de apelación, se produce la apelación automática y es revisada oficiosamente por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, a los efectos de confirmarla o revocarla, sin necesidad de sostenimiento de recurso alguno por los litigantes.

No está reglamentado el recurso de casación en el procedimiento vigente a pesar de su previsión en Constitución y en la ley que organiza el funcionamiento de la Corte Suprema de Justicia.

2.3. Noticias sobre los procedimientos especiales

El Libro Segundo prevé los especiales para ciertos casos como el de redargución de instrumentos, *habeas corpus* y delitos contra el honor de las personas. Los dos primeros carecen de relevancia, ya que fuera de las formalidades que deben observar los jueces y secretarios para recibir cuerpos de escrituras supuestamente apócrifas en la primera de las modalidades y que el *habeas corpus* prácticamente fue derogada por las especies articuladas en la Constitución de 1992, en la segunda de las modalidades, no alteran para nada el procedimiento ordinario que sigue su curso conforme a las reglas señaladas en el numeral anterior; en cuanto a los delitos contra el honor de las personas (calumnia, difamación e injuria), el procedimiento especial se remite a restringir las apelaciones, disminuir los plazos legales y establecer la ne-

cesidad de que exista querrela particular y que antes de proveer a la instrucción del sumario, se establezca obligatoriamente la posibilidad de la conciliación entre los afectados.

La única solución alternativa, pero con clara intrascendencia sobre los hechos, es la posibilidad de arreglos o conciliaciones entre las partes en los delitos de acción privada. En cuyo caso, se sobreseerá la causa en el estado que ésta se encuentre; fuera de esta previsión, se carece de mecanismos de conciliación o salidas alternativas para delitos de acción penal pública, mientras que en los delitos de instancia de parte, se requiere necesariamente un consentimiento del Ministerio Público cuando la víctima decide retirar la instancia.

Los procedimientos penales a cargo de autoridades no judiciales (faltas o contravenciones de orden municipal, tributario, etc.) carecen de reglamentación uniforme. Las respectivas cartas orgánicas prevén procedimientos para cada materia, aunque contemplan de un modo restrictivo los derechos de acceso a las constancias que acreditan la imputación, de defensa técnica, de duración de los sumarios, de sobresechamientos fictos en caso de falta de pronunciamiento de la autoridad en plazos preestablecidos, pero sin posibilidad de ser revisables en sede penal. El Código de Procedimientos vigente contempla un capítulo de faltas y contravenciones que deben ser juzgadas por los jueces de paz y en un procedimiento oral y breve, pero en la práctica jamás se ha operado de esa manera, recayendo la función represora en este ámbito en las autoridades administrativas involucradas.

En cuanto al juzgamiento por tribunales militares, el Código Procesal Penal Militar prevé un trámite similar al común y que se analizara precedentemente, con la posibilidad de que sus sentencias definitivas sean recurribles ante la Corte Suprema de Justicia, o, en casos específicos, los militares imputados (oficiales superiores) sean juzgados por tribunales *ad hoc*, resolución de cuyo órgano y en caso de emitir condena, también será recurrible ante la máxima instancia civil del Poder Judicial.

2.4. Breve noticia sobre la ejecución penal

Se prevén normas de ejecución penal en el procedimiento vigente, pero con exclusión de la competencia de los jue-

ces respecto al control sobre su cumplimiento. Las penitenciarias y sus autoridades están bajo dependencia directa (administrativa y presupuestariamente) del Ministerio de Justicia y Trabajo que es el órgano encargado de todo lo concerniente a los recintos carcelarios; los jueces penales y aun la Corte Suprema de Justicia, cuando se trata de materias de su competencia en ejecución de condenas o medidas preventivas de prisión (libertades condicionales, prescripción o compurgamiento de pena), dejan a cargo de las autoridades administrativas los informes sobre los plazos de reclusión, así como de las condiciones personales de los prevenidos y condenados para el beneficio de libertades anticipadas a su compurgamiento, ya que el Código Penal vigente se remite, en este aspecto, a la ley penitenciaria del año 1970.

En consecuencia, las autoridades penitenciarias (administrativas) se encargan de todo lo que involucre la ejecución penal, mientras que el procedimiento vigente nada estatuye respecto a las responsabilidades de los jueces con posterioridad al dictado de las sentencias condenatorias.

3. La reforma diseñada o vigente

El Código Procesal Penal diseñado y que regirá a partir del 9 de julio de 1999, plantea un cambio cualitativo, una transformación estructural del procedimiento inquisitivo a uno de corte acusatorio y republicano, incorporando instituciones repensables solamente a la luz del nuevo modelo y sobre el cual se puedan articular y generar procesos constitucionalmente justos.

El establecimiento de expresas garantías para el imputado con un amplio catálogo de las reconocidas en la Constitución, el señalamiento de medidas alternativas para evitar los procesos penales (mediación, transacción, prescindencia de persecución penal por criterios de oportunidad, procedimientos abreviados y sanción directa a los operadores por la inobservancia de los plazos procesales), la adecuación de la prisión preventiva a parámetros eminentemente cautelares y excepcionales, la participación no formal de la víctima, la amplitud de los medios de defensa para el imputado, la posibilidad de que la Fiscalía realice eficazmente su función requirente e investigativa y un régimen de recursos que impida

vulnerar o trastocar la esencia de lo juzgado oral y públicamente, constituyen las bases sobre las que se estructura y define el Código Procesal Penal promulgado.

3.1. Los proyectos actuales y perspectivas

La sanción de la Constitución política en el año 1992 pone en movimiento la idea de una verdadera política judicial hasta ese entonces enfrascada en políticas judiciales de emergencia, carentes de continuidad y obtención de objetivos a corto, mediano y largo plazo por efecto de su agotamiento en cuestiones baladíes, temporales o efectistas. En ese marco, movimientos vinculados con la reforma estructural de la justicia penal, surgen de la iniciativa del Ministerio Público, de la Corte Suprema de Justicia y organismos no gubernamentales internacionales que, mediante convenios, llevan adelante una tarea de varios años tendientes a la elaboración y consideración legislativa de leyes que modifiquen sustancial y totalmente la legislación de fondo y de forma, a más de los demás instrumentos normativos sensiblemente relacionados a los dos primeros cuerpos.

Se redactan anteproyectos de Código Penal, Procesal Penal, de Menores Infractores, del Ministerio Público y de Ejecución de Penas, respectivamente; sin embargo, los tratamientos dispensados son muy diferentes unos con otros. Los tópicos relativos al Código Penal y Procesal Penal tras su elaboración, reciben el estudio de las cámaras legislativas, con sanción y promulgación posterior por el Poder Ejecutivo: los nuevos Códigos Penal y Procesal Penal rigen la vida jurídica del país desde el 27 de noviembre de 1998 y 9 de julio de 1999, respectivamente. Con respecto al Código Procesal Penal, se tuvo que recurrir a la promulgación de una ley de vigencia transitoria¹⁹ que permite la implementación parcial de algunas instituciones del nuevo Código Procesal Penal y establece pautas e instituciones encargadas de depurar y archivar las causas penales pendientes que se rigen por el viejo Código Procesal Penal. La Ley Orgánica del Ministerio

¹⁹ Ley 1444 del 29 de junio de 1999 que establece las normas de transición para la implementación del nuevo sistema procesal penal.

Público se encuentra en plena etapa de discusión por una comisión bicameral *ad hoc* y se espera su sanción y promulgación para finales del año 1999. En cuanto al Código de la Minorectad (normas regulatorias para menores infractores) y la Ejecución de Penas (legislación penitenciaria), el primero de ellos ha sido objeto de modificaciones por la cámara revisora (Senado), mientras que la segunda está precedida de un diagnóstico sobre la realidad carcelaria en Paraguay, que servirá de base para la elaboración de una carta orgánica que ya se encuentra en plena etapa de realización, por la Fiscalía General del Estado, por el Ministerio de Justicia y Trabajo y por el proyectista del Código Penal Wolfgang Schöene.

La perspectiva era bastante promisoriosa, hasta que la inestabilidad política y los riesgos de una ingobernabilidad acompañada de una grave crisis económica y social, ha generado movimientos que plantean diferir la vigencia del Código Penal, alegando supuestas disfunciones, contradicciones u oscuridades en su texto; el Congreso Nacional debe someter a votación de sus integrantes sobre la necesidad de prorrogar la vigencia y en este sentido, las fuerzas de la contrarreforma son muy representativas (colegiatura de abogados, conocidos profesores de las universidades nacionales y privadas, algunos medios de la prensa y políticos de cierto caudal electoral en sus partidos) existiendo alguna probabilidad considerable de que pueden obtener la prórroga. En cuanto al Código Procesal Penal, siendo el Ministerio Público su principal auspiciante, es la propia institución la que actualmente solicita un incremento sustancial del presupuesto general de gastos para el año 1999, advirtiendo que si no obtiene ese dispendio, oficialmente requerirá diferir la vigencia del Código patrocinado. Este último aspecto es el único que objetivamente puede generar una respuesta razonable para una oposición eficaz, tendiente a evitar la vigencia de la ley.

Como se puede observar, existen temores fundados de que las leyes promulgadas adquieran vigencia más allá de los plazos originariamente señalados; sin embargo, la crisis patente de la actual administración de justicia y el alto desprestigio que atraviesan los responsables de su gestión, es la base firme para sostener razonablemente que una hipotética prórroga no podrá extenderse por mucho tiempo, ya que la base social es la que más cuestiona el actual modelo y man-

tener latente esta peligrosa contradicción por mucho tiempo resultaría contraproducente a las mismas finalidades políticas de los responsables de estos aspectos elementales del aparato estatal.

3.2. Correlación de los proyectos con los principios del proceso penal en un Estado de Derecho

Los principios político-procesales señalados por la constitución de 1992 y los pactos internacionales de derechos humanos, que se erigen a modo de exigencias indispensables para el ejercicio del *ius puniendi* de un Estado de Derecho, encuentran sólida conformidad con los derechos procesales señalados en el nuevo Código.

Los arts. 1° y 2° desarrollan los principios constitucionales consagrados en los arts. 16 y 17 del juicio previo, juez natural e independencia e imparcialidad de los jueces y tribunales, respectivamente. De tales preceptos se puede destacar a las siguientes ideas republicanas del debido proceso penal: la legalidad del proceso, que garantiza que toda persona tenga derecho a que se le juzgue conforme a una ley que disponga con anterioridad el procedimiento a seguir; de la legalidad del delito y de la pena, que determina que la ley penal debe ser anterior a toda sanción (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*); como corolario del principio de legalidad, surge el de la irretroactividad de la ley, salvo aquella más favorable al imputado o condenado, conforme lo establece, a su vez, el art. 14 de la Constitución y la necesidad del proceso previo (*nulla poena sine iudicio*); que ese juicio previo se realice con la presencia de un juez natural o competente que será el encargado de dictar la sentencia, designado con anterioridad conforme a la Constitución y las leyes, erigiéndose en la única fuente legítima para limitar definitivamente la libertad de las personas; correlativo al principio del juez natural es el de la competencia, independencia e imparcialidad de los jueces y tribunales, y por los cuales se pretende establecer la aplicación efectiva de tales principios, mediante un sistema de control interpoderes y en un verdadero alcance de la imparcialidad como un principio garantizador de la valoración probatoria de todas las circunstancias favorables o adversas para el imputado. Además por el nuevo

esquema de las etapas procesales, la garantía de imparcialidad provoca la inevitable consecuencia de que los jueces sólo podrán juzgar cuando no hayan prevenido en actos procesales anteriores o prejuzgado sobre la misma cuestión, aspecto diametralmente opuesto al Código sustituido.

Los arts. 4°, 5°, 9°, 10, 11 y 12 desarrollan uno de los aspectos fundamentales de las garantías procesales penales del precepto constitucional 17.1: la presunción de inocencia. El plexo del concepto de inocencia del imputado es abarcante durante todo el proceso, de tal manera que ninguna autoridad podrá presentarlo como culpable mientras no exista sentencia que así lo declare. A estos efectos, la información sobre imputaciones alzadas contra una persona deberá ser efectuada de una forma objetiva, otorgándose facultades al juez para limitar la información de la prensa cuando se podría afectar la garantía presuncional. Un efecto directo del estado de inocencia consiste en que la duda razonable sobre la suerte procesal del imputado, debe contar con la interpretación más favorable a aquél. Se incorporan otras normas vinculadas al estado de inocencia, cuando se señala que la interpretación de las normas procesales que coartan la libertad personal o establezcan sanciones procesales se efectuará del modo más favorable al imputado así como al prohibir la analogía y la interpretación extensiva (excepcionalmente la admite cuando favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos y facultades). Finalmente, los principios de saneamiento o convalidación serán inaplicables cuando los actos procesales afecten los principios y garantías procesales, principalmente, en beneficio del imputado.

El art. 6° establece que la defensa en juicio de las personas y de sus derechos es inviolable, pudiendo ejercerlo directamente el imputado o a través de defensores a su libre elección. La Constitución habla de la inviolabilidad de la defensa en juicio, el concepto no se refiere solamente al debate, sino también a los demás actos del procedimiento previo al juicio; en este sentido, la garantía funciona desde el momento que el imputado es señalado como posible participe en un hecho punible, ante cualquier autoridad competente para entender del hecho.

El imputado frente al proceso —en sentido amplio, o lo que equivale a decir, desde el primer acto de procedimiento—,

tiene el derecho a intervenir activamente y conocer los cargos que existen en su contra, a declarar libremente con relación al hecho que lo incrimina, o abstenerse de hacerlo si lo prefiere, de ofrecer las pruebas que hacen a su descargo, de alegar razones que asistan a su derecho para obtener del juez la pretensión que afirma y a defenderse personalmente. El derecho del imputado a ser oído se complementa con el de ser defendido, y a su vez, con el derecho a solicitar el auxilio de un traductor o intérprete para que lo asista efectivamente en su defensa, cuando lo necesite.

En virtud del art. 8° el imputado tiene derecho a ser juzgado y condenado solamente una vez por un mismo hecho; en ese sentido, no se puede reabrir procesos fenecidos, salvo la revisión a favor de sus pretensiones. Este principio, regulado constitucionalmente por el art. 17, inc. 4°, es una garantía relacionada con la seguridad jurídica de los derechos procesales de las personas.

El art. 9° desarrolla el principio de igualdad procesal ante la ley. Es un derecho fundamental del ser humano, reconocido en nuestra Constitución, derivado del principio genérico de la igualdad de las personas, como lo establecen los arts. 46 y 47.

Los derechos y garantías contenidos en la Constitución, los adoptados por ratificación de los instrumentos internacionales y los propuestos en el Código, son verdaderos límites al uso arbitrario del poder juzgador, por lo tanto, no pueden hacerse valer en perjuicio de los portadores concretos de tales derechos. Por lo mismo, estas garantías deben ser extendidas a todo procedimiento que culmina o puede culminar con la imposición de una pena o medida de seguridad, o una sanción similar en sustancia.

El ejercicio de las acciones cambia radicalmente con respecto al Código actual, ya que su operatividad exige la concurrencia de una serie de presupuestos previos a más de las alternativas de que disponen los órganos encargadas de ejercerla.

La acción penal será pública o privada.²⁰ Cuando es pública su ejercicio corresponde al Ministerio Público, como representante del Estado ante los órganos jurisdiccionales,

²⁰ Arts. 15, 16 y 17 de la ley 1286/88, Código Procesal Penal.

conforme a los arts. 266 y 268 de la Constitución, sin perjuicio de la participación concedida a la víctima, o a los ciudadanos. El ejercicio de la acción penal pública dependerá de instancia privada, sólo en aquellos casos previstos expresamente en el Código Penal.²¹

El ejercicio de la acción pública le corresponde al órgano acusador de acuerdo con el principio de legalidad, o sea, de la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal. De este modo, el Ministerio Público deberá investigar y en su caso plantear la acusación respecto a todos los delitos que lleguen a su conocimiento, salvo las excepciones previstas. No obstante, se reconoce la potestad que tiene el Ministerio Público de abstenerse en el ejercicio de la acción penal, basado en criterios de oportunidad o de discrecionalidad, bajo ciertos presupuestos que así lo ameriten, tales como: la insignificancia del delito, o la escasa contribución o culpabilidad del partícipe; o en los casos de arrepentimiento; o cuando el imputado haya sufrido una pena natural; o para los casos de saturación de penas.²² Esta discrecionalidad deberá estar acompañada, además de los casos señalados, de ciertas condiciones cumplidas por el imputado tendientes a reparar el daño social y/o particular causado.

Se permitirá también la suspensión del proceso, siempre que el imputado haya reparado el daño ocasionado y se obligue a cumplir reglas y exigencias establecidas condicionalmente.²³ Esta institución tiene su fuente doctrinal y judicial en los sistemas procesales anglosajones.

²¹ Maltrato físico (art. 110); Lesión culposa (art. 113); Coacción contra un pariente (art. 120.5); Amenaza (art. 122); Tratamiento médico sin consentimiento (art. 123.2); Acoso sexual (art. 133.3); Violación de domicilio (art. 141.3); Lesión del derecho a la comunicación y a la imagen (art. 144); Violación del secreto de la comunicación (art. 146.2); Revelación de un secreto de carácter privado (art. 147.4); Revelación de secretos privados por funcionarios o personas con obligación especial (art. 148.2); Difamación-Calumnia-Injuria (art. 156); Daño (art. 157.5); Persecución de hechos en el ámbito familiar o doméstico (art. 171); Persecución de hechos bagatelarios (art. 172); Sustracción de energía eléctrica (art. 173.4); Frustración de ejecución individual (art. 177.3); Violación del derecho de autor o inventor (art. 184.4); Estafa bagatelaria (art. 187.4); Operaciones fraudulentas con computadoras (art. 188.2); Aprovechamiento clandestino de una prestación (art. 189.3); Lesión de confianza bagatelaria (art. 192.4); Obstrucción a la restitución de bienes (art. 194.5); Revelación de secretos menores (art. 284.3).

²² Arts. 18, 19 y 20 de la ley 1286/88, Código Procesal Penal.

²³ Arts. 21, 22 y 23 de la ley 1286/88, Código Procesal Penal.

Todos estos principios son innovaciones en nuestra legislación procesal penal que otorgan amplias facultades al Ministerio Público, sobre todo en la etapa de investigación para buscar el fundamento de una acusación formal o, a falta de él, archivar o requerir el sobreseimiento. Son propuestas basadas en criterios de economía procesal y en medidas alternativas a los procesos largos y onerosos.

Una innovación de gran trascendencia práctica, se basa en una redefinición de las relaciones entre la acción pública y la acción privada. Tradicionalmente se había entendido que la acción pública era una manifestación de que todo delito afectaba al conjunto de la sociedad y que, por lo tanto, el representante de ese interés era el Estado. No se trata de dejar de lado el concepto de interés social en el castigo de los delitos, pero lo que una percepción extremadamente estatista de esta concepción no advirtió, es que el interés público en el castigo no debía postergar en términos absolutos al interés privado del ofendido por el delito. Sobre la base de estas consideraciones, el nuevo Código estableció diversas instituciones, tales como la conversión de acciones, la revocación de la instancia de parte, la extinción de la acción penal por la reparación de los daños en los delitos de contenido patrimonial o los culposos, y diversas formas de conciliación que buscan darle importancia a los intereses privados y rescatar, como veremos más adelante, el papel de la víctima en el proceso penal. Asimismo, se consagra un caso especial de extinción de la acción penal aplicable a los delitos que afecten bienes jurídicos de los pueblos indígenas. Si la víctima y el imputado aceptan el modo como la comunidad ha resuelto ese conflicto, entonces desaparece el interés estatal en la persecución y se extingue la acción penal. Esto no es otra cosa que la reglamentación del Derecho fundamental a la sujeción voluntaria a las normas del Derecho consuetudinario que prevé la Constitución, con las limitaciones, claro está, que establece la misma Ley Fundamental.

Lo más trascendente es la incorporación del juicio oral y público que encuentra respaldo en un mandato constitucional que exige la publicidad de los procesos. Se mantiene la conducción del juicio oral y público a cargo de un tribunal unipersonal o colegiado (según la gravedad del hecho punible a ser juzgado) técnico y se establecen reglas tendientes a

evitar la distorsión de los principios de oralidad (mediante la prohibición de incorporaciones escritas a las audiencias, salvo expresas excepciones), continuidad (señalando taxativas excepciones a la interrupción de la audiencia oral), publicidad (restringiéndose sólo para casos de gravedad comprobada y para determinados actos), intermediación (porque sólo se permite la incorporación de las pruebas anticipadas) y continuidad (porque la suspensión de la audiencia está señalada por casos excepcionales y expresamente señalados).

Finalmente se establecen normas relativas a la acción civil que facilitan una reparación amplia de todos los daños causados a los particulares, al Estado y a la sociedad en su conjunto. Se ha optado por evitar el ejercicio simultáneo de la acción civil y penal en el procedimiento ordinario, mediante la utilización de un procedimiento especial —de carácter monitorio— que garantiza una reparación más rápida y simplifica la tramitación del procedimiento común.

3.3. La estructura del procedimiento ordinario y los órganos encargados de llevarlo a cabo

El procedimiento ordinario está fraccionado en tres etapas claramente diferentes, reguladas en particular en cada uno de los títulos del libro primero. Las modificaciones al respecto del procedimiento vigente se refieren principalmente a la sustitución de la instrucción y prosecución del sumario a cargo del juez de instrucción o del juez de primera instancia, proponiendo la investigación a cargo del fiscal en la etapa preparatoria; y la implementación de la etapa intermedia con una audiencia preliminar, antes de elevar la causa a juicio. El juicio oral y público, llevado a cabo por un tribunal unipersonal o colegiado (tribunal de sentencia), según el caso, también es una innovación con relación al procedimiento escrito; sin embargo, doctrinalmente sigue las líneas clásicas de los códigos procesales modernos con juicio oral.

Nuestro sistema procesal vigente se encuadra dentro de aquellos que siguen el modelo inquisitivo escrito, encargando la investigación o desarrollo del sumario al juez de instrucción. Una vez que éste termina de reunir las pruebas, envía el sumario al fiscal para que sea él quien presente la acusación o requiera la apertura del juicio. También existen

otros sistemas con procedimiento oral que siguen el modelo denominado "mixto" o "reformado", donde se le entrega la investigación al juez de instrucción para que realice una instrucción formal y sobre la base de ese sumario, el fiscal pide la apertura de un juicio oral y público.

El sistema propuesto se adecua doctrinalmente al modelo acusatorio, otorgándole la investigación de los hechos al fiscal, quien es el encargado de preparar la acusación, que él mismo presentará. Se trata de otro modo de organizar la investigación preliminar, consistente en acentuar el carácter acusatorio del proceso, dividiendo las dos funciones básicas de los sujetos judiciales intervinientes, de modo que sea el Ministerio Público el encargado de investigar, quedando reservada al juez la tarea de autorizar y tomar las decisiones jurisdiccionales, pero nunca investigar. Los fiscales tienen la gran responsabilidad de la investigación y posterior acusación si fuere pertinente, y los jueces sólo la responsabilidad de vigilar y controlar la legalidad de la investigación, además de sus atribuciones jurisdiccionales.

3.3.1. ETAPA PREPARATORIA

Luego de los actos iniciales del proceso, la denuncia, la querrela, o la intervención policial preventiva, mediante los cuales ha ingresado formalmente un supuesto hecho delictivo al sistema judicial, comienza una etapa netamente preparatoria, que consiste en un conjunto de actos y diligencias, fundamentalmente de investigación, orientados a determinar si existen razones para presentar la acusación y someter a una persona a juicio. El requerimiento del fiscal, consistente en que se inicie juicio respecto de una persona determinada y por un hecho determinado, se denomina acusación. Por lo tanto, luego de los actos iniciales del proceso, comienza un conjunto de actos procesales a cargo del Ministerio Público, tendientes a preparar la acusación, denominada investigación fiscal, dentro de la etapa preparatoria.

Toda la tarea que significa la investigación preliminar de un delito de acción pública, para fundamentar una acusación formal, o de otro modo, requerir el sobreseimiento, ha sido confiada al Ministerio Público que así reemplaza la labor de los jueces de instrucción y de los jueces de primera

instancia. Durante el período preparatorio, existen básicamente cuatro clases de actos: *a)* diligencias propias de investigación; *b)* resoluciones que dirigen la marcha del proceso; *c)* realización de anticipos jurisdiccionales de prueba, es decir, la realización de pruebas que no podrán ser producidas en el juicio, y *d)* resoluciones, decisiones o autorizaciones jurisdiccionales, referidas a actos que puedan afectar garantías procesales o derechos constitucionales. Entonces, además de las diligencias propias de la investigación del Ministerio Público durante el desarrollo de esta etapa preparatoria, se toman decisiones jurisdiccionales; al respecto, cualquiera de los sujetos procesales puede oponer excepciones o interponer cualquier otro tipo de incidente. Estas decisiones serán resoluciones que deberán dictarse durante la etapa preparatoria, y dentro de ella, la resolución más importante es la que decide sobre la detención o prisión preventiva de un imputado. Estas decisiones formales, por mandato constitucional, deben ser tomadas estrictamente a través de resoluciones jurisdiccionales, es decir, por la autoridad judicial competente: el juez penal.

Otro tipo de decisiones no menos importantes son las que resuelven ciertos actos de la investigación cuando afectan directamente garantías procesales o bienes y derechos protegidos por la Constitución, por ejemplo, al ordenar allanamientos, secuestro, comiso o incautación de objetos o documentos, exámenes psíquicos o físicos del imputado o de un testigo, entre otras.

La acusación, que es el acto mediante el cual el Ministerio Público o el querellante particular, en su caso, requiere el auto de apertura a juicio, es la forma propia de finalizar la investigación. Cuando no se ha encontrado fundamento serio para promover la acusación o cuando no se pudo identificar al imputado procederá alguna de las fórmulas de absolución anticipada (sobreseimiento libre y definitivo) o de clausura provisional del proceso.

Así como la etapa preparatoria se origina a través de actos iniciales perfectamente individualizados, también tiene señalados sus modos de conclusión. La investigación de los hechos a cargo del Ministerio Público no puede quedar abierta indeterminadamente sin proceder a presentar la acusación, ya que la prolongación excesiva o irrazonable lesiona dere-

chos humanos fundamentales; considerando los principios de seguridad jurídica y los derechos del imputado, en ese sentido se establece un plazo máximo de 6 meses de duración de la investigación, plazo que sólo podrá prolongarse, a solicitud del Ministerio Público y por una sola vez, por un período expresamente autorizado por el tribunal de apelación.

3.3.2. ETAPA INTERMEDIA

Una vez presentada la acusación o cualquier otra solicitud del Ministerio Público o del querellante, se procederá a una audiencia preliminar para discutir sobre los actos o requerimientos conclusivos de la investigación. Antes de la audiencia, las partes pueden objetar los vicios o la falta de fundamento de la acusación o la solicitud de sobreseimiento, oponer excepciones o contestarlas, ofrecer las pruebas a ser producidas en el juicio y otras manifestaciones de distinta naturaleza según sus propios intereses por un plazo común de 5 días y durante el cual estarán a consideración de las demás partes, la actuación y evidencias del fiscal acusador.

La audiencia preliminar es entendida como una institución de control formal y sustancial de las actividades y diligencias de la investigación, principalmente de la acusación. La audiencia permite también la aplicación de alternativas dentro del proceso penal, como la suspensión condicional del procedimiento, el procedimiento abreviado, la aplicación de criterios de oportunidad y otras. En la audiencia preliminar, el juez penal debe admitir o rechazar la prueba ofrecida por las partes para el juicio, y al mismo tiempo podrá ordenar la realización de otras que permitan una mejor preparación del juicio. Una vez finalizada la audiencia preliminar, el juez deberá resolver todas las cuestiones que han sido planteadas, y en su caso, dictará el auto de apertura del juicio oral y público, admitiendo la acusación. Ésta es la resolución más importante de la etapa intermedia, por que en ella se determina el objeto del juicio y la sentencia proveniente solamente podrá referirse a los hechos que han sido expuestos en un debate contradictorio.

En la etapa intermedia se toman decisiones importantes de carácter procesal y de gran responsabilidad, y es la forma concreta de control del resultado de la etapa preparatoria.

En ese sentido, la naturaleza, en cierto modo inquisitiva, de la investigación se corrige en la etapa intermedia, de tal manera que los derechos y garantías procesales, y entre ellas, la inviolabilidad de la defensa y el principio de presunción de inocencia no cumplan su función procesal solamente en el juicio, sino también durante todo el procedimiento.

3.3.3. JUICIO ORAL Y PÚBLICO

El juicio oral y público es la etapa esencial y principal de todo el proceso penal, por ello, las etapas anteriores se desarrollan dirigiéndose hacia la sustanciación del juicio. Es allí en donde los conflictos sociales que significaron la apertura de un proceso penal son redefinidos mediante resolución judicial definitiva.

El tercer título del Libro Primero de la segunda parte desarrolla los presupuestos del juicio oral y público, dividiendo su estudio en cuatro capítulos. Como normas generales se introducen las reglas básicas y clásicas del juicio, promoviendo la aplicación bajo pena de nulidad de los principios de inmediación, publicidad y oralidad; respetando el principio de continuidad del juicio, admitiendo suspensiones especiales y precisamente determinadas; y, a su respecto, son reglados los derechos y deberes de las partes durante el desarrollo.

El Código Procesal Penal sigue la línea de los códigos procesales modernos y se aparta considerablemente de los modelos clásicos, ya que permite en los casos en que sea conveniente para la mejor defensa del imputado, la posibilidad de dividir el juicio, o lo que se denomina en la doctrina procesal moderna "cesura del juicio", sobre la base de la necesidad de precisar la discusión judicial sobre la determinación de la pena, evitando que una decisión tan importante se convierta en un simple cálculo matemático o que la pena concreta (clase y cantidad) sea establecida arbitrariamente.

En el mismo sentido del párrafo precedente, se propone la obligatoriedad de una pericia especial o la división del juicio, en los casos en que el delito sea cometido dentro de un grupo social con cultura divergente o cuando quienes intervinieron en el hecho presenten una diversidad cultural evidente (por razones étnicas, sexuales, costumbres, nacionalidades, etc.).

En la sustanciación del juicio se ha seguido el esquema general de los sistemas con juicio oral; asimismo, similar dirección se mantiene para la deliberación y la sentencia, donde lo más significativo es la elaboración de la sentencia inmediatamente después de la deliberación, sin posibilidad de suspensiones o interrupciones.

Teniendo en cuenta que el juicio es oral y público, la lectura de la sentencia es un acto esencial, y en ese sentido, también el contenido de ella debe ser explicado en idioma guaraní, en concordancia con la Constitución de 1992.

En cuanto al sistema de recursos, se han seguido las tendencias tradicionales de legislaciones modernas, ya que el sistema oral implica necesariamente una determinada estructuración de los recursos, que podrá ser alterada en detalles pero que no es conveniente mezclar con formas recursivas propias de los procedimientos escritos, en donde el control aparente se realiza a través de un estudio *integral*, independientemente de lo que establezcan las reglas, ya que se trata de leer el expediente nuevamente. Se ha incorporado la figura de la "adhesión", es decir, la posibilidad de interponer el recurso propio cuando la otra parte lo ha interpuesto y de un modo accesorio a ese recurso, ya que el desistimiento del principal hace caer la adhesión (accesorio, en cuanto al trámite, no a los motivos, ya que ambos recursos son en ese sentido independientes e, incluso, generalmente contrarios). También se ha incorporado en forma clara el principio de la *reformatio in peius*, que es una derivación directa de la inviolabilidad de la defensa prevista en la Constitución. En cuanto a la figura tradicional de la apelación, la misma ha sido mantenida como impugnación contra resoluciones judiciales emitidas durante las etapas preparatoria e intermedia, señalándose la irrecurribilidad del auto de apertura del juicio oral y público; el recurso de apelación especial de la sentencia de primera instancia funciona como un recurso de casación encubierto (errónea aplicación o inobservancia de un precepto legal), ya que por razones de competencia (la Constitución de la República sólo confiere potestad de conocimiento en este recurso a la Corte Suprema de Justicia) dicha nomenclatura impediría otorgar competencia a los tribunales de apelación o de segundo grado, reservándose el recurso extraordinario de casación a la Corte Suprema de Justicia cuando se trate

de la errónea aplicación o inobservancia de un precepto constitucional; finalmente, el recurso de revisión que permite abrir causas fenecidas por nuevos motivos que alteran sustancialmente el fundamento de la sentencia ejecutoriada.

3.4. Los procedimientos especiales

Sin plantear la existencia de unos procedimientos diferenciados, a manera de contracara del trámite ordinario que se acaba de esbozar, existen ciertas salidas alternativas que sustentados en las particularidades de las personas que deben someterse al proceso, a las costumbres o tradiciones de grupos sociales no incorporados al sistema o, a las consecuencias del mismo procedimiento ordinario y de la simplificación de casos que por su notoriedad carecerían, en principio, de razonabilidad llevarlos a un juicio oral y público, han merecido un apartado especial, cuyo trámite tiene por finalidad simplificar, economizar y concentrar los recursos de la justicia penal en casos graves, que efectivamente requieren del compromiso institucional de una correcta atención a través de un proceso ajustado a los principios y garantías reseñados.

3.4. 1. PROCEDIMIENTO ANTE EL JUEZ DE PAZ

A pesar de su desnaturalización funcional a través de nuestra historia, la figura del juez de paz se encuentra en plena evolución. El código le asigna a los jueces de paz algunas funciones importantes, aunque no se apoya en esta figura de un modo permanente.

En primer lugar, le asigna una competencia supletoria —delegada no es el término apropiado—, para que pueda cumplir las funciones de control propias del juez penal en aquellos lugares —en especial en las zonas del interior del país— donde el juez penal no puede actuar rápidamente. Dadas las funciones limitadas que en la etapa preparatoria debe cumplir el juez, esto no significa asignarle una competencia permanente, sino, antes bien, permitir que si el fiscal necesita una autorización (por ejemplo, para un allanamiento), o el imputado quiere fortalecer sus garantías, puede recurrir al juez de paz. Ello será de gran utilidad para el con-

trol de los primeros momentos de la investigación, en especial, de la actuación de la policía nacional. Se trata de un sistema flexible que permite utilizar un recurso ya existente y darle vigencia a las garantías en todos los rincones del país.

En segundo lugar, tiene una competencia alternativa, en particular en las causas de menor entidad y cuando se trata de producir salidas procesales (desestimación, sobreseimiento provisional, oportunidad, suspensión condicional del proceso) o sentencias en casos rápidos (flagrancia, confesión, etc.) siempre que se trate de penas cortas (hasta 1 año) o penas no privativas de libertad o delitos de acción privada, si el imputado acepta la competencia. En los primeros casos, el Ministerio Público provoca optativamente la competencia del juez de paz, presentando ante él su requerimiento fiscal. Si se trata de delitos de acción privada será facultad del querrelante. Este sistema tiene la ventaja de permitir descongestionar la situación de los jueces penales y brindar un servicio judicial rápido y real en zonas alejadas de los centros urbanos. No se trata de un sistema rígido, sino de uno que permite realizar una política de utilización progresiva de estos mecanismos según evolucione la situación y la capacitación de los jueces de paz.

Finalmente, se mantiene una competencia tradicional en esta magistratura judicial: el juicio de faltas. Qué faltas deberán ser juzgadas, es algo que le corresponde definir a la legislación penal o a las leyes especiales. De todos modos, el Código Procesal Penal ha legislado un procedimiento de faltas, breve y sencillo, sobre base oral, para aquellos casos que existan o pudieran existir.

3.4.2. PROCEDIMIENTO ABREVIADO

El procedimiento abreviado es, básicamente, una simplificación de los trámites procesales, de modo que, exclusivamente con el consentimiento del imputado, se puede prescindir del juicio oral y dictar una sentencia sobre la base de la admisión de los hechos por parte del propio imputado.²⁴ En este sentido funciona de un modo similar al allanamiento

sobre los hechos, institución ya ampliamente conocida en la legislación procesal civil.

Los requisitos previstos para este procedimiento son bastante estrictos porque prescindir del juicio oral afecta a garantías muy básicas que sólo pueden ser dejadas de lado si el beneficiario de ellas —el imputado— consiente de un modo claro y libremente su aplicación. Por ello es necesario, en primer lugar, la aceptación de los hechos; en segundo lugar, el consentimiento para la aplicación de este procedimiento, prestado con total libertad. Para garantizar que no existan coacciones indebidas, el defensor con su firma debe asegurar que el imputado ha prestado libremente su consentimiento. Aceptar los hechos imputados no significa, necesariamente, aceptar la condena y la aplicación de una pena: ello sólo implica no contradecir el hecho descrito en la acusación.

Los acusadores son los autorizados para provocar este procedimiento, no el imputado por sí mismo. De todos modos, su ámbito de aplicación ha sido restringido, quizás en una primera etapa de prueba sobre la utilización de esta institución, a delitos que no tengan prevista pena privativa de libertad o a delitos cuya pena máxima de prisión no supere los 5 años.

Esta propuesta común se presenta ante el juez (penal en la mayoría de los casos, y si la pena que se pide es menor a 1 año o no privativa de libertad, se puede presentar ante el juez de paz), quien puede aceptar o no el procedimiento (porque considera que no se dan los requisitos de procedencia) o puede condenar o absolver (por ejemplo, si por más que exista reconocimiento de los hechos considera que el hecho no constituye delito). La única limitación que tiene el juez consiste en que la condena no puede imponer una pena más grave que la solicitada por los acusadores. Ése es, justamente, el beneficio del imputado al aceptar este procedimiento.

Se ha optado por un inicio prudente de esta institución y de allí su limitación a casos de menor importancia. El control judicial imprescindible garantiza que el procedimiento no será distorsionado a través de presiones indebidas para lograr confesiones, ni que se abrirá una puerta para nuevas corrupciones. El futuro dirá si se trata de una institución que puede ser ampliada por sus beneficios o debe ser limita-

²⁴ Art. 420 de la ley 1286/98, Código Procesal Penal.

da o eliminada. En este tema, como en tantos otros, no existe otro camino que el del ensayo y el error.

3.4.3. PROCEDIMIENTO POR DELITOS DE ACCIÓN PRIVADA

Conciliando la función de garantizar el derecho de petición reconocida a la víctima, se establece un procedimiento especial para todos los casos de delitos de acción privada previstos en el art. 17 del Código Procesal Penal.

Básicamente el procedimiento por delitos de acción privada comienza directamente en el juicio oral y público, que se rige conforme a las reglas comunes. Sin embargo, existe una etapa previa que puede servir para tratar de provocar la conciliación o retractación (se prevé una audiencia obligatoria de conciliación) o puede ser utilizado para lograr algún auxilio judicial para preparar la acusación (por ejemplo, averiguación del nombre real tras el seudónimo, en el caso de libelos difamatorios, averiguación de domicilios, etc.). Los delitos de acción pública que se convierten en delitos de acción privada ingresan al régimen de esta acción sin restricciones, es decir, que la querrela puede ser desistida o abandonada, con las consecuencias especiales previstas para estos casos.

3.4.4. PROCEDIMIENTO PARA LA APLICACIÓN EXCLUSIVA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD

Según la ley penal y la doctrina común al respecto, la inimputabilidad no permite la aplicación de una pena porque la alteración de las facultades mentales o la imposibilidad de dirigir las acciones conforme a una comprensión razonable impide la declaración de culpabilidad. En estos casos, las medidas de seguridad son la consecuencia del hecho ilícito, no culpable.²⁵ Pero la inimputabilidad no significa que no se deba probar la existencia del hecho ilícito, o que respecto del inimputable no operen las causas de justificación, por ejemplo.

²⁵ Arts. 73 a 80 de la ley 1160/97, Código Penal.

El juicio especial previsto busca llamar la atención sobre la prueba de los restantes elementos que permiten la aplicación de una medida de seguridad (básicamente todos los que hacen a la existencia del hecho y a su ilicitud), pero adapta las reglas del procedimiento a las circunstancias particulares del imputado, que generalmente se halla, además, en una situación de incapacidad procesal. Se trata de un procedimiento que aumenta las garantías, restringe la publicidad y obliga a una consideración más particularizada de las circunstancias personales del imputado.

3.4.5. PROCEDIMIENTO PARA MENORES IMPUTABLES

Por razones de sistema y necesidad propias de la generalidad de la ley, se establece un límite preciso a partir del cual comienza la plena responsabilidad penal. Sin embargo esta ficción legal no debe ser confundida con la realidad insoslayable de que no es lo mismo un delito cometido por una persona adulta que otro, quizás el mismo en términos de gravedad, cometido por un menor de edad, aunque según la ley penal, ya tenga la capacidad para ser culpable.

Este procedimiento especial busca preparar a la administración de justicia y al Ministerio Público para este primer encuentro con un joven imputado. Se busca que los fiscales sean especializados, que se trate de involucrar a los padres o familiares del menor, que se restrinja al máximo la publicidad, que no se abuse de la privación de libertad y, especialmente, que se trate cuidadosamente todo lo relativo al desarrollo educativo y personal del joven. Además, se establece que en estos casos la cesura del juicio prevista en el procedimiento ordinario sea obligatoria, para que exista una discusión más detallada sobre la pena a imponer, en su caso. Aquí el acierto judicial en la individualización de la pena es fundamental para el cumplimiento de los fines de prevención especial previstos en la Constitución.

3.4.6. PROCEDIMIENTO PARA LOS DELITOS RELACIONADOS CON PUEBLOS INDÍGENAS

Una de las innovaciones importantes del Anteproyecto es la creación, en armonía con la Constitución Nacional, de

un procedimiento para los delitos relacionados con pueblos indígenas. Las 17 naciones, etnias o pueblos indígenas que representan ahora un porcentaje pequeño de la población del país, son herederas de una cultura de existencia anterior a la Constitución del Estado paraguayo. Estos 17 pueblos sufrieron los embates del sector occidental de la población, que fundado en su poder destructivo y la coacción, creó un sistema en el que fueron conculcados los derechos más fundamentales de sus integrantes. Una pieza más de la política en virtud de la cual se negó la vida a estos pueblos indígenas, evidentemente ha sido el Derecho escrito, extraño a esas culturas y paralelo a los sistemas de regulación jurídica propios de sus sociedades.

Después de la Constitución de 1992, la reforma del sistema judicial no puede quedar ajena a esa realidad, si pretende aportar algo positivo a la construcción de una sociedad auténticamente democrática en la que la unidad no niegue la diversidad necesaria, para que cada persona legítimamente pueda alcanzar el pleno desarrollo de sus potencialidades humanas.

Así también lo entendieron los redactores del Código Procesal Penal cuando no sólo hemos establecido normas especiales en lo relativo al reconocimiento como víctima de la comunidad indígena y en cuanto al régimen de la acción, sino que se dedicó un procedimiento específico para regular este problema, en el cual se destaca que esta posibilidad (la de otorgar intervención a la justicia penal en los conflictos de esta índole) debe ser excepcional o de *ultima ratio*. Por lo tanto, cuando la intervención estatal es inevitable, han sido establecidos los siguientes mecanismos: a) la figura de peritos que intervienen en todas las fases del proceso de un modo especial, inclusive participando del debate ante los tribunales; también especialistas asesoran al fiscal en la investigación, evitando inútiles violaciones de los derechos indígenas; b) la posibilidad de que, a partir del Derecho consuetudinario, sean modificadas ciertas reglas del proceso; c) un registro obligatorio de la apreciación de todas las cuestiones concernientes al Derecho consuetudinario en el juzgamiento de las causas; d) precauciones para que la prisión preventiva sea evaluada como elemento de agresión cultural, de tal modo que el juez, aconsejado por el perito, pueda ordenar medidas

correctivas: e) diversas instancias en las que se busca una conciliación entre las partes, sin distinción del tipo de delito, como en el régimen común, y f) un sistema de modificación de sanciones, en forma más beneficiosa al condenado que busca dar garantías a la finalidad constitucional de la pena en atención a la cultura de los involucrados, limitado a ciertos casos de menor entidad, retomando el principio hoy establecido en el art. 88 del Código Penal vigente.

3.4.7. PROCEDIMIENTO PARA LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS

Este procedimiento podrá ser utilizado luego de lograda la condena del imputado o la medida de seguridad impuesta a un inimputable; a través de lo que en doctrina se conoce como procedimiento monitorio, es decir, un procedimiento de litis restringida e inversión en la provocación de la *litis*.

La ventaja sustancial que se puede obtener a través de este procedimiento es de carácter sustancial: la celeridad de la indemnización a la víctima de un delito. Recuérdense lo señalado en la atención de los intereses de la víctima: un fin legítimo del proceso y uno de los más importantes. En lo relativo a la independencia de la acción civil y criminal, establecida por el art. 1865, 1ª parte, del Código Civil, para algunos, impide el ejercicio de la acción civil en la jurisdicción en la cual se juzga el delito. En realidad la independencia es puramente jurídica en el sentido de que la responsabilidad civil es distinta a la penal, cuyas pautas regulativas están previstas en el Código Civil. En este mismo sentido, Luis Martínez Miltos, expresa: "La ley civil autoriza el ejercicio independiente de la acción civil, pero no excluye que ésta pueda moverse ante el juez en lo criminal, al mismo tiempo que la acción penal. De suerte que el damnificado tiene opción entre una y otra vía. Quedan así confirmadas las normas del citado art. 25 del Código Procesal Penal en cuanto prescribe la procedencia del ejercicio de la acción civil ante el juez civil, o ante el juez penal".²⁶ El Código Procesal Penal reconoce el ejercicio alternativo de la acción civil, pero re-

²⁶ MARTÍNEZ MILTOS, Luis: *Derecho Penal, Parte General, 2ª parte*, Intercontinental, Asunción, 1993, p. 256.

chaza el ejercicio simultáneo con la acción penal por razones prácticas, ya que en la mayoría de los casos el actor civil estará legitimado para actuar como querellante y no se observa la conveniencia de multiplicar los sujetos procesales, si luego se otorga una vía rápida, casi ejecutiva.

Estarán legitimados los querellantes particulares y el Ministerio Público, cuando éste represente a intereses de la sociedad, como son los intereses difusos o colectivos. Si se trata de intereses puramente estatales, la legitimidad le corresponde al procurador general de la República. El Ministerio Público no puede ejercer la acción civil en representación de los simples denunciantes, ya que solamente resultan legitimadas solamente las personas particularmente afectadas por el derecho indemnizatorio, para lo cual el Ministerio Público carece de facultades. No obstante, se prevé un sistema de delegación y auxilio para personas de escasos recursos o incapaces sin representación, por parte del órgano acusador.

Como hemos adelantado, sólo podrán ser demandados los condenados, o a quien se haya aplicado una medida de seguridad en razón de su inimputabilidad, como responsables directos. El procedimiento por el cual se llevará a cabo este sistema de reparación será el de demanda y contestación, respetándose los principios constitucionales de bilateralidad del proceso y la defensa en juicio de las personas, aunque con plazos breves y defensa restringida, pues debemos recordar que el procedimiento es posterior a la sentencia condenatoria. Podrán objetarse sólo la legitimación del reclamante, la clase o extensión de la reparación solicitada y el monto o cuantía de la indemnización. Si no existe objeción, queda firme directamente el mandato de reparación emitido sobre la base de la demanda.

Para concluir, el procedimiento se llevará a cabo con una audiencia de conciliación de las partes, fundamentación de sus argumentos y producción de las pruebas aportadas en sus respectivos escritos de demanda y contestación. El juez deberá homologar los acuerdos a que han arribado las partes; o resolverá sobre lo propuesto, ordenando la reparación o indemnización de los daños causados. Esta resolución será apelable ante el tribunal, siempre que se haya concurrido a la audiencia. El rechazo de la demanda no impedirá al perjudicado la promoción posterior en el fuero civil de una deman-

da ordinaria. El abandono de la instancia sólo producirá la perención de la instancia y la condena en costas; esta regla fue pensada en atención a la estructura general del proyecto originario: la protección de la víctima y del imputado.

3.5. La participación del ofendido en el procedimiento

La participación de la víctima ya sea como querellante particular o como querellante conjunto tiene su tratamiento en el libro primero referente a los sujetos procesales, título III.²⁷ Sin duda, las reglas del proyecto convertido en ley han acrecentado notablemente las facultades de intervención de la víctima, dándole una participación activa en el proceso conforme al art. 68, que le concede las facultades siguientes: a) intervenir en el proceso penal conforme a lo establecido en este código; b) a ser informada de los resultados del proceso, aun cuando no haya intervenido en él, siempre que lo solicite; c) a ser escuchada antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, siempre que lo solicite; d) a participar en el juicio, conforme a lo establecido por este Código; e) impugnar la desestimación, el sobreseimiento definitivo o la absolución, aun cuando no haya intervenido en el proceso como querellante.

Como se podrá notar conforme al inc. e), podrá impugnar la desestimación, el sobreseimiento o la absolución aun cuando no haya intervenido en el proceso como querellante; con este inciso se amplía considerablemente sus facultades permitiendo un control efectivo del proceso, situación totalmente nueva, pues el actual Código de Procedimiento Penal apenas confiere intervención a la víctima siempre que asuma el papel formal de querellante particular y una participación casi nula en los delitos de acción penal pública, permitiéndosele apenas una declaración informativa en el proceso. Esta débil posición se ha revertido, ya que se le ha reconocido la posibilidad de intervenir en el procedimiento por delito de acción pública, juntamente con la Fiscalía, y se reconoce su necesidad de conocer y controlar los actos conclusivos del procedimiento y el correcto ejercicio de los deberes de per-

²⁷ Arts. 67 al 73 de la ley 1286/88, Código Procesal Penal.

secución penal por parte del Ministerio Público, sin la exigencia de asumir el papel de querellante.

En el nuevo cuerpo jurídico, tanto el Ministerio Público y los tribunales están obligados a informar a la víctima acerca de sus derechos en las diferentes etapas y trámites del proceso y de la evolución de éste; como una innovación importante a favor de ella, el art. 68 establece: "La víctima será informada sobre sus derechos cuando realice la denuncia en su primera intervención en el procedimiento". Otra de las propuestas innovadoras consiste en la reparación de los daños a las víctimas luego de lograda la condena del imputado o la medida de seguridad impuesta a un inimputable, ante el mismo tribunal que dictó la sentencia condenatoria. Este procedimiento tiene una ventaja importante en la certeza de la indemnización a la víctima de un delito resarcible, estableciéndose un procedimiento abreviado, sin muchas complicaciones con plazos perentorios y de defensa restringida. También se establece la posibilidad de la extinción de la acción penal por la reparación del daño en delitos de contenido patrimonial o en los delitos culposos, y se legisla sobre instituciones que tienen como condición la reparación del daño.

Se incorpora de esta forma la reparación del daño a la víctima como uno de los objetivos del proceso penal, además de sus clásicas finalidades. Con la introducción de estas normas el anteproyecto busca equilibrar sus finalidades, dando al imputado los derechos y garantías constitucionales y procesales, pero también introduciendo la figura de la víctima en forma activa, quien deja de ser un convidado de piedra en el proceso.

3.6. La ejecución penal

Uno de los graves problemas actuales resulta de la escasa atención que la justicia penal le presta a la etapa de ejecución de la pena. Si todo el proceso se organiza para llegar a una decisión, si muchas veces eso se logra con enormes esfuerzos y recursos, si la Constitución se ha preocupado en establecer cuáles han de ser las finalidades de la pena, entonces carece totalmente de sentido que el proceso de ejecución sea un simple trámite administrativo o que la administración de justicia delegue fácticamente todo el control del cumplimiento de la pena, en organismos administrativos.

Se busca revertir esa situación con dos medidas: a) La primera, con la creación del juez de ejecución que, como ya hemos explicado, tendrá a su cargo todos los incidentes propios de la ejecución (desde el cómputo de la pena hasta la libertad condicional), el control genérico sobre el cumplimiento de las finalidades penitenciarias y la preservación de los derechos de defensa del condenado durante la ejecución penal, que, como hemos visto, se extiende a esta etapa. El juez de ejecución se convierte, pues, en un control externo del sistema penitenciario. Creemos que será un buen paso en el ordenamiento y humanización de todo el sistema carcelario del Paraguay; b) La segunda medida ha sido el establecimiento de un procedimiento de ejecución mucho más claro y también basado en principios de inmediatez y oralidad, cuando se deba tomar decisiones que afectan sustancialmente el desarrollo de la pena.

De esta forma, se pretende que la justicia penal no sea ciega para sus propias decisiones, sino que se haga cargo de ellas y procure que las finalidades del proceso y de la pena no se vean frustrados por defectos en su cumplimiento, así como que la excesiva administrativización de esta etapa derive en graves afectaciones a los derechos de las personas, que para nada son vinculantes con el sufrimiento propio de la pena o del encierro. La sociedad no puede institucionalizar la crueldad; bastante grave es ya el recurso de la pena de prisión, para olvidarnos de las personas que están en la cárcel y no entender que la misión concreta de la justicia, componente esencial de la jurisdicción, es también "ejecutar lo juzgado".

3.7. La organización judicial y del Ministerio Público

El Libro Primero de la ley 1286/98, que sanciona el Código Procesal Penal, ha conferido competencia penal a la Corte Suprema de Justicia, a los tribunales de apelación, a los tribunales de sentencia, a los jueces penales, a los jueces de paz, y a los jueces de ejecución. En este sentido se ha tratado de profundizar en los cambios procesales, sin alterar, salvo en lo indispensable, la organización judicial ya existente; ello no resulta del hecho de que dicha organización judicial no necesite profundas modificaciones, sino porque puede con-

vertirse en una tarea excesiva (*aunque este discurso es motivo de polémica*) implementar cambios procesales profundos junto con modificaciones profundas en la estructura judicial.

Llamamos la atención, no obstante, sobre dos nuevas clases de órganos jurisdiccionales: los tribunales de sentencia y los jueces de ejecución. Los primeros serán los encargados de los juicios orales y públicos, conformados unipersonalmente (en la sustanciación de hechos punibles cuya sanción sea exclusivamente pena de multa o privativa de libertad hasta 2 años, en la sustanciación y resolución para la reparación del daño, en los casos en que haya dictado sentencia condenatoria y en la sustanciación y resolución del recurso de apelación cuando se trate de sentencia definitiva dictada por el juez de paz) o por 3 jueces penales (en los demás hechos punibles); se debe tener en cuenta que no todos los casos llegan a juicio oral, mucho menos en este modelo, donde existen variadas alternativas previas al juicio. Los segundos, jueces de ejecución o en otras legislaciones llamados jueces de vigilancia penitenciaria, se encargarán de todas las consecuencias que acarrearán las decisiones del tribunal de sentencia, desde la calidad de vida del condenado en los centros penitenciarios —a fin de velar por el cumplimiento de las finalidades constitucionales de la pena—, hasta los problemas que acarrea la ejecución de las fianzas y multas aplicadas; asimismo, se le atribuye competencia para la vigilancia de las medidas cautelares de orden personal durante el proceso penal y para las medidas dispuestas por el juez para el cumplimiento de la suspensión del procedimiento.

Desde otro punto de vista, podemos resaltar que la Corte Suprema de Justicia se verá menos presionada, ya que sólo conocerán de la sustanciación y resolución del recurso extraordinario de casación y de revisión, cuando sea ella misma la que pronunció el fallo. Los tribunales de apelaciones tendrán a su cargo la mayoría de la actividad de control, conociendo del recurso de apelación general de resoluciones judiciales emitidas en las etapas preliminar e intermedia, respectivamente, y del recurso de apelación especial de sentencias de primera instancia.

Por otra parte, se establece nuevas competencias para los juzgados de paz, que será limitada, a fin de descentrali-

zar el trabajo de los tribunales ordinarios, con una competencia accidental, provocada de manera opcional por el Ministerio Público, o supletoria, por razones de urgencia o necesidad. No obstante, se busca fortalecer la figura del juez de paz, que en un futuro cercano, él sea el primer escalafón de la carrera judicial.

Uno de los cambios más trascendentales contenidos en el Código Procesal Penal es la nueva concepción del Ministerio Público, en cuanto a su ubicación institucional y sus funciones en el proceso penal. Desde esta perspectiva, ejercerá la acción penal en un sentido integral y completo, tal como ha sido diseñado en la Constitución, abandonando el perfil institucional híbrido, en cierto sentido, que ha tenido hasta ahora. Se le reconoce atribuciones que surgen del mismo texto constitucional: las facultades de dirección en la investigación de los hechos punibles; la realización de actos tendientes a promover la acusación contra el supuesto imputado y su participación en el mismo proceso penal. De esta manera, ejercerá el control y dirección funcional de la policía nacional, en todo lo relativo a la investigación de los delitos.

A partir de esta serie de funciones constitucionales, la nueva legislación le impone también un conjunto de responsabilidades graves, como ser: la carga de la prueba en juicio de los hechos en que fundará su acusación; y, que sus actuaciones deberán ser regidas por el principio de objetividad. Por *principio de objetividad* debe entenderse la correcta aplicación de la ley y el aseguramiento de todos los elementos que favorezcan al imputado. El Ministerio Público no tiene como misión la simple acusación, sino hallar la verdad de lo sucedido y proponer la solución más justa dentro del sistema jurídico positivo.

Por otra parte, la Policía Nacional —como un organismo civil armado, tiene a su cargo velar porque se cumplan la Constitución, las leyes y los reglamentos que de ella emanan, protegiendo la vida humana y la propiedad, para hacer más segura y cómoda la convivencia social— será un organismo auxiliar controlado y dirigido por el Ministerio Público en todo lo relativo a las actividades de investigación de los delitos de acción penal pública. También le corresponderá impedir que los delitos tentados o cometidos originen consecuencias mayores, trabajará en la individualización de los

autores, cómplices o partícipes, cubrirá la prueba para dar base a la acusación fiscal, entre otras actividades. La subordinación de las fuerzas policiales no sólo se deberá al Ministerio Público, sino que deberán obedecer al juez durante la tramitación de un proceso. Debe quedar claro que esto no significa un cambio de dependencia de la Policía Nacional que seguirá con sus propias autoridades administrativas. El concepto de dirección funcional señala que su actuación en actividades vinculadas a lo judicial siempre se realiza de un modo subordinado y auxiliar.

En cuanto a la Policía Judicial, será un órgano auxiliar y dependiente funcionalmente del Ministerio Público. La función primordial de este órgano auxiliar será la colaboración en la investigación de los hechos punibles, cumpliendo estrictamente las instrucciones del fiscal general del Estado y de los demás miembros del Ministerio Público. Trabajarán coordinadamente con la Policía Nacional bajo enlace del fiscal general del Estado y se conformarán en cuerpos especializados en diversas disciplinas auxiliares para la determinación y comprobación de la información probatoria que sustentará la acusación objetiva de los fiscales. Su organización y funcionamiento deberán ser reglamentados por ley, sobre la base de estos principios.

4. Observaciones empírico-jurídicas

4.1. Breve desarrollo empírico-jurídico

Una de las realidades que deben ser atendidas con urgencia por el nuevo Código Procesal es el tratamiento dispensado al instituto de la prisión preventiva. El actual sistema establece una serie de presupuestos sustentados en la existencia de indicios de culpabilidad del imputado y semi-plena prueba de la perpetración de un hecho delictual para aplicarla como pena anticipada, ya que el afectado debe probar desde los inicios mismos de una causa penal, su absoluta inocencia. Esta modalidad que fue consolidada por la jurisprudencia y aun por fallos contradictorios de la actual Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), ha sostenido que, mientras no exista un cambio de legislación procesal penal,

las pautas de la prisión preventiva como *pena anticipada*²⁸ continuarán aplicándose.

Los efectos de esta forma de aplicación han ubicado al Paraguay como uno de los países que están a la cabeza respecto al número de presos sin condena. Las cifras se mantienen invariables ya desde la década de los 50 y oscilan entre un 94 y 97 % de los reclusos en calidad de presos sin condena.

En 1983,²⁹ las cifras encontradas por Elías Carranza y otros en una investigación del ILANUD (Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la prevención del delito y tratamiento del delincuente), demostraban que en el año 1981 el Paraguay lideraba la "lista negra" de países con mayor índice de presos sin condena en América latina. La relación de las cifras se realizó conforme a las estadísticas oficiales que detallaban que la Penitenciaría Nacional de Tacumbú presentaba un porcentaje de 94,25 % de prevenidos y un 5,75 % de condenados.

En 1990, una investigación de campo³⁰ denunciaba que de un total de 2.234 reclusos en las cárceles del país, 2.058 eran presos sin condena (92,12 %) y 176 condenados (7,88 %); posteriormente, una reciente investigación del ILANUD reiteraba la situación crítica del elevado índice de presos sin condena en América latina, y demostraba que nuevamente el Paraguay encabezaba la "lista negra".

Se carece de trabajos serios de seguimiento y estadísticas que revelen el término medio de duración de la prisión preventiva, aunque la revista de la Corte Suprema de Justicia de los últimos 3 años, revela una disminución de esa morosidad de la restricción de la libertad, oscilando, según informes del año 1997, en una media de 3 años o más.

En cuanto a la aplicación de medidas alternativas a la prisión preventiva, la propia legislación de la materia se ha encargado de desdibujar los institutos alternativos como la excarcelación y la eximición de la detención y de la prisión.

²⁸ Art. 337 del Código de Procedimientos Penales de 1890.

²⁹ CARRANZA, Elías, y otros: *Sistemas penitenciarios y alternativos a la prisión en América latina y el Caribe*, ILANUD, Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 8.

³⁰ ELIZECHE, Modesto, y otros: "Sistema penitenciario y reacción estatal contra la criminalidad", CIDSEP, Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica "Nuestra Señora de la Asunción", Asunción, 1990, p. 121.

En efecto, se señalan como ineximibles —aunque concuerdan con los presupuestos fácticos en el imputado y las particularidades del hecho investigado— los delitos contra el patrimonio, contra la vida y de tráficos de drogas y otras sustancias. Asimismo, algunos jueces, en aplicación directa del Pacto de San José de Costa Rica, han decretado medidas alternativas (prohibición de abandonar el territorio nacional, embargo y/o inhabilitaciones de orden patrimonial, restricciones a la libre circulación por razones de seguridad, etc.) antes que la prisión preventiva y las cámaras de apelación en lo criminal se han encargado de anularlas, señalando que tales medidas alternativas son inconstitucionales, mientras no exista una norma procesal que habilite a los jueces obrar en tal sentido. Finalmente, en cuanto al control de las medidas cautelares de orden personal, en los hechos, la prisión preventiva se convierte en una pena anticipada ya que las apelaciones que por mandato del Código Procesal vigente exigen que los tribunales se expidan en el plazo de 24 horas sin ningún trámite adicional, jamás son decididas en dicho lapso y, por lo contrario, son decididas, ordinariamente, en un tiempo que oscila entre los 2 y los 3 meses.

Esta realidad no ofrece mayores reparos con lo afirmado si seguimos las mismas estadísticas que revelan que la mayoría de los procesos no culminan con una resolución judicial, sino por el archivamiento del expediente, demostrando inclusive un alto índice de parálisis procesal, que es fácilmente comprobable con una investigación sobre el estado de los juicios o de las formas en que ellos terminan. Al respecto, tomamos como parámetro el trabajo realizado por Modesto Elizeche y otros, en donde se puede observar que del total de 241 sumarios instruidos en una secretaría de un juzgado en lo criminal en la Capital en el año 1987, y tomando en consideración la situación de 276 procesados: *a*) en 95 casos, a pesar de las diligencias sumariales, no se logró la detención del imputado y el proceso no prosiguió; *b*) en 43 casos se paralizó el sumario luego del levantamiento de la detención; *c*) en 83 casos, el juez permitió la excarcelación provisoria del procesado, archivándose desde allí el expediente; *d*) en 5 casos se procedió a la revocatoria del auto de prisión preventiva; *e*) en 28 casos al procesado se le concedió la libertad por haber permanecido recluido el tiempo máximo de la pena que

se esperaba si era condenado (libertad por compurgamiento de pena); *f*) en 2 casos, se firmó su libertad por prescripción de la acción penal y por perención de la instancia, respectivamente; *g*) en 12 casos los procesos se hallaban en estado de sentencia; *h*) en 8 casos, se dictaron sentencias absolutorias o sobreseimientos; e *i*) en ningún caso se dictó sentencia condenatoria.

En cuanto a la duración de los procesos, el Código vigente señala que la etapa de investigación (sumario) no podrá exceder el plazo de 60 días, transcurridos los cuales el sumariante tiene que informar a la Corte Suprema de Justicia quincenalmente las razones de la inobservancia del plazo y los motivos que impiden concluir la investigación. Este informe, en la práctica, nunca se eleva y la Corte Suprema de Justicia nunca adoptó medidas de superintendencia para corregir estas anomalías. La clausura del sumario, entonces, queda sujeta a una conveniencia más o menos consentida por las partes, de practicar todas las diligencias necesarias que cada una de ellas propone, sin control sobre su pertinencia o impertinencia por parte de los jueces que la dirigen. En estas condiciones, de existir clausura sumarial, el estado plenario o debate, tiene marcadas las pautas de un proceso civil que orillarían en un plazo que no tendría que exceder —de cumplirse continuamente los plazos sin interrupción alguna— los 3 meses. Sin embargo, a pesar de la ausencia de datos estadísticos serios (ya que el mismo Poder Judicial es el causante de la morosidad), organismos especializados y vinculados al seguimiento de la administración de justicia han señalado que la duración de los procesos fácilmente excede los 3 años.

Finalmente, merece destacarse que en los últimos 3 años se han creado nuevas circunscripciones judiciales del área penal (4 regionales y varios juzgados del área metropolitana que ascienden en total a 10); lo mismo aconteció respecto a las fiscalías que han tenido un crecimiento proporcional a la creación de nuevas judicaturas. Sin embargo, tomando como parámetro la población nacional que casi alcanza los 5.000.000 de habitantes y el número de jueces penales y fiscales de que se dispone en la actualidad, incorporando a su vez, a los jueces de paz, tenemos un total aproximado de 60 magistrados y 50 fiscales (sólo para el área penal y correccional del menor). Estas cifras revelan la existencia de 1 juez

por cada 83.333 habitantes y de 1 fiscal por cada 100.000 habitantes. En consecuencia, en el país existen 1,2 jueces y 1 fiscal por cada 100.000 habitantes, respectivamente. Este nuevo proyecto presupuestario que presentaron la Fiscalía General del Estado y la Corte Suprema de Justicia, requiere un mando una duplicación de funcionarios fiscales y judiciales para enfrentar los nuevos requerimientos y funciones que señala el Código Procesal Penal a sus respectivas organizaciones.

4.2. Problemas y deficiencias del procedimiento vigente

Cuando la nueva Ley Fundamental entró en vigencia el junio del 1992, toda la sociedad, y principalmente la comunidad jurídica, quedó convencida de que ello era apenas el primer paso del camino de transición y de que, como segundo esfuerzo, se necesitaba imperiosamente una profunda reforma judicial y legislativa en todas las áreas, con mayor razón, debido a los valores humanos que interactúan, la transformación del sistema penal positivo.

Muchos errores conceptuales se ha cometido en torno a la identificación y magnitud de los obstáculos que impiden la consolidación de la estructura judicial sobre valores democráticos y republicanos; empero, se ha podido definir con claridad que los problemas de la administración de justicia difieren en gran medida con la complejidad de otras áreas, ya que la realidad jurídica en el país refleja un alto grado de certidumbre acerca de la crisis en la que se encuentra inmersa, principalmente, la justicia penal por sus resultados y las consecuencias sociales que influyen ostensiblemente en las demás funciones del Estado.

Basta para ello monitorear el funcionamiento del todavía vigente Código de Procedimientos Penales cuyos antecedentes encontramos en las postrimerías de la segunda década luego de la guerra grande, de la mano de dos dignos exponentes de la inmigración culta, que llegó al Paraguay, los españoles don Ricardo Brugada y el Dr. Ramón Zubizarreta, quienes toman como fuente las legislaciones de España y Argentina; de España, las leyes de enjuiciamiento

criminal anteriores al Código de 1882, y de la Argentina, el Código Federal de 1888, proyecto de Manuel Obarrio, que al decir de Vélez Mariconde, "nació viejo y caduco, no sólo con referencia a las demás legislaciones extranjeras y a la doctrina francesa e italiana que ejercieron directa influencia en España, sino con relación a la propia legislación de la Madre Patria, donde ya estaba en vigor el Código de 1882". Si la propia fuente directa es vetada por "vieja y caduca",³¹ ¿cómo correspondería calificar a su producto, nuestro Código de Procedimientos Penales vigente?

El resultado de esa funcionalidad del actual procedimiento escrito, nos permite afirmar, hoy como ayer, que es la principal causa de la morosidad judicial y su correspondiente onerosidad, a través: de las vistas obligadas a las partes por separado, de las excepciones dilatorias de previo y especial pronunciamiento, de los recursos y sus plazos, de la posibilidad de recurrir a la segunda y hasta la tercera instancia, por inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia. Otro de los efectos perniciosos del inodelo inquisitivo vigente es la falta de intermediación de los jueces y la centralización de la organización judicial, con relación a las circunscripciones del interior del país. "En la campaña puede decirse que hasta ahora no hay justicia, no obstante ser un principio elemental de buen gobierno, que la justicia debe estar cerca de aquellos que necesitan de su amparo."³²

A pesar de la conformación de las circunscripciones judiciales del interior del país, la situación aún es palpable y problemática en aquellas localidades alejadas de estas sedes; y con relación a la intermediación judicial, la delegación de funciones jurisdiccionales que realizan los jueces al no presenciar las declaraciones, sean indagatorias o testimoniales, entre otros actos, echa por el suelo la aplicación positiva de aquel principio. Como mencionamos, la realidad de la situación crítica de la administración de justicia en el Paraguay, se refleja cual espejismo que revela las falencias latentes de un sistema más que centenario, pero impotente de salir del caos en que se halla, y que arrastra consigo la carga pesada

³¹ Código Procesal Penal (ley 1286/98). Exposición de Motivos, 1ª ed., El Foro, Asunción, septiembre de 1998, p. 9.

³² GONZÁLEZ, Teodosio: *Infortunios del Paraguay*, Asunción, 1982, p. 340.

de afectar a bienes jurídicos inalienables del ser humano como ser la libertad y su dignidad.

La ineficiencia e ineficacia del modelo procesal penal para resolver o redefinir los conflictos sociales que ingresan a su maquinaria se patentiza en los resultados de una encuesta sobre realidad jurídica en Paraguay,³³ efectuada entre los años 1996 y 1997 en el área metropolitana y de la que se deduce que una de las principales insatisfacciones de la comunidad hacia sus instituciones es la ausencia de juicios justos y garantizados para las personas que recurren a la administración de justicia. Después de los partidos políticos, la justicia es la que refleja el mayor porcentual de rechazo en relación a su gestión en esta transición política que se iniciara a partir de 1989. Mencionar algunos aspectos que exteriorizan ese descontento, es fundamental para apercibirnos de los desafíos que deberán encontrar una rápida cobertura a partir de la implementación del modelo procesal penal oral y de corte acusatorio, desde julio de 1999: los presos sin condena, las personas que exigen el castigo de los delincuentes de cuello blanco, el respeto por las garantías constitucionales, la aplicación de la prisión preventiva como pena anticipada, los alzamientos de presos en recintos carcelarios por la lentitud exasperante de sus procesos, el incumplimiento de los plazos judiciales en todos los niveles e instancias del Poder Judicial, la casi nula presencia de una defensa pública que pueda satisfacer los requerimientos de una masa importante de imputados de escasos recursos, el protagonismo meramente de acompañamiento de la Fiscalía, la falta de asistencia a las víctimas, etc. Todas estas falencias que devela el actual procedimiento y los desafíos del modelo alternativo próximo a regir la justicia penal, demostrarán su eficacia en la medida en que la ciudadanía recupere la credibilidad hacia sus instituciones y de esta manera se pueda derivar hacia otros aspectos sociales y políticos la explicación sobre las razones que generan un sensible crecimiento de hechos que revelan justicia por mano propia en los alrededores de la capital y el consecuente aumento de la inseguridad ciudadana.

³³ KRONAWETTER, Alfredo Enrique, y otros: *Transición en Paraguay. Cultura política y valores democráticos*, QR, Asunción, 1998.

PERÚ

POR CÉSAR E. SAN MARTÍN CASTRO*

§ 1. El Perú está regido por la Constitución de 1993, aprobada durante la primera administración del presidente Alberto Fujimori Fujimori, luego del autogolpe del 5 de abril de 1992. Esta Constitución fue redactada por el denominado "Congreso Constituyente Democrático" y aprobada por *referendum* el 31 de octubre de 1993.

§ 2. La Constitución Nacional consagra expresamente que el Perú es un Estado de Derecho. Así tenemos, por ejemplo, que el art. 43 estatuye que somos una República democrática y social, organizada sobre la base de un gobierno unitario, representativo y descentralizado, organizado según el principio de la separación de poderes. El art. 44 prescribe que uno de los deberes primordiales del Estado es garantizar la plena vigencia de los derechos humanos. A su vez, el art. 45 declara que el ejercicio del poder se hace con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen. La Constitución, además, puntualiza el art. 51, prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente.

En el Capítulo VIII regula al Poder Judicial (arts. 138/149). En el Capítulo IX hace lo propio con el Consejo Nacional de la Magistratura (arts. 150/157). El Capítulo X está dedicado al Ministerio Público (arts. 158/160). El art. 173 Constitucional precisa el ámbito competencial del Fuero Militar. El Título V "De las garantías constitucionales" define

* Profesor de Derecho Procesal Penal.

los alcances del Orden Jurisdiccional Constitucional y la función del Tribunal Constitucional. Por lo demás, según el art. 106, la estructura y funcionamiento de todos estos órganos constitucionales se regula por Ley Orgánica; norma que exige para su aprobación o modificación el voto de más del mitad del número legal de miembros del Congreso y que no puede ser objeto de delegación parlamentaria (proscripción de la utilización de los decretos legislativos).

§ 3. La potestad jurisdiccional se ejerce por los jueces ordinarios y su actuación está sujeta al cumplimiento de un conjunto de principios y derechos taxativamente enumerados en el art. 139 de la Ley Fundamental. Es de destacar la unidad y exclusividad de la jurisdicción, la independencia judicial, el debido proceso, el derecho a la tutela jurisdiccional, el juez natural, la gratuidad de la justicia y la defensa gratuita para las personas de escasos recursos. El art. 149 de la Constitución reconoce el derecho consuetudinario e instituye un orden jurisdiccional propio para los grupos sociales y culturales autóctonos (aún no desarrollado legislativamente).

En lo referente al *Estatuto jurídico del juez*, el art. 146 Constitucional garantiza la independencia judicial: los jueces sólo están sometidos a la Constitución y la ley; la inamovilidad en sus cargos, sin que puedan ser trasladados sin su consentimiento; la permanencia en el servicio, mientras observen conducta e idoneidad propias de su función; y una remuneración que les asegure un nivel de vida digno de su misión y jerarquía.

Para ser juez, señala el art. 151 *in fine* de la Constitución, se requiere la aprobación de los estudios especializados impartidos por la Academia de la Magistratura, órgano de Derecho constitucional, descentralizado y autárquico, integrante del Poder Judicial, dedicado a la formación y capacitación de jueces y fiscales en todos sus niveles, para los efectos de su selección (art. 151, C.N.).

El nombramiento de los jueces y fiscales, previo concurso público de méritos y evaluación personal, está a cargo del Consejo Nacional de la Magistratura, al que también le corresponde la imposición de la sanción de destitución y la ratificación general de los magistrados cada 7 años, según lo

dispuesto en el art. 154 Constitución. La inspección de tribunales y de fiscalías, así como las labores de investigación e imposición de sanciones menores, son de cargo de la propia institución judicial o fiscal a través del órgano de control de la Magistratura o de la Fiscalía Suprema de Control Interno. El Consejo Nacional de la Magistratura es un órgano autónomo de derecho constitucional; está integrado por 7 miembros: 1 por la Sala Plena Corte Suprema, uno por la Junta de Fiscales Supremos, uno por los miembros de los Colegios de Abogados del país en votación secreta, dos por los miembros de los demás colegios profesionales del país en votación secreta, uno por los rectores de las universidades nacionales y el último por los rectores de las universidades particulares.

§ 4. El Ministerio Público es, igualmente, un órgano de derecho constitucional autónomo, presidido por el fiscal de la Nación y elegido por la Junta de Fiscales Supremos (art. 158, C.N.), los que son nombrados por el Consejo Nacional de la Magistratura. Los miembros del Ministerio Público tienen los mismos derechos y prerrogativas y están sujetos a las mismas obligaciones que los del Poder Judicial en la categoría respectiva. Su nombramiento, señala la citada norma, está sujeto a requisitos y procedimientos idénticos a los miembros del Poder Judicial.

1. *Bases político-jurídicas del procedimiento penal*

1.1. *Lineamientos constitucionales*

§ 1. En principio, es del caso resaltar que la 4ª Disposición Final de la Constitución, siguiendo el precedente de la Constitución española, señala que "las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú". Por otro lado, el art. 55 constitucional declara que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

Lo expuesto significa, en lo que nos interesa, que las normas de derecho interno y la labor interpretativa y de creación normativa de los tribunales deben amoldarse a las disposiciones del derecho internacional de derechos humanos y, especialmente, de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El Perú, por lo demás, ha ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como ha suscrito la gran mayoría de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos (Convención contra la Tortura y otros).

§ 2. Desde el Derecho nacional, la Constitución reconoce un conjunto de garantías genéricas y específicas que inciden en la persecución penal (*vid.* MONTERO ABEJOA, Juana, *Derecho Jurisdiccional*, t. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, pp. 35-37).

a) Como *garantías genéricas* tenemos:

1. El principio de no ser penado sin proceso judicial (art. 139.10).
2. El debido proceso (art. 139.3).
3. El derecho a la tutela jurisdiccional (art. 139.3).
4. La presunción de inocencia (art. 2.24.e).
5. El derecho de defensa desde el momento que se es citado por la autoridad (art. 139.14).
6. La igualdad procesal (art. 2.2).
7. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan (art. 139.5).

b) Las *garantías específicas* se encuentran previstas, esencialmente, en los arts. 2º y 139 de la Constitución. El Código Político enumera un listado muy amplio de derechos fundamentales, cuya restricción proporcional exige una expresa orden judicial debidamente motivada: detención, allanamiento, control de comunicaciones, levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria, arraigos (impedimentos de salida restrictivos de la libertad de locomoción). Asimismo, reconoce el derecho al juez natural y precisa que la justicia ordi-

naria, por ejemplo, necesariamente debe conocer de los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social, sin perjuicio de establecer los límites de la jurisdicción militar (art. 173, C.N.). También reconoce el derecho a no ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito; el derecho consiguiente a ser puesto a disposición del juzgado dentro de las 24 horas o en el término de la distancia, salvo —en cuanto al plazo— en lo atinente a los delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas, que puede durar hasta 15 días, en el que el juez puede asumir jurisdicción antes de vencido dicho término (art. 2.24.f).

Los derechos procesales se encuentran ampliamente reconocidos en el texto fundamental. Es de tener presente, enunciativamente, la publicidad de los procesos (el art. 139.4 de la Constitución señala que los procesos judiciales por responsabilidad de funcionarios públicos, y por los delitos cometidos por medio de la prensa y los que se refieren a derechos fundamentales garantizados por la Constitución, son siempre públicos). También, la prohibición de ser condenado en ausencia (art. 139.12) y la pluralidad de la instancia (art. 139.6), así como la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada, considerando que la amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada (art. 139.13).

1.2. Evolución de la legislación procesal penal

§ 1. La legislación procesal penal, vigente hoy en día, tiene como norma marco el Código de Procedimientos Penales de 1940, aprobado por ley 9024, del 23 de noviembre de 1939 y vigente desde el 18 de marzo de 1940. Dicho estatuto procesal sustituyó al Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920 (aprobado por ley 4019).

Este Código, sin embargo, ha sido objeto de numerosas modificaciones a lo largo de su historia, siendo de destacar como las más importantes:

- 1) El decreto ley 17.110, del 8 de noviembre de 1968, que instituyó el denominado "juicio sumario", y que

en el año 1981 fue sustituido por el decreto legislativo 124, del 12 de junio de 1981, modificada a su vez por la ley 26.689, del 30 de noviembre de 1996.

2) El decreto legislativo 52, Ley Orgánica del Ministerio Público, del 21 de abril de 1981, que estableció el monopolio del ejercicio de la acción penal en los delitos de persecución pública y limitó el procedimiento judicial para forzar la acusación al control jerárquico.

3) El decreto legislativo 126, del 12 de junio de 1981, que modificó numerosas instituciones del Código de Procedimiento ordinario, tales como las cuestiones prejudiciales y excepciones, el procedimiento incidental, la indagación o inductiva, diversos aspectos del juicio oral, etc., al igual que el decreto ley 21.895, del 2 de agosto de 1977 (que se concentró en la reforma de la estructura del atestado policial, eliminó la ratificación en sede judicial del instructor del atestado, mejoró la regulación de los embargos y del recurso de nulidad, así como en materia de "diligencias especiales" autorizó la presencia del juez de paz cuando por razones de distancia no pueda estar presente el juez instructor) y la ley 24.388, del 5 de diciembre de 1985, que modificó varios artículos del C.P.P. Esta última ley modificó, especialmente, el art. 72, que definía el objeto de la instrucción, dando valor de elemento probatorio sólo a las actuaciones de la policía judicial siempre que en ellas haya intervenido el fiscal y el abogado defensor del implicado, y el art. 201, que regulaba la libertad incondicional al finalizar la fase instructora, posibilitando no sólo la libertad del inculcado detenido sino el sobreseimiento inmediato de la causa, siempre que el proceso se siga contra un solo procesado en cárcel.

§ 2. Paralelamente se han dictado una serie de leyes procesales penales especiales, que han creado otros procedimientos fuera del ordinario y del sumario o abreviado. Así tenemos:

1) El decreto ley 22.633, del 14 de agosto de 1979, que instauró la "sumaria investigación", para los delitos contra el honor cometidos por órganos de comunicación social (no interviene el Ministerio Público, salvo

a nivel del Supremo Tribunal, existen tres instancias, no existe juicio oral, el juez penal instruye y sentencia con los actuados sumariales, el proceso no es público, etc.).

- 2) El decreto ley 25.582, del 27 de junio de 1992, que instaura la primera modalidad de "procedimiento por colaboración eficaz" en los delitos en agravio del Estado, con excepción de tráfico ilícito de drogas y terrorismo. En tal virtud, el imputado puede ser excluido del proceso y considerado testigo si proporciona información veraz, oportuna y significativa, que permite evitar la comisión del delito, o promover el esclarecimiento del delito, o la captura del autor o autores del delito.
- 3) La ley 26.320, del 2 de junio de 1994, que instaura el "procedimiento de terminación anticipada", a semejanza del *patteggiamento* italiano y la originaria fórmula colombiana, para determinados delitos de tráfico ilícito de drogas (tipo básico, tipo privilegiado y tipos periféricos menos graves), en cuya virtud en la etapa de la instrucción es posible, mediante una audiencia especial y privada, que el imputado acepte los cargos y concuerde las circunstancias de hecho delictivas con el fiscal, posibilitando de este modo una *sentencia consensuada*. Igual procedimiento se ha configurado para los delitos aduaneros, mediante la ley 26.461, del 8 de junio de 1995.
- 4) El decreto legislativo 815, del 20 de abril de 1996, que instaura, de un lado, un procedimiento por colaboración eficaz, con fuerte intervención de la Administración Tributaria, y que permite impunidad, limitada a los cómplices, y atenuaciones especiales de pena, concentradas en los autores, a los que presten una información veraz, oportuna y significativa en relación a los delitos tributarios; y, de otro lado, posibilita, bajo pago de recompensas, las informaciones de terceros al delito para descubrirlo y sancionar a sus autores; además, en el control penal tributario, el decreto legislativo 813, del mismo 20 de abril de 1996, elimina la prejudicialidad, previene que la investigación del delito tributario es de competencia de la Ad-

ministración Tributaria y que ella —si lo tiene a bien— puede denunciarlo, delito que por lo demás no puede iniciarse de oficio, sino sólo a instancia de la autoridad tributaria (en esta investigación preprocesal del delito no interviene el Ministerio Público).

- 5) El decreto legislativo 824, del 23 de abril de 1996, asimismo, instituye un procedimiento por colaboración eficaz para los delitos de tráfico ilícito de drogas, salvo para los dirigentes, jefes y cabecillas de organizaciones dedicadas a dicho delito. Asimismo, incorpora los procedimientos de "remesa controlada" y "agente encubierto", bajo control del Ministerio Público, como método de investigación para el combate contra el narcotráfico.
- 6) El decreto legislativo 312, del 12 de noviembre de 1984, y el decreto legislativo 653 del 30 de julio de 1991, incorporaron una medida cautelar innovativa en los casos de delitos de usurpación, de una práctica muy marcada en los últimos años, denominada "ministración provisional de posesión", en cuya virtud el agraviado o despojado de un bien inmueble puede solicitar a la justicia que, de modo inmediato y previa inspección ocular, se desaloje al imputado o quienes estén en el predio, sin perjuicio de continuar con la secuela del proceso penal.

§ 3. Paralelamente, en los delitos de más fuerte incidencia nacional: terrorismo y tráfico ilícito de drogas, la legislación nacional desde 1978 ha venido incorporando una serie de instituciones procesales y procedimientos con una perspectiva restrictiva de derechos, aumentando notoriamente los poderes policiales, en lo que puede denominarse una "administrativización o policialización del procedimiento penal".

- 1) En cuanto al *delito de tráfico ilícito de drogas*, el decreto ley 22.095, del 21 de febrero de 1978, incorporó una serie de normas que ampliaban los poderes coercitivos autónomos de la policía, a la vez que limitaba una serie de derechos procesales de los imputados. Esta misma pauta fue seguida por el decreto ley 22.926, del 4 de marzo de 1980, y el decreto legislativo 122, del 12 de junio de 1981. En suma, se introdu-

jeron, en el procedimiento ordinario, especialidades procedimentales referidas a las medidas coercitivas y determinados privilegios para el personal policial que investigaba estos ilícitos, tendencia que coronó el decreto legislativo 824, del 24 de abril de 1996, al prohibir la concurrencia como testigos de los policías que han intervenido en las diligencias de investigación y al prohibir el *habeas corpus* para determinados supuestos de detención arbitraria.

- 2) Respecto al *delito de terrorismo clásico*, la legislación de emergencia configuró un verdadero procedimiento excepcional especial de carácter declarativo y un procedimiento especial por colaboración eficaz, a través del decreto ley 25.499, del 16 de mayo de 1992, y de la ley 26.220, del 19 de agosto de 1993, que culminó con la ley 26.345, del 30 de agosto de 1994. El procedimiento especial antiterrorista está regulado esencialmente en el decreto ley 25.475, del 6 de mayo de 1992, siendo de destacar la fuerte incidencia que se otorga a la investigación policial, las importantes facultades que se confiere a la policía (incarceración y traslado de detenidos sin previa orden judicial), la obligatoriedad del mandato de prisión provisional, la prohibición de concurrencia como testigos de los policías que intervinieron en la investigación, la competencia nacional de los jueces y tribunales (derogación del principio *forum comissi delicti*), la figura de los jueces y fiscales sin rostro, la reducción irrazonable de los plazos procesales, etc. Paralelamente se dispuso la intervención de la justicia militar para juzgar los tipos penales especialmente agravados de terrorismo, que se les denominó "delitos de traición a la patria" (decretos leyes 25.623, del 13 de agosto de 1992, y 25.580 del 26 de noviembre de 1992, y ley 26.508, del 21 de julio de 1995), los que se sujetan al procedimiento previsto en los decretos leyes 25.708, del 13 de agosto de 1992, y 25.744, del 27 de setiembre de 1992, que contemplan un procedimiento policial con amplias facultades a la policía y un procedimiento judicial-militar denominado "juicio en teatro de operaciones", que es un procedimiento sumarísimo, al que se adicionó la figura del juez y fiscal sin rostro.

3) Progresivamente la legislación antiterrorista ha ido "normalizándose", aunque no del todo. En efecto, ante las serias críticas internacionales contra un modelo procesal tan antidemocrático, se han dado tres instrumentos legislativos de reforma:

a) La ley 26.248, del 25 de noviembre de 1993, que permitió el recurso o acción de revisión, sin necesidad de nueva prueba (una suerte de casación atípica), derogó la condena en ausencia del acusado, autorizó la acción de *habeas corpus* ante el juez especializado de terrorismo y permitió la libertad incondicional, aunque imponiéndole la consulta obligatoria al Superior Tribunal y suspendiéndose la excarcelación hasta la absolución de la misma.

b) La ley 26.671, del 12 de octubre de 1996, puso punto final al juez y fiscal sin rostro a partir del 15 de octubre de 1997.

c) Ante una constatación de condenados inocentes por un procedimiento que privilegió la delación y dio un peso exagerado a las actuaciones policiales, banalizando la etapa judicial y, en especial, el juicio oral, se dictó la ley 26.655, del 17 de agosto de 1996, que creó una Comisión Especial de Indultos, integrada por el defensor del Pueblo, el ministro de Justicia y un representante del Presidente de la República, para proponer al Presidente de la República indultos a los injustamente condenados.

4) Sobre el particular es de resaltar que la denominada "justicia sin rostro" durante sus 5 años de existencia, según información oficial proporcionada por la Procuraduría Pública de delitos de terrorismo del Ministerio del Interior, juzgó a un total de 5.799 personas, de las cuales 3.297 fueron condenadas y 2.502 fueron absueltas. De ellas, 866 corresponden al fuero militar y 2.431 al fuero ordinario. Se han impuesto 448 penas de cadena perpetua (417 pertenecen al fuero militar), 2 de 35 años de privación de libertad (del fuero militar), 223 de 30 años, 175 de 25 años y, entre otras, 1.045 de 20 años. (Fuente: *El Comercio*, 28 de octubre de 1996, p. A-4.)

5) Instaurada la Comisión Especial de Calificación de Indultos, cuya misión culmina el 31 de diciembre de

1999, según lo dispuesto en la última ley de prórroga 27.014, del 18 de diciembre de 1998, ha recibido hasta abril de 1999 un total de 3.027 solicitudes de indulto. Como consecuencia de la actividad de dicha Comisión, hasta el mes de enero de 1999, el Presidente de la República ha indultado a 469 personas condenadas por terrorismo o traición a la patria, está pendiente de hacerlo —frente a una Recomendación de la Comisión— a 72 personas, y resta que la Comisión califique 1.500 solicitudes. (Fuente: Secretaría Técnica de la Comisión *ad hoc*, Defensoría del Pueblo, Información general, mayo de 1999.)

§ 4. Los cambios tan fuertes que vino sufriendo la legislación procesal penal, a partir de la puesta en vigor del Código de Procedimientos Penales de 1940, dio lugar a una serie de intentos para elaborar un nueva Ley Procesal Penal.

1) La base de la reforma del Código puede situarse en el Proyecto Alternativo de Código Procesal Penal de octubre de 1990, elaborado por una comisión de juristas nombrados por el Ministerio de Justicia, que luego de ser revisado por una Comisión Revisora instituida por una ley del Congreso, en noviembre de 1990, dio lugar a que el Poder Ejecutivo, en virtud de facultades delegadas, promulgase el decreto legislativo 638, del 25 de abril de 1991. Sin embargo, este Código no ha podido entrar en vigencia en su integridad. Inicialmente entraría en vigor el 1° de mayo de 1992, pero luego fue sucesivamente postergada por el decreto ley 25.461, del 28 de abril de 1992, hasta el 1° de mayo de 1994 y, luego, indefinidamente por la ley 26.299, del 30 de abril de 1994. Esta ley creó una Comisión Especial Revisora del texto del Código Procesal Penal, la cual presentó al Congreso un nuevo texto de Código en marzo de 1995. Ese texto fue aprobado por el Pleno del Congreso en la Legislatura de 1995, empero fue observado por el Presidente de la República. En la Legislatura de 1997 el Pleno del Congreso, con algunos cambios mínimos, aprobó el Proyecto de Código Procesal Penal, que mereció una fuerte objeción de las fuerzas de seguridad, de gran influencia en la actual administración. Este último Proyecto

nuevamente fue vetado por el Poder Ejecutivo sobre la base de sendos informes críticos de las Comisiones Ejecutivas del Poder Judicial y del Ministerio Público.

- 2) Del Código Procesal Penal de 1991 sólo se han puesto en vigencia: 1. El principio de oportunidad (art. 2º), que por razones de falta de necesidad o falta de merecimiento de pena el fiscal puede abstenerse de ejercer la acción penal, bajo la condición de que el imputado repare el daño ocasionado a la víctima. 2. Las medidas cautelares personales de detención, comparecencia simple y comparecencia restrictiva. 3. La libertad provisional. 4. Las diligencias especiales (levantamiento de cadáver, régimen de necropsias, exámenes químicos, reconocimientos médico-legales para los casos de lesiones, aborto, y regulación de la preexistencia en los delitos patrimoniales).
- 3) El régimen de necropsias, que incluía la obligatoriedad de la necropsia dispuesta por el fiscal en los casos de muerte sospechosa de criminalidad, fue modificado por la ley 26.715, del 27 de diciembre de 1996, que estableció que en los supuestos de fallecimiento producido por accidente en un medio de transporte o como resultado de un desastre natural, en que las causas del deceso sean consecuencia directa de estos hechos, no será exigible la necropsia, salvo el caso de quien tenía a cargo la conducción del medio de transporte o lo exijan los familiares de las víctimas.

1.3. Características del proceso penal peruano

1.3.1. LA PERSECUCIÓN PENAL

§ 1. En cuanto al ejercicio o promoción de la acción penal, rigen los principios de legalidad y oficialidad. Los delitos de persecución privada son muy contados: tenemos los delitos contra el honor personal, contra la intimidad, contra la libertad sexual en agravio de mayores de edad, sin circunstancias agravantes (la ley 27.115, del 17 de mayo de 1999, estableció que todos los delitos contra la libertad sexual son *delitos públicos*), y lesiones imprudentes leves. En estos casos la persecución está entregada a la víctima y no interviene

el Ministerio Público. El procedimiento es simple: interposición de la querrela por el ofendido, admisión de la misma por el juez penal, realización de un comparendo donde sólo se actúa la prueba ofrecida por las partes y sentencia sobre la base de lo actuado en dicha diligencia. La causa fenece en segunda instancia. Sólo cabe la intervención del Supremo Tribunal vía recurso de nulidad en los delitos contra el honor cometidos mediante órganos de prensa.

§ 2. Por otro lado, existen los denominados delitos *semi-públicos*. En ellos se requiere que la víctima inste la promoción de la acción penal o que un órgano administrativo se pronuncie motivadamente sobre los hechos objeto de imputación, luego de lo cual el proceso sigue el trámite bajo el principio de oficialidad con intervención del Ministerio Público. Los delitos tributarios son considerados semipúblicos, por tanto el órgano administrador del tributo debe formular la denuncia correspondiente al Ministerio Público (decreto legislativo 813, del 20 de abril de 1996, art. 7º).

§ 3. La legislación procesal ha configurado determinadas limitaciones al ejercicio público de la acción penal, exigiendo en unos casos la previa autorización de órganos políticos, como es el caso de los delitos de función cometidos por altos dignatarios (presidente, congresistas, ministros, jueces y fiscales supremos, etc., art. 99, C.N.) o la previa autorización de la Comisión Ejecutiva del Ministerio Público (delitos de función cometidos por jueces y fiscales superiores, así como jueces penales y de paz letrado y fiscales provinciales y adjuntos, 3ª Disposición Transitoria de la ley 26.623, del 19 de junio de 1996).

En otros casos, exige la intervención de órganos técnicos de la administración emitiendo informe previo sobre el objeto de la imputación. Se trata de los delitos contra los derechos intelectuales: propiedad industrial y de autor, y de abuso de poder económico (decretos legislativos 822 y 823, del 24 de abril de 1996); de los ecológicos (ley 26.631, del 26 de junio de 1996); de los delitos cometidos por miembros del sistema financiero y de seguros (ley 26.702, del 9 de diciembre de 1996); de los delitos cometidos por funcionarios de la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal (ley 27.136, del 13 de junio de 1999); y de los delitos de atentado

contra el sistema de créditos. Estos informes están considerados como requisitos de procedibilidad (cfr.: SAN MARTÍN CASTRO, César: *Derecho procesal penal*, t. I, Grijley, Lima, 1999, pp. 259/269).

Por otro lado, el art. 213 del Código Penal, instituido por la ley 26.146, del 24 de junio de 1999, señala que la acción penal en los delitos de "atentados contra el sistema de créditos" es privada y se ejerce ante el Ministerio Público y que el INDECOPI debe emitir, con carácter previo, un informe técnico, institución que además en defecto de la denuncia de parte puede denunciar el hecho e intervenir como parte en el proceso que se instaure. Como se advierte del texto de dicha ley, no se trata de un delito privado sino semipúblico, pues sólo limita la persecución penal a la voluntad de la víctima, la que se hace efectiva ante el Ministerio Público, el que no intervendría de tratarse de un delito privado.

§ 4. El principio de legalidad inspira todo el proceso penal. Como excepción, se reconoce el principio de oportunidad (art. 2°, C.P.P., 1991). El Ministerio Público, con el consentimiento expreso del imputado, puede abstenerse de ejercitar la acción penal en 3 supuestos: 1) cuando el agente ha sido afectado directa y gravemente por las consecuencias de su delito y la pena resulta inapropiada; 2) cuando el delito es insignificante o poco frente y no afecte el interés público, salvo que la pena mínima conminada supere los 2 años de privación de libertad o sea cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, y 3) cuando la culpabilidad o la contribución del agente en el delito fuere mínima, salvo el caso de delito funcional. Este principio es "administrado" exclusivamente por el Ministerio Público, no interviene el órgano jurisdiccional. Contra una decisión del fiscal en ese sentido, cabe una impugnación ante el fiscal superior en grado. Excepcionalmente, existiendo proceso penal es posible archivar lo actuado por oportunidad, siempre que el fiscal lo solicite y el juez considere que se dan los supuestos del art. 2°, C.P.P., 1991.

§ 5. El fiscal tiene monopolio acusatorio. No se admite la acusación privada ni la acusación popular. La víctima sólo puede reclamar en sede penal la reparación civil, constituyéndose al efecto como "parte o actor civil". En tal calidad,

está legitimada para recurrir el auto de sobreseimiento y, en su caso, la sentencia absolutoria, sin perjuicio de poder aportar prueba, intervenir en las actuaciones sumariales y del juicio oral, así como formular tachas, oposiciones e impugnaciones en general. Sólo en los delitos privados se permite a la víctima desistirse, transigir o perdonar al agente.

§ 6. El Ministerio Público, por imperio de su Ley Orgánica, es el titular de la acción penal (art. 11, L.O.M.P.), dirige jurídicamente a la policía (art. 9°, L.O.M.P.) y sobre él recae la carga de la prueba (art. 14, L.O.M.P.). Es, como se anotó, un órgano autónomo de derecho constitucional. Sus miembros tienen el mismo estatuto de los jueces, aunque están obligados a seguir las directivas del fiscal de la Nación en aspectos generales, nunca en aspectos concretos de casos específicos (art. 5°, L.O.M.P.).

Preside la institución el fiscal de la Nación, que es un fiscal supremo elegido por sus pares. A nivel supremo, la plantilla del Ministerio Público cuenta con cinco fiscales: uno civil, uno contencioso-administrativo, dos penales y uno de control interno. A nivel superior, existen fiscales en los órdenes penal, civil y de familia; en el caso del orden penal, la regla es que por cada sala o tribunal hay una Fiscalía Superior, integrada por un fiscal superior, uno o más fiscales adjuntos y personal auxiliar; el órgano de Gobierno Distrital lo asume uno de los fiscales superiores, rotativamente. A nivel provincial, de igual manera, tenemos fiscales penales, civiles, de familia y de prevención del delito. Cada fiscalía está integrada por un fiscal provincial, uno o varios adjuntos, fiscales auxiliares y personal de apoyo administrativo. El número de fiscalías provinciales está en función al número de juzgados, coordinadas por una Fiscalía Decana.

Según lo dispuesto por la ley 25.993, del 24 de diciembre de 1992, integra el Ministerio Público el Instituto de Medicina Legal del Perú, creado por la ley 24.128, del 23 de mayo de 1985. Esta institución tiene como fines: a) emitir dictamen pericial científico y técnico especializado al Poder Judicial y al Ministerio Público; y, b) colaborar con las facultades de Medicina y de Derecho en la formación integral especializada y desarrollar actividades de investigación.

La Fiscalía no tiene una dirección especializada en investigación criminal. Cada fiscal, autónomamente, realiza sus

propias investigaciones preliminares. En las grandes dependencias especializadas de la Policía Nacional: Dirección de Investigación Criminal, Dirección contra el Terrorismo, Dirección de Policía Fiscal, Dirección Nacional de Investigación de Delitos de Tráfico Ilícito de Drogas, División de Policía del Ministerio Público (la más relacionada con la Fiscalía), Unidad de Investigaciones Especiales adscrita a Aduanas y Unidad Especial de Investigaciones Tributarias, existe un grupo adscrito de fiscales adjuntos, en número variable, a cargo del fiscal provincial de turno (esa Fiscalía tiene a su cargo el conocimiento de todos los casos penales ocurridos durante una semana), que intervienen en dichas investigaciones.

§ 7. La policía es única: la Policía Nacional del Perú (art. 166 Const.), integrada por más de 120.000 hombres entre oficiales y subalternos. (Fuente: Dirección General de la Policía Nacional, Informe 1998.) Depende del Ministerio del Interior y está fuertemente militarizada. Tiene una multiplicidad de funciones desde la propiamente judicial (investigación de delitos) hasta la de control de carreteras, de fronteras, tránsito, seguridad de personalidades y de prisiones. Esta dividida en Direcciones Especializadas y en Regiones. Destaca la Dirección de Policía de Investigación Criminal, la Dirección de Policía contra el Terrorismo, la Dirección de Apoyo a la Justicia, la Dirección de Patrimonio Fiscal, etc. (decreto legislativo 744, del 13 de noviembre de 1991). Su organización y demás aspectos internos es de competencia del Ministerio del Interior.

A nivel de averiguación de delitos, la policía está obligada a dar cuenta de sus acciones al Ministerio Público y, según la Constitución, debe obedecer las órdenes que éstos le cursen (art. 159.4, C.N.). La policía, en orden a su función de policía judicial, según lo dispuesto en los arts. 59/65 C.P.P. 1940, está autorizada a recibir denuncias, realizar detenciones de sospechosos en flagrante delito, investigar ampliamente los hechos y asegurar las fuentes de prueba y a los presuntos implicados, así como a elaborar Atestados Policiales donde conste el contenido de su investigación, incluyendo las pericias que han realizado los laboratorios de la Dirección Nacional de Criminalística de la Policía Nacional (balística, explosivo, grafotécnicas, físicas, químicas, físico-químicas,

dosque etílico, etc.) y el Instituto de Medicina Legal (dependiente del Ministerio Público y encargado de realizar las necropsias y demás pericias médicas y bioquímicas forenses), y las declaraciones que han recibido y las actas (constancias) que han levantado, como de incautación de bienes delictivos, de entrada y registro o allanamiento (la policía puede allanar domicilios sin orden judicial en los casos de flagrante delito).

Los Atestados, en la legislación vigente, si es que ha intervenido la Fiscalía y el abogado defensor tiene valor de elemento probatorio, que puede ser valorado por el juez en el momento de dictar sentencia (no hay necesidad de ratificación —art. 61, C.P.P., 1940, modificado por el decreto ley 21.985, del 2 de agosto de 1977— o de que el policía intervenga como testigo en el juicio oral). Así lo dispone el art. 72 del C.P.P. de 1940, modificado por la ley 24.388, del 3 de diciembre de 1985.

1.3.2. GARANTÍAS DEL IMPUTADO

§ 1. La Constitución reconoce, como derecho fundamental, la *presunción de inocencia* ("Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad", art. 2.24.e, C.N.). El fiscal es quien tiene la carga de la prueba. Asimismo, y de modo general, se reconoce el derecho de defensa (art. 139.14, C.N.). En lo específico, la Ley Fundamental exige el informe previo y por escrito de las razones de su detención o de los cargos; el derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorado por éste desde que es citado o detenido por cualquier autoridad. El Ministerio Público tiene el deber de inspeccionar las Comisarias y Delegaciones Policiales, así como a cuidar que todo imputado tenga un defensor y que sus derechos no sean limitados irrazonablemente (arts. 10., 94.1, L.O.M.P.). El Estado, a través del Ministerio de Justicia, está obligado a proveer de abogados defensores para los imputados de escasos recursos.

La doctrina nacional ha considerado que este derecho a la presunción de inocencia impide la condena sin prueba, impide igualmente la carga de la prueba del imputado y además exige una mínima o suficiente actividad probatoria para desvirtuarla (por todos: SÁNCHEZ VELARDE, Pablo: *Comentarios al Código Procesal Penal*, Idemsa, Lima, 1994, pp. 105/106).

§ 2. La Constitución reconoce expresamente dos prohibiciones probatorias: 1) invalidez de las declaraciones obtenidas mediante violencia (art. 2.24.h, C.N.); y, 2) la incautación, sustracción, secuestro o registro de documentos privados obtenidos sin mandamiento judicial o flagrancia, si termina que carezcan de efecto legal (art. 2.10, C.N.). El Código de 1991 y el Proyecto aprobado por el Congreso de ese año (1997) contemplan una norma expresa de "prueba prohibida". La norma establece, de modo general, que: "Todo medio de prueba, para ser valorado, debe haber sido obtenido por un procedimiento legítimo e incorporado al proceso conforme a ley" (art. 195). El Proyecto de 1995 incluye otra norma, parecida al modelo español, que dice: "Carecen de efecto legal los elementos de prueba obtenidos, directa o indirectamente, mediante violencia moral, psíquica o física o cualquier otro medio que menoscabe la voluntad, la indebida intrusión en la intimidad del domicilio, la correspondencia, las comunicaciones, los documentos y los archivos privados, como las demás que se obtengan con violación de los derechos fundamentales de la persona" (art. IX del Título Preliminar).

§ 3. Sobre el *ne bis in idem*, la Constitución establece "la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada" (art. 139.13, C.N.). Paralelamente, el Código Penal en su art. 90 prescribe que "nadie puede ser perseguido por segunda vez en razón de un hecho punible sobre el cual se falló definitivamente. El art. 5° del Código de Procedimientos Penales, en su texto fijado por el decreto legislativo 126, permite la deducción de una excepción de cosa juzgada, que puede interponerse en cualquier estado de la causa, "cuando el hecho denunciado ha sido objeto de una resolución firme, nacional o extranjera, en el proceso penal seguido contra la misma persona"; además, el art. 301 faculta a la Corte Suprema a absolver al imputado cuando "...resulta que el reo ha sido juzgado y condenado o absuelto por el mismo delito...". En los supuestos de *litispendencia* el Código de 1940 (art. 20 C.P.P. y ley 10.124, del 28 de diciembre de 1944) y el Proyecto de 1995 (art. 44) impone la acumulación obligatoria de ambas causas.

§ 4. El principio del *nemo tenetur* no está expresamente recogido en la Constitución de 1993, sí lo estaba en cambio en el art. 2.20.k) de la Constitución de 1980. Empero, entendemos su plena vigencia a partir de lo dispuesto en el art. 8.2.g) de la Convención Americana de Derechos Humanos, aplicable por imperio de la garantía genérica del debido proceso (art. 139.3, C.N.) y, esencialmente, por lo dispuesto en la Cuarta Disposición Final de la Constitución que estatuye que las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú. Por lo demás, no puede entenderse la inderogabilidad del derecho de defensa sin la incorporación, como elemento esencial, del principio citado.

El C.P.P. de 1940, todavía vigente, tiene dos normas que importan un rechazo del *nemo tenetur*. El art. 127 establece que: "Si el inculcado se niega a contestar alguna de las preguntas, el juez instructor las repetirá aclarándolas en lo posible, y si aquél se mantiene en silencio, se dejará constancia en la diligencia. *El juez le manifestará que su silencio puede ser tomado como indicio de culpabilidad*". Asimismo, el art. 245 estipula que: "Si el acusado guarda silencio, el presidente se dirigirá al defensor, para que lo exhorte a explicarse o para que indique los motivos a que él atribuye su negativa a contestar, si el acusado insiste en su actitud, el presidente seguirá con los interrogatorios; pero al concluir cada uno de ellos, preguntará al acusado si tiene algo que decir". Estas normas suponen que el reo en todo momento debe proporcionar la información requerida por el órgano jurisdiccional; sin embargo, a partir de las normas citadas líneas arriba, estimamos que han sido abrogadas. Entendemos que los jueces no las aplican, aunque no conocemos jurisprudencia que las haya inaplicado o que ha sustentado una condena en la omisión de información del acusado.

§ 5. En cuanto a las *medidas limitativas de derechos*, la Constitución al sancionar diversos derechos fundamentales establece expresamente que es posible acordar su limitación sólo por resolución judicial fundada. Ello únicamente procede tratándose del control de comunicaciones (art. 2.10, párr. II),

de la libertad de tránsito (art. 2.11), de la detención sin flagrancia delictiva (art. 2.24.f), del secuestro o incautación de documentos contables y administrativos (art. 2.10, párr. III) del allanamiento domiciliario sin flagrancia delictiva (art. 2.9) y del levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria (art. 2.5, párr. II).

La propia Constitución autoriza a la policía a detener y allanar domicilios sin orden judicial, siempre que exista flagrancia delictiva. Por otro lado, el C.P.P. de 1940 dispone lo siguiente: 1. El juez penal, si lo considera necesario, en delitos graves, puede tomar la correspondencia del inculpado ya sea que se halle en las oficinas de correos o telégrafos, o en poder de las personas que la hayan recibido o guardado aquélla que se relacione con los hechos de la instrucción (art. 184). 2. El juez penal está autorizado a retener y disponer la conservación de los instrumentos, armas y efectos del delito (art. 171).

Sobre el levantamiento del secreto bancario y la reserva tributaria existe legislación específica: a) el art. 141 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, del 9 de diciembre de 1996, establece que el juez puede levantar el secreto bancario, siempre que lo solicite "...en el ejercicio regular de sus funciones...", esto es, en el curso de un proceso judicial iniciado o por iniciarse, y que sea parte el cliente de la empresa a quien se contrae el requerimiento judicial; y, b) el art. 85 del Código Tributario (decreto legislativo 816, de 10 de abril de 1996), dispone que el juez podrá ordenar la exhibición de documentos y declaraciones tributarias, circunscrita a los procesos penales que se instauran, siempre que se refieran al caso investigado.

La ley autoriza a la policía a detener y allanar domicilios sin orden judicial, a condición de que se cumplan los supuestos de flagrancia delictiva. En el nuevo Código se exige orden judicial para incomunicar a una persona y para trasladarla de un lugar a otro con fines de investigación. Actualmente, tal posibilidad puede ser acordada por la policía sin orden judicial previa en los delitos de terrorismo clásico, terrorismo agravado, traición a la patria y delitos agravados. Las incautaciones de bienes pueden ser realizadas por la policía, pero se entiende que son medidas urgentes, con car-

go a la ratificación judicial, aunque tal control no lo realiza la judicatura (la propiedad es un derecho fundamental, pero su limitación con fines de investigación penal no ha sido desarrollada legalmente, por lo que se ha entendido que está dentro de los poderes policiales acordarla cuando se estime conveniente a los objetivos de la investigación, arts. 59 y 63 C.P.P. 1940). En el nuevo Código si el fiscal considera que la detención es desproporcionada o no cumple con las previsiones impuestas por la ley, puede excarcelar el detenido; este último, asimismo, puede acudir a la acción de *habeas corpus*.

1.3.3. LA DEFENSA PÚBLICA

§ 1. La defensa pública es organizada por el Ministerio de Justicia (art. 67, C.P.P. de 1940, modificado por la ley 24.388, del 5 de diciembre de 1985). En cada Sala Penal de las Cortes Superiores, donde se realizan juzgamientos, donde la defensa letrada o técnica es necesaria, existe nombrado un defensor de oficio (art. 70, C.P.P.). La defensoría de oficio también está contemplada para las estaciones policiales, las fiscalías y los juzgados, pero por razones presupuestarias no ha sido posible instituir las. De hecho, la defensa pública es una institución inexistente (los colegios de abogados y algunas organizaciones sociales de base, han montado defensorías de oficio, pero sin ninguna relevancia práctica). El art. 71 del C.P.P. de 1940, frente a la deficiencia de organización, se ha limitado a establecer que en los juzgados penales se designarán abogados de oficio de una nómina que designa anualmente la Corte Superior de Justicia.

Señala el C.P.P. de 1940: a) que los defensores de oficio, adscritos a determinado órgano judicial, fiscal o policial, están obligados a intervenir y autorizar con su firma todas las diligencias previas a la acción penal, durante la instrucción y el juicio (art. 68); y, b) que los defensores de los acusados concurrirán a las audiencias y presentarán conclusiones en todas las incidencias que se produzcan y de su defensa oral, así como suscribirán y harán las observaciones que juzguen convenientes a las actas de los debates judiciales (art. 69).

§ 2. Recientemente, mediante la ley 27.019, del 25 de diciembre de 1998, inspirada en el Proyecto de Código Proce-

sal Penal de 1995, se creó dentro de la estructura del Ministerio de Justicia el denominado *Servicio Nacional de Defensa de Oficio*, destinado a proveer el derecho a la defensa gratuita a personas de escasos recursos económicos, así como los casos en que las leyes procesales lo determinen (art. 1.º) al que se le encarga la organización y desarrollo permanente del "Plan de Acción de la Defensa de Oficio" en los Distritos Judiciales del país (art. 2.º). Según sus disposiciones, la defensa de oficio constituye el ejercicio de la defensa en forma gratuita, ante los organismos policiales, fiscales y jurisdiccionales del país (art. 3.º). Corresponde a la Dirección Nacional de Justicia del citado Ministerio la determinación de la ubicación de los defensores de oficio, así como de los criterios y requisitos para el acceso a este servicio público (art. 4.º) así como la coordinación con las entidades públicas y privadas que presten servicios gratuitos de defensa legal (art. 6.º).

1.3.4. EL JUICIO PREVIO

§ 1. La Constitución impone "el principio de no ser penado sin proceso judicial" (art. 139.10). En consecuencia, ninguna sanción penal (penas o medidas de seguridad) pueden imponerse al margen de un proceso judicial. El proceso judicial, a su vez, debe ser "debido" y el imputado goza del derecho a la tutela jurisdiccional (art. 139.3, C.N.). La administración no puede imponer penas. Adicionalmente, en el último párrafo del inc. 3.º del art. 139 constitucional, prescribe que nadie debe ser desviado de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometido a procedimiento distinto de los previamente establecidos; ni juzgado por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

No obstante ello, el art. 38 del C.P.P. consagra la figura del juez *ad hoc*. La Sala Penal Superior cuando no halla en el lugar del proceso juez expedito por motivo de recusación o inhibición o por duda sobre su imparcialidad, o en los casos de *gravedad o complicación del delito*, podrá nombrar un juez *ad hoc*, pudiendo recaer este nombramiento en su secretario relator, o en cualquier abogado. Ello implica que se desplaza a un juez de un caso que le corresponde y el Superior Tribunal nombra a otro juez en su reemplazo.

En virtud de la Sexta Disposición Final de la ley 26.623, del 19 de junio de 1996, la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial, máximo órgano de gobierno del Poder Judicial, se encuentra facultada a nombrar jueces *ad hoc*, inclusive, salas de juzgamiento *ad hoc* a que inicialmente se refirió el art. 208 del Código. Sobre este punto, la Comisión Ejecutiva no tiene límites ni pautas predeterminadas de decisión.

§ 2. El proceso judicial, a su vez, debe ser público (art. 139.4, C.N.), lo que exige un juicio oral, como etapa necesaria y principal del proceso. La etapa de instrucción o investigación, a que hace referencia la propia Constitución (arts. 159.4, 100 y 118.21), es de responsabilidad del Ministerio Público (art. 159.4), aunque hasta la actualidad, bajo el modelo del Código de Procedimientos Penales de 1940, supervive la figura del juez penal que tiene a cargo la etapa de instrucción o investigación; el fiscal sólo tiene a su cargo la realización de la fase preprocesal: supervigilando la investigación policial del delito o realizando directamente un sumario prejurisdiccional.

§ 3. En el Código de 1940, la etapa de instrucción está a cargo de un juez penal. Empero, se viola flagrantemente el principio del "juez no prevenido" al haberse instaurado a partir de noviembre de 1969 el denominado "juicio sumario", en cuya virtud se elimina la etapa del juicio y es el propio juez instructor el que emite sentencia con las solas actas del sumario judicial. Lo delicado del tema, no obstante las claras prescripciones constitucionales, es que ese proceso —a partir de la ley 26.689, del 30 de noviembre de 1996— está previsto para la inmensa mayoría de infracciones penales. En el procedimiento común-ordinario, la etapa del juicio oral está a cargo de un tribunal superior y de un fiscal superior (el juez y el fiscal que intervinieron en el sumario si por cualquier motivo son ascendidos, están impedidos de conocer esa causa).

§ 4. La imparcialidad en el juicio oral se ve ensombrecida, *primero*, con el hecho de que los jueces del juicio han intervenido en la etapa intermedia del procedimiento; *segundo*, con que tienen iniciativa probatoria, para subsanar generalmente las deficiencias de la acusación; *tercero*, con el hecho de

que intervienen activamente en las diligencias probatorias, interrogando a los testigos, peritos e imputados; y, cuarto, con la metodología de interrogatorio indirecto que se permite a la defensa (el defensor se dirige al tribunal para formular una pregunta y éste, a su vez, dirige la pregunta al perito o imputado, arts. 247, 251 y 259, C.P.P., 1940).

1.3.5. ORGANIZACIÓN JUDICIAL

§ 1. Según el art. 143 de la Constitución el Poder Judicial está integrado por órganos jurisdiccionales que administran justicia en nombre de la Nación, y por órganos que ejercen su gobierno y administración. Los órganos jurisdiccionales son: la Corte Suprema de Justicia y las demás cortes y juzgados que determine su ley orgánica.

§ 2. El decreto legislativo 767 y el decreto ley 25.869, dictados en los años 1991 y 1992, respectivamente, son las normas básicas del ordenamiento judicial. Estas normas han sido unificadas y concordadas por el decreto supremo 017-93-JUS, del 28 de mayo de 1993, denominado "Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial".

§ 3. En la Corte Suprema el trabajo jurisdiccional se distribuye en salas especializadas de cinco vocales cada una, presididas por el de mayor antigüedad, en materia civil, penal y de derecho constitucional y social. La sala penal conoce: a) del recurso de apelación —en el Código de 1940 se denomina "recurso de nulidad"— en procesos sentenciados por las Cortes Superiores (delitos graves); b) del recurso de casación conforme a ley (aún no vigente); c) de las contiendas y transferencias de competencia; d) del juzgamiento de los delitos contra altos dignatarios, y e) de las extradicciones activas y pasivas.

§ 4. El segundo nivel de la administración de justicia son las Cortes Superiores, cuyo ámbito territorial es por lo general un Departamento (se denomina Distrito Judicial). Las cortes son 25 y cuentan con salas especializadas o mixtas. Las cortes están conformadas por su presidente y por salas de tres vocales cada una, presididas por el magistrado que designe el presidente. Las salas penales conocen: a) de los

recursos de apelación de su competencia (sentencias de primer grado emitidas por los jueces penales en los delitos menos graves y demás resoluciones que ponen fin a la instancia o causan gravamen irreparable a las partes en toda clase de procedimiento); b) del juzgamiento oral de los procesos establecidos por la ley (delitos graves); c) de las quejas de derecho y contiendas de competencia promovidas en materia penal que les corresponden; d) en primera instancia, de los procesos por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones por los jueces mixtos, especializados o de paz.

§ 5. El tercer nivel de la administración de justicia son los juzgados especializados y mixtos. Se reconoce como Juzgado Especializado al Juzgado Penal. En cada provincia hay cuando menos un juzgado especializado o mixto, en caso de pluralidad el sistema de distribución de causas es decidido por el órgano de gobierno distrital (este órgano de gobierno distrital no se ha constituido y las normas sobre la materia han sido suspendidas durante el proceso de reorganización del Poder Judicial, facultad que ahora la detenta el presidente de la Corte Superior, nombrado a su vez por la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial). Los juzgados penales conocen: a) de los procesos penales de su competencia (instrucción y juzgamiento en los procesos por delitos menos graves y sólo instrucción en los delitos graves); b) en grado de apelación, de los asuntos de su competencia que resuelven los juzgados de paz letrados (sentencias en las causas por faltas). Según la Unidad de Modernización Judicial de la Comisión Andina de Juristas, página web, al mes de agosto de 1996 existían 619 jueces de esa categoría.

§ 6. El cuarto nivel de la administración de justicia son los juzgados de paz letrados, de competencia distrital, que tienen competencia civil, laboral y penal. En materia penal, los jueces de paz instruyen y sentencian los procesos por faltas y, cuando lo requiere el Ministerio Público, realiza diligencias de levantamiento de cadáver. Las apelaciones las sentencias que emiten dichos jueces son resueltas por los jueces penales. Según la Unidad de Modernización Judicial de la Comisión Andina de Juristas en el año 1998 existían 332 jueces de paz letrados.

2. Procedimiento vigente

§ 1. Ya se han mencionado las *fuentes normativas* del Derecho procesal penal nacional (*vid.* punto 1.2).

La norma base, aunque severamente reformada tras su desnaturalización, es el Código de Procedimientos Penales de 1940. Este estatuto procesal tiene las siguientes características:

- a) reconoce que el proceso se desarrolla en dos etapas: la instrucción (reservada y escrita) a cargo de un juez instructor, hoy denominado juez penal, y el juicio oral y público a cargo de un tribunal correccional, hoy denominado sala penal, el mismo que se realiza en instancia única y su iniciación está informada por los principios de legalidad y oficialidad;
- b) la acción penal es pública o privada (art. 2°);
- c) contra los fallos de las salas penales sólo procede recurso de nulidad (art. 292);
- d) el juez penal (así denominado a partir de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Poder Judicial: decreto legislativo 767, del 4 de diciembre de 1991) no tiene competencia para dictar sentencia (limitación que varió con las reformas operadas en 1946, 1968, 1981, 1992 y 1996 al darle atribución de fallo en los procesos por delitos privados y en los delitos públicos menos graves);
- e) los hechos y las pruebas se valoran con criterio de conciencia: libre valoración (art. 283);
- f) no se condena al ausente —art. 319. Con la reforma de 1981, del decreto legislativo 125, se incorporó el supuesto del contumaz;
- g) otorga una nueva dimensión a la instrucción, pues no solamente es considerada como una mera etapa preparatoria del juicio como era en el Código anterior de 1920, sino que se confiere la calidad de actos de prueba a los actos de investigación contenidos en las actas, que al leerse sin límite alguno pueden ser invocadas por el juez en la sentencia (arts. 72 y 280);
- h) elimina el jurado impuesto en el Código anterior, imponiendo que la justicia penal se ejerza por jueces profesionales, de la carrera judicial;

- i) que la acción civil derivada del delito se acumula obligatoriamente a la acción penal (art. 285); y,
- j) reconoce como procedimientos especiales el seguido para delitos contra el honor personal y sexual, los delitos de imprenta, el juicio por faltas, el juicio contra ausentes y las audiencias públicas extraordinarias. Reformas sucesivas, ampliaron estos procedimientos incorporando el juicio sumario, la terminación anticipada y los procedimientos por colaboración eficaz. La configuración del Ministerio Público, como órgano autónomo en la Constitución de 1979 y en su ley orgánica: decreto legislativo 52, del 21 de abril de 1981, lo que fue ratificado y ampliado en la Constitución de 1993, importó, de un lado, impedir que el juez penal inicie de oficio la instrucción, y, de otro lado, intentar —aunque fallidamente— que se convierta en una institución que dirija jurídico-funcionalmente la actividad de la policía judicial.

§ 2. Sobre los *procedimientos penales vigentes*, es del caso anotar lo siguiente:

- a) Nuestro procedimiento penal vigente, producto del C.P.P. de 1940 y de la legislación modificatoria y complementaria, presenta tres niveles clasificatorios.
 - 1) En primer lugar, desde una perspectiva general, sobre la base de la entidad de la infracción penal, existen tres procedimientos ordinarios: 1) el procedimiento común-ordinario, destinado a los delitos graves (es el procedimiento básico definido por el C.P.P. de 1940, arts. 72/301); 2) el procedimiento sumario o abreviado, para los delitos menos graves (originado en el decreto ley 17.110 y, luego por el decreto legislativo 124, modificado por la ley 26.689); y, 3) el procedimiento por faltas (arts. 324/328 C.P.P. de 1940).
 - 2) En segundo lugar, existen 8 procedimientos con especialidades procedimentales, estructurados sobre la base del procedimiento común-ordinario, al que se le introducen particularidades en algunos aspectos del procedimiento, vinculados esencialmente a la competencia del órgano jurisdiccional, a la promoción de la acción penal, a la intensidad de las medidas limitativas

de derechos, al derecho probatorio y a la incorporación de determinadas instituciones procesales. Son:

- 1) Procedimiento contra altos dignatarios (presidente, congresistas, ministros, magistrados supremos, etc.), regulado en la ley 26.231, art. 10 del C.P.P. 1940 y art. 34.4. de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- 2) Procedimiento contra magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público (art. 41 de la L.O.P.J. y 3ª Disposición Final de la ley 26.623).
- 3) Procedimiento contra reos ausentes (Libro IV, Título III, C.P.P. de 1940).
- 4) Procedimiento por delito de tráfico ilícito de drogas (decretos leyes 22.095 y 22.926, y decretos legislativos 122 y 824).
- 5) Procedimiento por delitos fiscales, en sus modalidades: *aduanero* (ley 24.461, del 8 de junio de 1995) y *tributario* (decreto legislativo 813, del 20 de abril de 1996).
- 6) Procedimiento por delito de terrorismo "clásico" (decretos leyes 25.475 y 25.916, así como las leyes 26.428, 26.671 y 26.695).
- 7) Procedimiento por delito agravado (decreto legislativo 897, del 26 de mayo de 1998).
- 8) Procedimiento por delitos sexuales (leyes 27.055, del 24 de enero de 1999, y 27.115, del 17 de mayo de 1999).

3) En tercer lugar, existen tres procedimientos especiales:

- 1) Procedimiento por delito privado (Libro IV, Títulos I y II, C.P.P. de 1940).
- 2) Procedimiento por colaboración eficaz, destinados a delitos funcionales en agravio del Estado, a delitos tributarios, de tráfico de drogas y delitos agravados (decreto ley 25.582 y decretos legislativos 815, 824 y 901).
- 3) Procedimiento de terminación anticipada, para los delitos menores de tráfico ilícito de drogas y los delitos aduaneros (leyes 26.320 y 26.461).

b) El procedimiento común-ordinario está previsto para ocho rubros delictivos (54 delitos), según las leyes 26.689, del 30 de noviembre de 1996, y 26.926, del 21 de febrero de 1998:

- 1) Delitos de parricidio y asesinato.
- 2) Delitos de secuestro y violación de menor.
- 3) Delitos de robo agravado.
- 4) Delitos de tráfico de drogas, salvo microcomercialización de drogas.
- 5) Delitos contra el Estado y la defensa nacional (20 figuras penales).
- 6) Delitos contra los poderes del Estado y el

orden constitucional (6 figuras penales) 7) Delitos de peculado y corrupción de funcionarios (15 figuras penales). 8) Delitos contra la humanidad (genocidio, desaparición forzada y tortura). Los demás delitos se siguen bajo el procedimiento sumario. En caso de concurso, el procedimiento es el común-ordinario.

c) El procedimiento común-ordinario, en su momento declarativo, tiene tres etapas bien definidas:

1) La *etapa de instrucción* está a cargo del juez penal. Se inicia con el auto de apertura de instrucción, dictado a instancia del fiscal provincial quien al efecto debe formular una "denuncia formalizada" (El juez penal puede denegar la apertura de instrucción si considera que el hecho denunciado no constituye delito, si la acción ha prescrito o si no se ha individualizado al autor o partícipes, art. 79, C.P.P.).

Durante la etapa de instrucción se realizan, bajo la dirección del juez penal y la colaboración del fiscal provincial, el conjunto de actos de investigación y se llevan a cabo lo esencial de las medidas limitativas de derechos; además, de determinar la legitimación pasiva a través del auto de apertura de instrucción (que inicia el proceso penal) y se asegura a las personas y cosas vinculadas al delito, así como la responsabilidad económica derivada del delito. Esta etapa culmina con la elaboración de sendos informes finales redactados por el fiscal y el juez. El expediente que se confecciona con todas las actuaciones sumariales (todo se documenta en actas) se eleva a la sala penal superior.

La defensa puede intervenir en todas las actuaciones, salvo que el juez las declare secretas; asimismo, el juez puede prohibir la presencia del inculcado en determinadas testimoniales, si estima que puede influir negativamente en el testigo (art. 157, C.P.P. de 1940). En esta etapa la defensa puede hacer valer tres medios de defensa técnicos muy importantes: cuestiones previas, cuestiones prejudiciales y excepciones, que previo trámite incidental son resueltas por el juez penal mediante auto fundado, el que puede ser apela-

do por las partes. La defensa, igualmente, está autorizada a tachar documentos, testigos y peritos, recurrir al juez y nombrar peritos de parte.

La instrucción, que es reservada para terceros no as para las partes personadas, dura 4 meses, prorrogables a 60 días más (art. 202, C.P.P., 1940, modificado por el decreto legislativo 126 del 12 de junio de 1981). Cabe, asimismo, la posibilidad que el Superior Tribunal conceda un plazo de complemento adicional hasta por 60 días (art. 220, C.P.P., 1940, modificado por la ley 24.388).

- 2) La *etapa intermedia* se lleva a cabo ante la sala penal superior, que es un órgano colegiado integrado por tres vocales superiores. En ella interviene el fiscal superior, como representante del Ministerio Público. Tiene por objeto establecer si existe fundamento suficiente para enjuiciar a una persona y, en su caso, si cabe archivar las actuaciones frente la ausencia de elementos de convicción acerca de la existencia del delito o de la responsabilidad del imputado. Del auto de sobreseimiento conoce en recurso de nulidad la Sala Penal de la Corte Suprema. Emitida acusación fiscal, el tribunal irremediablemente debe emitir el auto de enjuiciamiento y dar paso al juicio oral.
- 3) La *etapa de enjuiciamiento* se realiza ante la citada sala penal superior. Está destinada a verificar las afirmaciones de las partes mediante la actividad probatoria. El juicio oral exige la presencia obligatoria del acusado y del imputado (no existe juicio en ausencia o contumacia). En él tienen una participación protagónica los vocales del tribunal, pues no sólo dirigen el juicio, sino que deciden el orden en que los testigos deben declarar (art. 248, C.P.P., 1940) e interrogan directamente al acusado, a los testigos y a los peritos, inclusive lo hacen —salvo el acusado— antes de la participación del fiscal y en primer lugar. El fiscal interroga directamente no así los demás abogados, quienes salvo el caso de los testigos, lo hacen indirectamente por intermedio del tribunal (art. 251, C.P.P., 1940).

Contra la sentencia emitida por la sala penal superior procede *recurso de nulidad* ante la Sala Penal de la

Corte Suprema de Justicia; no está previsto un previo recurso de apelación. Es de acotar que según lo dispuesto en el art. 280, C.P.P., 1940: "La sentencia que ponga término al juicio deberá apreciar la confesión del acusado y demás pruebas producidas en la audiencia, así como los testimonios, peritajes y actuaciones de la instrucción", con lo que desaparece la diferencia entre actos de investigación y actos de prueba.

- 4) Frente a la sentencia del tribunal de instancia, la Sala Penal de la Corte Suprema, en virtud del recurso de nulidad (arts. 298/301, C.P.P. de 1940), puede anular el fallo si se presentan serios quebrantamientos de forma, tanto por vicios del procedimiento cuanto por defectos de la sentencia (arts. 298 y 299). Por otro lado, puede modificar la pena de uno o más de los condenados, "...cuando se haya aplicado al delito una que no le corresponde por su naturaleza o por las circunstancias de su comisión" (art. 300). De igual manera: "Si la Corte Suprema no considera fundada la sentencia condenatoria no resulta que la acción penal ha prescrito o que el reo ha sido ya juzgado y condenado o absuelto por el mismo delito, puede anular dicha sentencia y absolver al condenado, aun cuando éste no hubiese opuesto ninguna de estas excepciones. En caso de sentencia absolutoria sólo puede declarar la nulidad y ordenar nueva instrucción o nuevo juicio oral" (art. 301).

d) El procedimiento sumario prevé dos instancias. Sólo existen dos etapas a cargo del juez penal, no existe juicio oral. El juez sentencia con el sólo mérito de las actas sumariales. La etapa de instrucción es de 60 días prorrogables a 30 días más (art. 3º, decreto legislativo 124). Al término del sumario, el fiscal provincial pide el sobreseimiento o formula acusación; el juez emite auto de sobreseimiento o sentencia, luego de correr traslado de la opinión fiscal a las demás partes personadas. La sentencia condenatoria se lee en acto público, la absolutoria simplemente se notifica a las partes. Contra el fallo procede recurso de apelación ante la Corte Superior de Justicia. El procedimiento recursos no tiene fase probatoria y la Sala, previa vista de la causa y escuchando a los abogados defensores, emite sentencia.

La Corte Suprema no conoce de este procedimiento. Es posible, sin embargo, que vía recurso de *quita excepcional* el Supremo Tribunal decida conocer del procedimiento, siempre que se acredite que el órgano de instancia haya infringido la Constitución o se ha incurrido en una grave violación de las normas sustantivas o procesales de la ley penal (arts. 29 *in fine* C.P.P., 1940, modificado por el decreto legislativo 126 del 12 de junio de 1981, y 3° de la ley 26.689, del 30 de noviembre de 1996).

e) El procedimiento por faltas se sigue ante el juez de paz. Estas infracciones están sometidas a persecución pública, aunque es posible el desistimiento de la acción por el agraviado en cualquier estado de la causa. No interviene el Ministerio Público. Las faltas son de conocimiento del juez de paz letrado, siendo el trámite similar al del procedimiento sumario: el fallo dictado por dicho juez es conocido en apelación por el juez penal. También son de conocimiento por el juez de paz no letrado, en cuyo caso el procedimiento será oral, en una sola audiencia; la sentencia que emita dicho juez es de conocimiento en vía de apelación por el juez de paz letrado.

§ 3. Sobre los *procedimientos especiales*, es de anotar:

- a) Estos procedimientos están previstos para circunstancias o delitos específicos, en los que se discute una concreta pretensión punitiva. Los delitos objeto de estos procedimientos son, en principio, los delitos privados y determinados delitos graves y menos graves.
- b) El *procedimiento por delito privado* está radicado para los delitos de lesiones culposas leves, injuria, difamación, calumnia y violación de la intimidad (alguno delito contra la libertad sexual se procesa en esa vía según la última reforma legislativa, ley 27.115, del 17 de mayo de 1999). En estos delitos no interviene el Ministerio Público. El agraviado se erige como acusador privado y, por tanto, en único impulsor del procedimiento, el mismo que no sólo promueve la acción penal sino que introduce la pretensión penal y civil. En estos procedimientos el agraviado puede desistirse o transigir. Interpuesta la querrela y dictado el auto admisorio, se cita a un comparendo de pruebas, el

que luego de realizarse permite al juez penal emitir sentencia, la que es apelada ante la Corte Superior. La sentencia de la Sala Penal Superior causa ejecutoria. *El procedimiento recursal en todos los procedimientos penales no admite nuevas actuaciones probatorias.*

- c) Otro procedimiento por delito privado es el previsto para los delitos contra el honor personal cometidos por medios de órganos de comunicación social (art. 2° del decreto ley 22.623, del 14 de agosto de 1979). El juez penal, interpuesta la querrela, realiza una sumaria investigación de ocho días, luego de la cual emite sentencia. El fallo de instancia es objeto de recurso de apelación ante la Corte Superior, cuya sentencia —asimismo— es objeto de recurso de nulidad ante la Sala Penal de la Corte Suprema. Este procedimiento, en el art. 317, párrafo II, incluido por el decreto ley 22.633, preveía una prohibición expresa de que las partes hagan "...uso de los medios de comunicación social para referirse a sus respectivas personas y/o al hecho o dicho imputado, relacionados con el proceso...". La citada medida fue derogada por el Congreso, estimándose que vulneraba la libertad de expresión y lesionaba irrazonablemente al periodismo de investigación, por la ley 26.773, del 18 de abril de 1997.
- d) El segundo procedimiento especial es el de *terminación anticipada*. Está previsto para los delitos no agravados de tráfico de drogas y aduaneros. Durante la etapa de instrucción, el imputado o el fiscal pueden solicitar al juez convoque a una audiencia especial y privada, dirigida a establecer la existencia de un acuerdo acerca del hecho punible y de la sanción correspondiente. Si el fiscal y el imputado llegan a un acuerdo sobre esos extremos, el juez previo control jurídico del mismo, lo aprobará y dictará una *sentencia consensuada* respetando la pena acordada por las partes. Este fallo es consultado obligatoriamente a la Sala Penal Superior.
- e) El tercer procedimiento especial es el de *colaboración eficaz*. Permite obtener a una persona involucrada en comisión de delitos la impunidad o una pena reduci-

da si es que proporciona a la autoridad informac[i]o[n] veraz, oportuna y significativa que haga posible evit[ar] la comisi[on] del delito, promover su esclarecimiento, capturar al autor o autores del mismo. La informaci[on] que proporciona el "colaborador" es objeto de la investigaci[on] especial a cargo de la Policia Nacional con intervenci[on] del Ministerio P[ub]lico; culmina ésta con el atestado policial correspondiente, el fiscal presenta al juez el pedido correspondiente de exenci[on] de pena, quien la resuelve previa vista de la causa. La decisi[on] del juez puede ser apelada al Superior Tribunal. Si el fiscal considera que no cabe la exenci[on] de pena sino una atenuaci[on] especial, se inicia proceso contra el colaborador y en el fallo respectivo se decidirá si es del caso conceder alguno beneficio premial. Paralelamente al resultado de la investigaci[on] especial para corroborar la informaci[on] del colaborador, si ésta resulta fundada se elaborará otro atestado para los involucrados con esa versi[on], quienes serán objeto de un proceso penal independiente.

§ 4. El art. 149 de la Constituci[on] permite a las autoridades de las *Comunidades Campesinas y Nativas* ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el Derecho consuetudinario; además, precepta que la ley debe establecer las formas de coordinaci[on] de dicha jurisdicci[on] especial con los juzgados de paz y con las demás instancias del Poder Judicial. Esta norma, sin embargo, aún no ha sido desarrollada legislativamente. Por tanto, hasta hoy en día la "justicia tradicional" no puede funcionar pese a la expresa habilitaci[on] constitucional.

§ 5. El art. 139.1 de la Constituci[on] reconoce a la *jurisdicci[on] militar*; como entidad distinta de la *jurisdicci[on] ordinaria*. La justicia militar se encuentra inserta en el ámbito de los Institutos Armados (decreto ley 23.201, Ley Orgánica de Justicia Militar, del 19 de julio de 1980). Sus jueces son nombrados por un período temporal por el Alto Mando Castrense y son militares de carrera y algunos del Cuerpo Jurídico Militar.

El art. 173 constitucional define los alcances del fuero militar. Conoce de los delitos de funci[on], previstos en el Código

de Justicia Militar (decreto ley 23.214, del 24 de julio de 1980), cometidos por militares y policías, así como de los delitos derivados de la Ley del Servicio Militar Obligatorio. Finalmente, conoce, siempre que la ley lo mande, de los delitos cometidos por civiles circunscritos a los tipos penales de traici[on] a la patria y terrorismo; según la legislaci[on] reciente, conoce de los delitos especialmente agravados de terrorismo, denominados *traici[on] a la patria* (decretos leyes 25.659, del 13 de agosto de 1992, y 25.880, del 26 de noviembre de 1992, así como la ley 26.508, del 21 de julio de 1995), así como de los delitos de *terrorismo agravado* (decreto legislativo 895, del 23 de mayo de 1998), que en rigor es una figura penal destinada a reprimir la delincuencia violenta. Castiga los delitos de robo, secuestro, extorsi[on], contra la vida, el cuerpo y la salud, el patrimonio, la libertad individual y la seguridad pública, cometidos por una persona vinculada a una organizaci[on] delictiva violenta que porte armamento de guerra.

Para procesar los delitos de traici[on] a la patria prevé el procedimiento en teatro de operaciones, que es un procedimiento sumarísimo, en que el juez militar sentencia luego de una sumaria investigaci[on]; el fallo es objeto de recurso de apelaci[on] y, luego, de nulidad ante el Consejo Supremo de Justicia Militar. Para procesar el delito de terrorismo agravado, se sigue un procedimiento muy similar al que se sigue en la justicia ordinaria para el delito de terrorismo clásico; también es un procedimiento sumario, con plazos reducidos, con el agravante que el delito tiene prevista penas muy altas, inclusive cadena perpetua.

La Corte Suprema sólo puede conocer en casaci[on] de aquellos delitos conocidos por la justicia militar en que se haya impuesto pena de muerte (arts. 141 y 173 de la Constituci[on]).

§ 6. La *ejecuci[on] penal*, entendida como el conjunto de actos necesarios para la realizaci[on] de la sanción penal y de la reparaci[on] civil contenida en una sentencia de condena firme, está prevista en diversas normas, tales como el Código Penal, La Ley Orgánica del Ministerio P[ub]lico, el Código de Ejecuci[on] Penal y el propio Código de Procedimientos Penales. La sentencia firme integra lo que se denomina "título de ejecuci[on]".

El órgano de la ejecución es, por lo general, el juez penal originario (art. 337, C.P.P. de 1940); la Sala Penal Superior sólo conoce de la ejecución penal en vía de recurso de apelación de los autos emitidos por el juez penal.

El procedimiento previsto es el incidental, esto es, promoción de parte o instancia de oficio, traslado a las demás partes personadas, actuación probatoria por un término de días, dictamen fiscal, vista de la causa y resolución por el juez penal.

Existen cinco incidentes típicos de ejecución: 1) *Revocación de la suspensión de la ejecución de la pena* (art. 64, C.P.), de la reserva del fallo condenatorio (arts. 65 y 66, C.P.) y de la conversión de la pena limitativa de derechos (art. 67, C.P.) y de la pena de multa (art. 56, C.P.). 2) *Concesión, revocación de beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional* (arts. 50 y 55 del Código de Ejecución Penal, decreto legislativo 654, del 31 de julio de 1991), en la que la autoridad penitenciaria vía el Consejo Técnico Penitenciario es la encargada, a solicitud del interno, de preparar el cuaderno de beneficio penitenciario con el record del interno y un informe sobre su grado de readaptación social. 3) *Revisión del título de ejecución* por conexión de delitos (art. 49, ley 10.124). 4) *Cesación de la medida de seguridad de internación y extinción o reducción de la pena* (arts. 75 y 77, C.P.). 5) *Ejecución de la reparación civil* (art. 337, C.P.P., 1940).

3. Reforma procesal diseñada

§ 1. El Código de 1991, aun cuando no entró en vigencia del todo, presenta nueve características bien definidas. Son las siguientes:

- a) Insiste, siguiendo el modelo eurocontinental, en señalar que la acción penal es de naturaleza pública, que su ejercicio corresponde al Ministerio Público y que sólo se exceptúan los casos expresamente establecidos por la ley. Incorpora a los actores sociales como colaboradores en la persecución del delito, asumiendo la calidad de actor civil.
- b) Afirma los principios de legalidad y oficialidad de la acción penal. La legalidad se exceptúa en los supuestos de oportunidad reglada (falta de merecimiento o

de necesidad de pena). Corresponde al Ministerio Público, sin control judicial, decidir cuándo aplica dicho principio.

- c) El ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público comprende el inicio y dirección de la investigación, la acusación y la participación del fiscal en el juicio oral. Es de destacar que la etapa de investigación es de titularidad fiscal, con lo que elimina la figura del juez instructor. El juez interviene en la etapa de investigación para aprobar la promoción de la acción penal, dictar medidas cautelares e instrumentales restrictivas de derechos y decidir el sobreseimiento.
- d) El órgano jurisdiccional asume el control o supervisión de la investigación fiscal y tiene a su cargo las fases intermedia y del juicio oral. Todo proceso que define la culpabilidad y, en su caso, impone una pena, requiere inevitablemente el juicio oral. La investigación tiene un objetivo definido: reunir la prueba necesaria que permite al fiscal decidir si formula o no acusación.
- e) La Fiscalía tiene el control jurídico funcional de la policía. Como tal, interviene en sus labores, tiene circunscritas sus atribuciones de actuación de oficio y debe comunicar sus actuaciones al fiscal provincial.
- f) En materia de Derecho probatorio, resalta las exigencias de contradicción, inmediatez, publicidad y oralidad en la actuación de las pruebas, así como inhabilita de todo valor a las actuaciones probatorias actuadas con violación de las disposiciones constitucionales y legales. Además, el juez no interviene activamente en la actividad probatoria. Se sigue el principio de aportación en el juicio oral, en cuya virtud las partes ofrecen las pruebas y sólo ellas interrogan a los testigos, peritos e imputados.
- g) En el juicio oral la función del órgano jurisdiccional es dirigir su desarrollo. El imputado, que tiene derecho a guardar silencio, puede ser interrogado una vez culminado el interrogatorio de testigos y peritos, así como luego del debate de la prueba instrumental.

- h) En materia recursal se instaura el recurso de casación con reenvío en todos los casos y se precisa los supuestos del recurso de apelación, sobre todo en las resoluciones interlocutorias. Se introduce el principio de interdicción de la reforma peyorativa, se exige la motivación del recurso y se permite al fiscal recurrir en favor del reo o en interés de la ley.
- i) Se regulan varios tipos de procesos. El proceso ordinario, radicado en los delitos menos graves, es juzgado por el juez penal. El proceso especial por razón de delito, circunscrito a los delitos graves, es juzgado por la Sala Penal Superior. En ambos procesos el juicio oral público y contradictorio es imprescindible. Otros procesos son la querrela (delitos privados), faltas —ante el juez de paz— y por delitos funcionales.

§ 2. El Proyecto de Código aprobado en la presente legislación de 1997, tiene su base en el Proyecto elaborado por la Comisión Especial creado al amparo de la ley 26.299. En rigor, respeta y desarrolla las propuestas del Código de 1991. Este proyecto profundiza el control del juez sobre la investigación del fiscal (crea el recurso de tutela) y fortalece el papel de la víctima en el proceso, así como incorpora propuestas normativas contenidas en el Código italiano (sistema de constitución de las partes, medidas coercitivas en especial la relativa al arresto domiciliario y las medidas interdictivas, recurso de casación, procedimiento monitorio (decreto penal de condena) y de terminación anticipada, extendiéndolos a todos los delitos menos graves. Asimismo del Proyecto Maler argentino se incorpora la definición de peligrosidad procesal, el procedimiento de seguridad para los inimputables y los supuestos de desvinculación del tribunal respecto al delito materia de acusación fiscal y se profundiza la oralidad del juicio al limitar la prueba instrumental objeto de lectura en el debate). Igualmente, se asumen diversas reformas colombianas, como son el procedimiento por colaboración eficaz y el originario procedimiento de terminación anticipada. Finalmente, se siguen las últimas normas procesales penales españolas, vinculadas al límite temporal de la detención judicial, al instituto de la conformidad, al recurso de apelación contra sentencias en los procesos por delitos menos graves y

a lo relativo a las condiciones exigibles para que se asuman como actos de prueba determinadas actuaciones instructorias (prueba anticipada y preconstituida).

§ 3. Tanto el Código de 1991 como el Proyecto de 1995 y los sucesivos vetados por el Poder Ejecutivo, configuran al fiscal provincial (escalón básico de la estructura del Ministerio Público) como el órgano que conduce la investigación del delito. Él recibe las denuncias de los agraviados y de cualquier ciudadano comunicando la existencia de un delito (los ciudadanos, salvo los delitos privados, no pueden acudir directamente al juez penal, con lo que se ratifica lo que actualmente sucede a raíz de la entrada en vigor de la Ley Orgánica del Ministerio Público).

El fiscal provincial, a su vez, decide si insta el procesamiento penal del denunciado o si previamente dispone una investigación preliminar a su cargo o por intermedio de la Policía Nacional. Los hechos pueden haber sido de conocimiento previo por la policía (las más de las veces), en cuyo caso existe la obligación de dicha institución de comunicar tal hecho al fiscal, sin perjuicio de realizar las diligencias de averiguación de urgencia que el caso amerite. El atestado policial que elabora la policía es elevado a la Fiscalía provincial, la que decidirá si pide el procesamiento penal o archiva las actuaciones.

Los Proyectos de Código disciplinan dos clases de investigación: 1) la preliminar, bajo conducción fiscal; y, 2) la formal, si bien bajo conducción fiscal, importa la intervención judicial al aprobar el procesamiento penal de la persona imputada por la Fiscalía. Esta última, que es necesaria y, en rigor, marca el inicio judicial del procedimiento penal, tiene cierto nivel de intervención jurisdiccional (el juez aprueba el procesamiento penal, dicta medidas limitativas de derechos, constituye a las partes, decide excarcelaciones y controla al fiscal en sus actos de investigación) y está sujeta a un plazo predefinido: 120 días, prorrogables por 15 días más. El fiscal tiene el señorío de la investigación formal y a su culminación debe decidir si formula acusación o pide el sobreseimiento al juez penal.

El indicado pedido fiscal inaugura la *etapa intermedia*, que desde ese momento se encuentra bajo la dirección del

Juez penal. El juez, previo traslado a las partes, puede aceptar el sobreesamiento o iniciar el denominado "procedimiento para forzar la acusación", instaurando el control jerárquico y consultar al fiscal superior la necesidad de que se acusen al imputado. De igual manera, puede aceptar la acusación en su caso, dictar una sentencia absolutoria anticipada, bajo determinados parámetros muy restrictivos (casos de atipicidad manifiesta o de presencia evidente de una causa de exención de responsabilidad penal). En la etapa intermedia, las partes pueden deducir nuevos medios de defensa, ofrecer prueba para ser actuada en el juicio oral y pedir la actuación de prueba anticipada.

El juicio oral requiere la obligatoria presencia del acusado y su defensor, así como del fiscal, en todos los casos. Consiste de tres periodos:

- 1) *Inicial*, que comprende la apertura de la audiencia (se establece la presencia de las partes y de los órganos de prueba), el acto imputativo (el juez indica al acusado los cargos objeto del juicio y las pruebas de cargo señaladas por el fiscal) y la posible conformidad (si el juez acepta los hechos imputados y la pena y reparación civil pedida por el fiscal); si se acepta la conformidad, el juicio culmina dictando el juez una *sentencia de conformidad*, siguiendo el petitorio fiscal.
- 2) *Probatoria*, que comprende la actuación de las pruebas ofrecidas y aceptadas en la etapa intermedia (las partes interrogan directamente a los órganos de prueba), en la que el juez no interviene; primero se actúa la prueba testimonial en el orden que establece el juez, luego de escuchar a las partes; luego, se examina a los peritos y finalmente se lee la prueba documental.
- 3) *Decisorio*, que comprende tanto la discusión final, esto es, la exposición del fiscal, de la parte civil, del tercero civil, del abogado defensor del acusado y la auto-defensa del propio acusado, cuanto la deliberación y sentencia. La deliberación es reservada y la sentencia se lee en el acto oral como penúltimo paso. A continuación se consulta al imputado y al fiscal si están conformes con la sentencia o interponen recurso im-

pugnatorio. Si el procedimiento por un delito grave, que se sigue ante la Sala Penal Superior, el recurso será de casación (modelo de 1995) o de apelación suprema (Código de 1991), mientras que si el procedimiento es por un delito menos grave, seguido ante el juez penal, el recurso será de apelación. En este último caso, el recurso de casación ante la Sala Penal del Supremo Tribunal sólo procede tratándose de delitos o penas impuestas mayores de cuatro años de privación de libertad.

La *etapa o fase recursal* es sencilla. No se contempla actuación probatoria, salvo en el procedimiento por delitos menos graves que adopta un modelo inspirado en el procedimiento abreviado español, en que la actuación probatoria es restringida. El órgano revisor resuelve el recurso previa vista fiscal y vista de la causa, en que el abogado de las partes pueden informar oralmente, sin perjuicio de presentar alegatos escritos que abonen sus pretensiones.

§ 4. Como ya se indicó, el Código Procesal Penal de 1991 está suspendido en su aplicación (ley 26.299, del 30 de abril de 1994), sólo algunas de sus normas han entrado en vigencia (arts. 2º, 135/138, 143/145, 182/185, 239/245). La ley 26.299 creó una Comisión Especial encargada de revisar la conformidad del texto de dicho Código con las disposiciones de la nueva Constitución. La indicada comisión en abril de 1995 elevó el Proyecto al Congreso, el cual si bien ha sido aprobado en dos ocasiones, ha merecido el veto del Poder Ejecutivo. Actualmente, el Proyecto de Código Procesal Penal se encuentra en el Congreso y no tiene fecha para su debate parlamentario; en puridad, ha sido archivado definitivamente. *Sin duda, no existe voluntad política para discutir un nuevo Proyecto, cuyas bases no se amoldan al esquema procesal seguido por el régimen en los últimos años.*

§ 5. Las reformas sólo contemplaron el procedimiento. La inicial autorización legislativa se circunscribió al procedimiento penal. Las leyes orgánicas del Poder Judicial y del Ministerio Público no han sido afectadas hasta la fecha, salvo en todo aquello funcional al denominado "proceso de reforma y modernización", radicado en los órganos de gobierno y de administración de ambas instituciones. El proceso de

reorganización de la justicia, con la creación de Comisiones Ejecutivas temporales, aún no define los alcances del nuevo modelo de organización del órgano jurisdiccional y de la Fiscalía; tampoco ha presentado o tiene claro el modelo procesal penal compatible con sus propuestas orgánicas y administrativas.

El Código Procesal Penal de 1990 y el Proyecto de 1996 (este Proyecto ha sido esencialmente reproducido en las dos sucesivas versiones que el Congreso aprobó en los años 1996 y 1997) basaron sus propuestas procesales en la estructura orgánica de la justicia preexistente.

Ello significa: 1) Que la *etapa de investigación*, sujeta a un plazo máximo de 120 días prorrogables a 15 días más, es conducida por el fiscal provincial, en la que el juez penal sólo interviene para: a) aprobar la promoción de la acción penal, b) constituir a las partes procesales, c) dictar y modificar medidas cautelares y contracautelares, así como medidas instrumentales restrictivas de derechos, y d) controlar la legalidad de las actuaciones del fiscal provincial, a instancias de las demás partes personadas. 2) Que la *etapa intermedia*, en los delitos menos graves, está a cargo del mismo fiscal provincial y del mismo juez penal, donde se decide la procedencia de la acusación y del juicio oral. 3) Que la *etapa de enjuiciamiento* la conduce el juez penal, siempre que se trate de delitos menos graves (que tienen prevista una pena no mayor de diez años de privación de libertad). 4) Contra el fallo del juez penal procede recurso de apelación ante la Sala Penal Superior y contra la sentencia de vista cabe interponer recurso de casación ante la Sala Penal de la Corte Suprema, siempre que el delito objeto de acusación tenga prevista una pena mayor de cuatro años de privación de libertad.

En los delitos graves: *procedimiento especial por razón de delito*, las etapas intermedia y de enjuiciamiento se llevan a cabo ante la Sala Penal Superior, interviniendo el fiscal superior; contra la sentencia emitida procede recurso de apelación suprema en el Código de 1991 y recurso de casación en el Proyecto de Código de 1995.

§ 6. En cuanto a la *participación del ofendido en el procedimiento*:

- a) El ordenamiento procesal vigente reconoce a la víctima: 1) El derecho de formular la *noticia criminal* del

delito al Ministerio Público (en los delitos privados tiene el derecho de formular querrela directamente ante el juez penal), tal como lo señalan los arts. 159.5 de la Constitución y 11 de la Ley Orgánica del Ministerio Público. 2) El derecho de constituirse en parte civil y, como tal, tener plena intervención en el proceso penal (ofrecer prueba, intervenir en los actos de investigación y en el juicio oral, formular tachas, oposiciones e impugnaciones), aunque con un interés limitado a la reparación civil (arts. 54, 57, 58 y 276, C.P.P. de 1940; numerales 92/101, C.P.).

En el procedimiento penal el objeto civil se acumula obligatoriamente al objeto penal, de suerte que aun cuando la víctima no la solicita, es obligación del fiscal instar la reparación civil (art. 1º. L.O.M.P.) y del juez imponer su pago en la sentencia (art. 285, C.P.P., 1940). Si la víctima no se constituye en parte civil, la ley procesal penal no le reconoce derecho procesal alguno.

En estas condiciones, es tratada como un testigo, por lo que puede ser citada para prestar su declaración y ser examinada en el acto oral; además, puede ser empleada para que intervenga en la confrontación o careo y en la diligencia de reconstrucción de los hechos.

- b) En el Proyecto de 1995, y en los dos sucesivos, se garantiza a la víctima: 1) La debida información de sus derechos, mediante la diligencia de "Acción de ofrecimiento de acciones", de suerte que la autoridad está obligada en la primera oportunidad que toma contacto con la víctima a informarle de sus derechos y de las acciones que puede hacer uso en resguardo de sus derechos. 2) Independientemente de la posibilidad de constituirse en parte o actor civil, la víctima, por el hecho de serlo, tiene derecho a que se le notifiquen las actuaciones judiciales, de poder ofrecer pruebas y personarse en la causa, de ser escuchada antes que se dicte alguna decisión relevante en el proceso y de intervenir en el juicio, aunque sin posibilidad de impugnación ni de formular oposiciones o nulidades, reservadas a quien se ha constituido en parte o actor civil. 3) En determinados delitos, vinculados a la vulneración de los derechos humanos, pueden con-

currir en su defensa las Organizaciones No Gubernamentales, en su calidad de actores sociales, quienes solas o en concurrencia de la víctima, siempre bajo su anuencia, pueden participar en la causa con los mismos poderes del actor civil.

§ 7. La ejecución penal, sigue el mismo patrón que el procedimiento vigente. No existe ninguna modificación al respecto. Tampoco presente que tampoco se ha modificado el Código de Ejecución Penal. No se ha previsto la reaparición del "juez de ejecución penal" que creó el Código de Ejecución Penal anterior (decreto legislativo 330, del 6 de marzo de 1985) y que eliminó el nuevo Código de Ejecución Penal (decreto legislativo 654, del 31 de julio de 1991).

3. La reforma administrativa de la justicia

§ 1. El Poder Judicial y el Ministerio Público, actualmente, se encuentran sometidos a un singular proceso de reorganización dispuesto por las leyes 26.546, del 21 de noviembre de 1995; 26.623, del 19 de junio de 1996; 26.695, del 3 de diciembre de 1996; 26.738, del 7 de enero de 1997, y 27.009, del 5 de diciembre de 1998. El proceso de reorganización y modernización de ambas instituciones del sistema judicial se inició el 22 de noviembre de 1995 y durará hasta el 31 de diciembre de 2000.

Los referidos dispositivos legales, prescriben lo siguiente:

- a) Se instauró en el seno de cada institución las denominadas "Comisiones Ejecutivas", como máximos órganos de gobierno, integradas por vocales supremos y fiscales supremos predeterminados, así como por un secretario ejecutivo, titular del pliego presupuestal. De esta forma se suspendió, temporalmente, los poderes de gobierno, dirección y gestión institucional que correspondían al presidente del Supremo Tribunal y a la Sala Plena del mismo, así como fiscal de la Nación y a la Junta de Fiscales Supremos, órganos constitucionales a los que se limitó sensiblemente su competencia, para dar paso a esa nueva organización provisoria.
- b) Las funciones de dichas comisiones abarcan, no sólo el ámbito administrativo y de gestión de ambas insti-

tuciones, como fue al principio, sino se extendió a la modificación del Despacho Judicial y Fiscal, a las carreras judicial y fiscal y al Estatuto Orgánico del juez y del fiscal. Además, tienen derecho de iniciativa legislativa y amplios poderes para posibilitar la reestructuración y reorganización integral del Poder Judicial y del Ministerio Público. Estas comisiones nombran a los magistrados provisionales, que según estimó el secretario ejecutivo del Poder Judicial ante la Comisión de Justicia del Congreso, en la Primera Legislatura del año 1999, superan el 75 % de la planilla judicial.

- c) Se creó el Consejo de Coordinación Judicial integrado por los presidentes de las Comisiones Ejecutivas (el presidente del Tribunal Supremo y la ex fiscal de la Nación) y el presidente del Consejo Nacional de la Magistratura, así como por un secretario ejecutivo. Este Consejo tiene por misión coordinar los lineamientos de política general de desarrollo y organización de las instituciones vinculadas al servicio judicial, definir las estrategias de colaboración y unificación de esfuerzos en la modernización de la justicia, establecer programas conjuntos para reorganizar los sistemas y procedimientos administrativos, definir los lineamientos de política para la reorganización interinstitucional, etcétera.

§ 2. Independientemente de que la percepción ciudadana, expresada en una serie de encuestas y de comentarios de especialistas en el tema judicial, reconoce indudables avances en materia de infraestructura y reorganización de los órganos administrativos y de apoyo al Poder Judicial y al Ministerio Público, igualmente detecta una fuerte influencia manipuladora del Poder Ejecutivo en el proceso de reforma judicial-fiscal, donde es de destacar la lesión a un conjunto de principios institucionales y garantías del magistrado.

En efecto, se han creado numerosos órganos judiciales y fiscales transitorios y reestructurado varias veces el personal de magistrados integrantes de las salas, juzgados y fiscalías. Esto significa que el principio de inamovilidad y sobre todo del juez natural no se respeta, al punto que se ha de-

nunciado que los cambios de magistrados, en casos de resonancia política, tienen una inclinación determinada en atención a las necesidades del poder político. Igualmente, la configuración territorial de la justicia (Distritos Judiciales), a partir de la cual se conciben cortes superiores con competencia departamental o regional según el caso, a las que se adscriben los juzgados especializados y mixtos, se ha limitado en gran medida con la creación administrativa de salas y juzgados nacionales (delitos fiscales, delitos socioeconómicos, delitos de terrorismo, delitos cometidos a través de organizaciones criminales y delitos de tráfico ilícito de drogas), con todo lo que ello significa de afectación al principio *forum commissi delicti* y de restricción del derecho de defensa.

Es de destacar que en los delitos arriba indicados se han creado órganos jurisdiccionales con jurisdicción nacional, cuyos magistrados son nombrados por una Sala Jurisdiccional de la Corte Suprema, sin término de adscripción (de hecho algunos magistrados han sido separados de dichos órganos judiciales sin exposición de motivos, lo que en los hechos niega la inamovilidad judicial), quienes no dependen de una corte superior ni de una estructura *ad hoc* de gobierno, sino de un órgano jurisdiccional supremo, confundiendo en él funciones propiamente jurisdiccionales y de gobierno, con todo lo que ello significa de limitación del principio de independencia y autonomía de los jueces.

Otro modelo que ha causado polémica es el de los "juzgados y salas corporativas", en cuya virtud se ha alterado el modelo de oficina judicial (un juzgado a cargo de un juez y una plantilla de secretarios judiciales y auxiliares, así como una sala superior conformada por tres vocales, un relator, un secretario y su propio personal auxiliar), para dar paso a órganos integrados de jueces y vocales superiores, con una plantilla común de auxiliares. Las salas están conformadas por cinco o más magistrados, que diariamente se turnan para resolver las causas en secciones intercambiables de tres magistrados cada uno.

4. Observaciones jurídico-empíricas

§ 1. En materia de *encarcelamiento preventivo* es del caso puntualizar lo siguiente:

- a) El art. 135 del C.P.P. de 1991, norma vigente desde 1991, sólo permite esa medida cautelar personal si se cumplen tres requisitos: a) que existan suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito doloso que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo; b) que la sanción a imponerse sea superior a los cuatro años de pena privativa de libertad y se trate de un delito doloso; y, c) que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias, tratase de eludir la acción de la justicia o perturbar la actividad probatoria.
- b) La detención judicial —así llamada en nuestro país—, según el art. 137 del citado Código de 1991, modificado por el decreto ley 25.824, del 9 de noviembre de 1992, salvo para los delitos de terrorismo y tráfico de drogas, es una medida cautelar temporal, independiente del tiempo de duración del proceso. Está sujeta a un plazo de duración de 9 meses para el procedimiento por delitos menos graves (actualmente se trataría del procedimiento sumario) y de 15 meses para el procedimiento por delitos graves (actualmente se trataría del procedimiento común-ordinario). En ambos casos, si el proceso se sigue contra más de 10 imputados, el plazo se duplica; también se duplica cuando concurren circunstancias que importen una especial dificultad o una especial prolongación de la investigación y que el inculpado pudiera sustraerse a la acción de la justicia. No está sujeto a plazos la detención en los procesos por delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo y traición a la patria, según lo dispuesto en el decreto ley 25.916, del 9 de noviembre de 1992.
- c) Si bien las pautas normativas, en principio, parecen ser razonables, la realidad demuestra que su interpretación judicial es errática, puesto que no se toma en consideración el requisito fundamental del peligro procesal, limitándose a la prueba del hecho (*fumus boni iuris*) y al juicio de gravedad de la infracción. Sobre esto último, es de destacar que el límite de los 4 años de pena privativa de libertad no es un referente realmente razonable, desde que actualmente por la intensa política sobrecriminalizadora que se ha imple-

mentado, la gran mayoría de delitos de mucha incidencia nacional (drogas, robos, violaciones, aduaneros, tributarios, etc.) tienen previstos un mínimo legal de 5 años o más, lo que desde la actual interpretación judicial fuerza una medida de prisión preventiva. A esta situación jurisprudencial se adiciona la legislación de emergencia que se ha venido promulgando desde el año 1992, normativa que ordena al juez dictar obligatoriamente detención en los delitos de más alto índice estadístico y los convierte *de facto* en delitos inexcusables: terrorismo clásico, traición a la patria como modalidad especialmente agravada de terrorismo, terrorismo agravado (delitos violentos cometidos por organizaciones criminales sin móvil político), tráfico ilícito de drogas, tenencia ilegal y sustracción de armas de fuego y armamento de guerra, asesinato, secuestro, extorsión, robo, robo agravado, violación sexual de menores, violación sexual seguida de muerte o lesiones graves, que constituyen cerca del 78 % de la población carcelaria.

- d) Contra el mandato de detención proceden dos tipos de recursos: 1) Apelación, si la orden de prisión es injusta, es decir, cuando no se presentan los presupuestos exigidos por el art. 135, C.P.P., 1991; y, 2) Queja, si la orden de prisión preventiva no está motivada o fundamentada (el art. 136, C.P.P., de 1991 exige que en el auto de detención se expresen los fundamentos de hecho y de derecho que sustente la medida). La apelación o la queja son resueltas por la Sala Penal Superior sin necesidad de dictamen fiscal y con el sólo mérito de copia de los actuados elevados inmediatamente por el juez penal. Si se ampara la queja, se anula la detención y se remiten los autos a otro juez para que dicte nueva decisión debidamente motivada (art. 138, C.P.P., de 1991).

§ 2. El art. 143, C.P.P. de 1991 regula la medida cautelar de comparecencia o citación cautelar. Esta medida, que al igual que en el caso de la detención se dicta al momento de que el juez dicta el auto de apertura de instrucción o de procesamiento, puede ser simple y restrictiva. Se impone

comparecencia simple cuando el hecho denunciado está penado con una sanción leve o cuando las pruebas aportadas no justifiquen ser más severos en la custodia a imponer.

La medida de *comparecencia restrictiva*, a su vez, puede ser *obligatoria* y *facultativa*. La primera procede respecto de imputados mayores de 65 años que adolezcan de una enfermedad grave o de incapacidad física, siempre que el peligro de fuga o de perturbación de la actividad probatoria puede evitarse razonablemente (la entidad del injusto y de la culpabilidad por el hecho no es determinante). En este caso, la restricción que procede es la de *detención domiciliaria*, que puede ejecutarse en el propio domicilio del imputado o en custodia de otra persona, de la autoridad policial o sin ella, impartándose las órdenes necesarias.

La *comparecencia restrictiva facultativa* procede cuando no corresponda la medida de detención y no se esté en los supuestos de comparecencia simple. Las medidas alternativas previstas taxativamente son cinco: 1) Detención domiciliaria. 2) Obligación de someterse al cuidado y vigilancia de una persona o institución determinada, quien informará periódicamente en los plazos designados. 3) Obligación de no ausentarse de la localidad en que reside, de no concurrir a determinados lugares, o de presentarse a la autoridad en los días que le fijen. 4) Prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que ello no afecte el derecho de defensa. 5) Prestación de una caución económica, si las posibilidades del imputado lo permiten. El juez podrá imponer una de estas alternativas o combinar varias de ellas, según resulte adecuada al caso, y ordenará las medidas necesarias para garantizar su cumplimiento.

Esta medida puede ser apelada por el fiscal e, inclusive, por la parte civil. Se resuelve por la Sala Penal Superior, previa vista fiscal y vista de la causa en audiencia pública.

La comparecencia restrictiva lleva consigo la posibilidad de que se dicte detención si el imputado no cumple las restricciones impuestas, previo requerimiento realizado por el fiscal o el juez. La comparecencia simple lleva consigo la posibilidad de que se dicte orden de conducción compulsiva si el imputado no concurre a una diligencia para la que fue emplazado. Así está regulado en el art. 144.

§ 3. El imputado que tiene mandato de comparecer puede ser objeto, en el curso de la instrucción, de una resolutoria de la misma para convertirse en detención, a solicitud del fiscal o del actor civil. Ello se produce, reza el art. 135 del C.P.P., 1991, cuando se presenten los supuestos del art. 133 del C.P.P., 1991 que hagan viable el encarcelamiento preventivo.

Por otro lado, el imputado en cárcel con mandato de detención puede ser excarcelado. Existen cuatro supuestos de libertad: 1) Libertad provisional (arts. 182/188, C.P.P., 1991); 2) Libertad vigilada (arts. 366/368, C.P.P., 1940, modificado por el decreto ley 25.476, del 6 de mayo de 1992); 3) Libertad por exceso en el plazo de detención: a) delimitación temporal de la detención (art. 137, C.P.P., 1991); y, b) libertad durante el procedimiento recursal (ley 24.063, del 11 de enero de 1985); 4) Libertad incondicional (art. 201, C.P.P., 1940, modificado por la ley 24.388).

La libertad provisional opera en el curso del procedimiento cuando nuevas pruebas acrediten que el imputado no ofrece peligro procesal o no será acreedor a una pena mayor de cuatro años de privación de libertad. La libertad incondicional opera durante el curso de la instrucción cuando se acredite con prueba fehaciente que el imputado es ajeno al delito cometido o que éste no se ha perpetrado. La libertad vigilada opera cuando el fiscal pide una determinada pena y el imputado está sufriendo carceraria por un período de las dos terceras partes del petitorio fiscal. La libertad por exceso de plazo opera cuando vence el plazo de la detención o cuando cumple la pena estando la sentencia de instancia impugnada.

§ 4. En cuanto a la organización del sistema de Justicia, es del caso anotar lo siguiente:

- a) Según fuentes de las Secretarías Ejecutivas del Poder Judicial y del Ministerio Público, está distribuido, actualmente, de la siguiente manera: a) 16 vocales supremos titulares y 16 vocales supremos provisionales (el año 1996 se crearon por decisión de la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial 2 salas penales transitorias); b) 7 fiscalías supremas, 4 de ellas son penales, de las cuales 4 están servidas por un fiscal supremo provisional; c) 107 salas y 120 fiscalías superiores (el

50 %, aproximadamente se dedican a lo penal), distribuidas en 25 Distritos Judiciales en todo el país; d) 668 juzgados especializados (entre penales, civiles, de familia y mixtos, dedicándose a lo penal el 45 % aproximadamente), y 421 fiscalías provinciales (127 dedicadas a lo penal y 201 mixtas, que también conocen asuntos penales); y, 341 juzgados de paz letrados (que conocen, en el orden penal, las faltas). (Fuente: Gerencia de Estudios y Validación del Poder Judicial y de la Oficina de Estadística del Ministerio Público, año 1998.)

- b) El sistema judicial a mayo de 1977, está compuesto por 1.121 unidades jurisdiccionales, entre colegiados y unipersonales. (Fuente: Gerencia del Poder Judicial, 1997.) Y 551 fiscalías, que sirven a una población que bordea los 24 millones de habitantes; a agosto de 1998, según informa el secretario ejecutivo David Pezúa Vivanco, existían 1.487 jueces, de los cuales sólo son titulares 333, provisionales 246 y suplentes 908. (Fuente: *Mensajes: Perspectivas para el Tercer Milenio*, Lima, 1998, p. 137.) En el caso del Poder Judicial, según estadísticas del año 1998, hay 1.594 magistrados, 5.953 auxiliares judiciales y 493 servidores administrativos, o sea un total de 7.832 personas dedicadas al servicio de justicia en el Poder Judicial. Ahora bien, del total de magistrados del Poder Judicial existen 403 magistrados titulares y 1.030 magistrados provisionales, habiéndose creado por razones coyunturales 161 despachos transitorios. Según informes de la gerencia general del Poder Judicial al 31 de mayo de 1998, existían 8.744 trabajadores (auxiliares y servidores) en el Poder Judicial. (*Reforma judicial: evaluación y perspectivas de desarrollo*, Lima, 1998, p. 37.) Cabe significar que el Perú cuenta con alrededor de 4.500 jueces de paz, que son magistraturas servidas por gente lega y por un plazo de un año, los cuales atienden los procedimientos penales por faltas. (Fuente: PEZÚA VIVANCO, David: ob. cit., p. 168.) Según la Unidad de Modernización Judicial de la Comisión Andina de Juristas, en la Corte Suprema existen 3 salas penales de 5 magistrados cada una (una permanente y dos transitorias).

Según informes de la Secretaría Técnica de la Comisión Ejecutiva del Ministerio Público a junio de 1999 existían un total de 1.200 fiscales, de los cuales el 80% son Fiscales Penales. Empero, al 31 de diciembre de 1996, según el Anuario Estadístico del Ministerio Público, existían sólo en el orden penal, sin contar a los fiscales mixtos, ubicados en las provincias de relativa carga procesal, 38 fiscales superiores, 43 fiscales adjuntos superiores, 125 fiscales provinciales y 224 fiscales adjuntos provinciales, que hacen un total de 430. Según estadísticas actualizadas al presente año, existen 1.326 fiscales, sin contar a los fiscales supremos. *Esto significa que, por razones presupuestarias, entre diciembre de 1996 a junio de 1999 han disminuido el número de fiscales.*

§ 5. En lo referente al ingreso de causas, del Informe de la Fiscalía de la Nación, a diciembre de 1995, se tiene que ingresaron al sistema judicial 133.856 denuncias, de las que a diciembre se calificaron (promoviendo la acción penal o desestimando el ejercicio de la acción penal) 124.351 denuncias. Lima, capital de la República, concentra el 21,9 % de las denuncias, siguiendo a continuación Arequipa y Lambayeque, con 8,8 y 8,2 %, respectivamente.

A diciembre de 1997 ingresaron 193.572 denuncias. De ellas se han calificado y se promovió acción penal a 92.872; se archivaron 49.872 denuncias; se encuentran en trámite de investigación 38.002; y, están pendientes 12.576. En los juzgados penales, ese año, existen registrados 241.688 procesos. En las fiscalías superiores aparecía registrada una carga procesal de 62.460 procesos. (Fuente: Asesoría de la Comisión Ejecutiva del Ministerio Público, julio 1999.)

Según el Anuario "Perú: Estadísticas de la Función Jurisdiccional por Distrito Judicial, año judicial 1995", elaborado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática, la carga procesal anual por Juzgado Penal es variada. Así se tiene que el Distrito Judicial de Huaura tiene 1.735 causas anuales, 1.525 el Cono Norte de Lima, 1.207 Lima Metropolitana, 1.054 Loreto, 1.008 Cañete, 919 Callao y, la menor, 220 Ayacucho.

§ 6. El gasto público dedicado al Poder Judicial y al Ministerio Público, si bien se ha incrementado a partir de la re-

forma, empero aún sigue siendo muy reducido. Así tenemos que en 1996 el presupuesto del Poder Judicial ascendió a 319 millones de nuevos soles, en 1997 alcanzó la cifra de 366 millones de nuevos soles, en 1998 el monto fue de 393 millones de nuevos soles y el presente año ascendió a 408 millones de nuevos soles. (Fuente: *Reforma Judicial: evaluación y perspectivas de desarrollo*, ob. cit., p. 41). Según la Unidad de Modernización de la Comisión Andina de Juristas (página web), sobre la base de las respectivas Leyes de Presupuesto, en 1997 el presupuesto en dólares americanos ascendió a 124.378.982,00 y en 1998 a 133.574.007,00. El indicador de presupuesto judicial *per capita* en 1998 es de 5.5. (Fuente: Unidad de Modernización Judicial de la CAJ.)

El presupuesto del Ministerio Público es el siguiente: a) para 1996, fue de 90.994.000,00 de nuevos soles; b) para 1997, fue de 115.000.000,00 de nuevos soles; y, c) para 1998 fue de 139.376.000,00 de nuevos soles. (Fuente: Asesoría de la Comisión Ejecutiva del Ministerio Público, julio de 1999.)

§ 7. Sobre el desempeño judicial, los datos son muy marginales, aunque algunos hondamente significativos. Así tenemos, que según un estudio realizado por la empresa "Apoyo S.A." en 1991, la duración promedio de un procedimiento sumario: por delitos menos graves (el juez sentencia, sin juicio oral, y con el solo mérito de las actuaciones de la instrucción) superaba los mil días, mientras que la duración del proceso ordinario: por delitos graves (un juez instruye y otro juez sentencia, previo juicio oral), superaba los mil quinientos días. Aunque el perfil de las estadísticas oficiales más recientes no permite establecer de manera clara cuáles son los promedios de duración por tipo de procedimiento, una observación gruesa de las cifras parciales reunidas por salas y juzgados transitorios, creados para descongestionar la carga procesal, parece indicar que, actualmente, la fase de instrucción en los procedimientos sumarios y ordinarios de mediana complejidad suele tomar aproximadamente un año, salvo que se trate de una causa juzgada por alguno de los despachos instalados en las cárceles, en que los plazos se reducen a la mitad.

§ 8. Según cifras del Instituto Nacional Penitenciario, al mes de marzo de 1998 la población carcelaria a nivel nacio-

nal en los 98 establecimientos penales ascendía a 25.777 internos, de los cuales el 8,2 % son mujeres. (Fuente: Oficina General de Informática, INPE, Informe actualizado 1998.) De ellos, según comenta el defensor del Pueblo, siguiendo la propia información de la autoridad penitenciaria, el 67,9 % son procesados y el 32,1 % sentenciados (SANTISTEBAN DE NINO, Javier: *Primer Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de la República 1996-1998*, Lima, 1998, p. 65); empero, según la Comisión Andina de Juristas, en ese año, el porcentaje de presos sin condena es del 75,18 %. (Fuente: Unidad de Modernización de la CAJ.) Un informe de la Secretaría Técnica de la Comisión *ad hoc* a enero de 1999 señaló que el total de internos a nivel nacional es de 26.629 y que a agosto de 1996 el total de internos por delito de terrorismo y traición a la patria era de 3.878.

Es de precisar, además, lo siguiente: *a)* que la capacidad de los penales es de sólo 15.000 internos y que, por ejemplo, el Penal de Lurigancho —el más grande del país— tiene una capacidad para 1.700 internos, pero se encuentran en reclusas 7.000 personas; *b)* que existe un incremento anual del 10 % de internos; *c)* que 41 establecimientos penales están en mal estado y 32 penales están superpoblado, y *d)* que la administración civil sólo controla 16 establecimientos penales, mientras que los restantes 67 están a cargo de la Policía Nacional. (Fuente: Oficina General de Informática, INPE, Informe actualizado a marzo de 1998.)

§ 9. *En conclusión*, el sistema de justicia nacional padece de deficiencias muy marcadas que están lejos de superarse en el mediano plazo. Si bien se ha potenciado el nivel administrativo de la justicia (se ha ganado en recursos financieros, humanos y tecnológicos), aun cuando falta mucho por hacer, existen sensibles problemas vinculados al respeto de las garantías y principios de la administración de justicia que el actual modelo de reforma, no ha podido o sabido enfrentar. En esta perspectiva, la promulgación de un nuevo Código Procesal Penal, ante una carrera judicial y fiscal aún no estabilizada y consolidada, dado el alto índice de jueces y fiscales provisionales y una falta de firmeza de la jerarquía judicial para afirmar los fueros de la jurisdicción y evitar la expansión ilegítima de la justicia castrense, no se

presenta muy promisor, habida cuenta de una presencia excesiva, por decir lo menos, de los órganos de seguridad y fuerzas del orden y una ostensible debilidad institucional del Ministerio Público y el Poder Judicial, que preludia un control muy escaso de los excesos de la policía y una insuficiente afirmación de las garantías constitucionales del individuo sometido a proceso.

5. *Bibliografía de Derecho Procesal Penal peruano*

- BRAMONT ARIAS, LUIS A.: "Significado de la excepción de naturaleza de acción en el proceso penal", *Rev. El Magistrado*, año II, n° 1, Lima, 1982.
- *El Ministerio Público*, SP Editores, Lima, 1984.
- CATACORA GONZÁLES, Manuel: "El auto de apertura de instrucción", *Rev. El Magistrado*, año II, n° 1, Lima, 1982.
- *Lecciones de Derecho procesal penal*, Cultural Cuzco, Lima, 1990.
- *Manual de Derecho procesal penal*, Rodhas, Lima, 1996.
- CUBAS VILLANUEVA, Víctor: *El proceso penal*, Palestra, Lima, 1998.
- DE LA CRUZ ESPEJO, Marcos: *Cuestión previa, cuestión prejudicial y excepciones en el proceso penal peruano*, FECAT, Lima, 1998.
- DEL VALLE RANDICH, Luis: *Procedimientos especiales*, Editorial Jurídica, Lima, 1963.
- *Derecho procesal penal. Cuestiones prejudiciales, cuestiones previas y excepciones*, Imprenta Liurimsa, Lima, 1966.
- *Derecho procesal penal. Parte General*, vol. II, Pérez Pacussich, Lima, s/f.
- EGUIGUREN PRAELI, Francisco: "Libertad personal, detención arbitraria y *habeas corpus*: las novedades de la Constitución de 1993", en *Temas Constitucionales* n° 11, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1995.
- ETO CRUZ, Gerardo; LANDA ARROYO, César, y PALOMINO MANCHEGO, José F.: "La jurisdicción militar en el Perú", en BIDART CAMPOS, Germán J., y PALOMINO MANCHEGO, José F. (Coord.): *Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica. Libro Homenaje a Domingo García Belaunde*, Grijley, Lima, 1997.
- FREYRE VILLAVIDENCIO, Herbert: *Manual del juicio oral*, Sesator, Lima, s/f.

- GARCÍA RADA, Domingo: *Manual de Derecho procesal penal*, Eddili, Lima, 1984.
- "El juzgamiento en ausencia y la nueva Constitución", en HURTADO POZO, José (ed.): *La nueva Constitución y el Derecho penal*, Eddili, Lima, 1980.
- HURTADO POZO, José: *El Ministerio Público*, Eddili, Lima, 1989.
- MIXÁN MASS, Florencio: *El juicio oral*, Marsol, Trujillo, 1994.
- *Derecho procesal penal*, t. I, Ankor, Trujillo, 1982.
- *Derecho procesal penal*, t. II, Ankor, Trujillo, 1983.
- *Derecho procesal penal*, t. III, Ediciones Jurídicas, Lima, 1988.
- *La prueba en el procedimiento penal*, t. IV-A, Ediciones Jurídicas, Lima, 1991.
- *La prueba indiciaria. Carga de la prueba. Casos*, BLG, Trujillo, 1995.
- Cuestión previa, cuestión prejudicial y excepciones en el procedimiento penal*, BLG, Trujillo, 1999.
- NOGUERA RAMOS, Iván: *Detención y libertades en el proceso penal peruano*, Ediciones Forenses, Lima, 1997.
- OLIVERA DÍAZ, Guillermo: *Derecho procesal penal*, Lima, 1984.
- ORÉ GUARDIA, Arsenio: *Estudios de Derecho procesal penal*, Alternativas, Lima, 1993.
- *Manual de Derecho procesal penal*, Alternativas, Lima, 1996.
- ORREGO MORENO, Alfonso: *Elementos de Derecho procesal penal peruano*, t. I, Ediciones Jurídicas, Lima, 1985.
- PEÑA CABRERA, Raúl: *Terminación anticipada del proceso y colaboración eficaz*, Grijley, Lima, 1995.
- QUIROGA LEÓN, Aníbal: "Los derechos humanos, el debido proceso y las garantías constitucionales de la administración de justicia", en EGUIGUREN PRAELI, Francisco (ed.): *La Constitución peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*, Cultural Cuzco, Lima, 1987.
- SAN MARTÍN CASTRO, César: "Las condiciones objetivas de punibilidad y su tratamiento procesal en el Perú", en *Rev. Derecho*, n° 39, Lima, 1985.
- "La detención en el proceso penal peruano", en *Derecho penal. Libro Homenaje al Dr. Raúl Peña Cabrera*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1991.
- "Algunos aspectos de la prueba en el nuevo Código Procesal Penal: una interpretación acusatoria", en *Revista del Foro*, año LXXXI, n° 2, Lima, 1993.

- "Proceso penal, anomalía psíquica grave y delito", en *II Congreso Internacional de Derecho Penal*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997.
- *Derecho Procesal Penal*, Grijley, Lima, 1999.
- SÁNCHEZ VELARDE, Pablo: "La detención en el nuevo Código Procesal Penal peruano", en *Revista Derecho*, n° 46, Lima, 1992.
- *Comentarios al Código Procesal Penal*, Idemsa, Lima, 1993.
- "Privación de la libertad personal e implicancias procesales", en *II Congreso Internacional de Derecho Penal*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997.
- URTECHO BENITES, Santos: *La cuestión prejudicial en el proceso*, Universidad Nacional de Trujillo, Trujillo, 1978.
- ZAVALA LOAYZA, Carlos: *El proceso penal y sus problemas*, Lima, 1947.

6. Legislación procesal penal vigente

- Ley 9024, del 23/11/1940. Código de Procedimientos Penales.
- Ley 10.124, del 28/12/1944. Normas sobre acumulación de procesos penales.
- Ley 10.794, del 28/2/1947. Nuevas normas sobre el procedimiento por delito privado.
- Ley 12.341, del 10/6/1955. Decisión del recurso de nulidad. Modificaciones al art. 296 C.P.P.
- Ley 13.695, del 22/9/1961. Modificaciones al art. 321 C.P.P.: Juicio contra ausentes.
- Decreto ley 17.537, del 25/3/1968. Ley de Defensa Judicial del Estado.
- Decreto ley 20.579, del 9/4/1974. Normas sobre anulación de antecedentes por absolución o sobreseimiento.
- Decreto ley 20.602, del 7/5/1974. Los jueces no fijan lugar de cumplimiento de pena privativa de libertad. Modificación al art. 285 C.P.P.
- Decreto ley 21.895, del 2/8/1977. Modificación de varias disposiciones del C.P.P.
- Decreto ley 22.095, del 2/3/1978. Ley General de drogas.
- Decreto ley 22.633, del 14/8/1979. Procedimiento en delitos contra el honor cometidos por medios de órganos de comunicación social.

Decreto ley 22.926, del 13/3/1980. Ley Complementaria a la Ley General de Drogas.

Decreto ley 23.201, del 19/7/1980. Ley Orgánica de Justicia Militar.

Decreto ley 23.214, del 24/7/1980. Código de Justicia Militar.

Decreto legislativo 52, del 21/4/1981. Ley Orgánica del Ministerio Público.

Decreto legislativo 124, del 12/6/1981. Ley del Juicio Penal Sumario.

Decreto legislativo 126, del 12/6/1981. Modificación de varias disposiciones del C.P.P.

Decreto legislativo 312, del 12/11/1984. Medida cautelar innovativa de "ministración provisional de posesión" en delitos de usurpación de inmuebles urbanos.

Ley 24.063, del 11/1/1985. Libertad por exceso del plazo de detención dictada durante el procedimiento recursal.

Ley 24.128, del 23/5/1985. Creación del Instituto de Medicina Legal del Perú, como órgano público descentralizado del Ministerio de Justicia.

Ley 24.388, del 5/12/1985. Ley de despenalización. Modificación de varias disposiciones del C.P.P.

Ley 24.710, del 26/6/1987. Ley de extradición.

Ley 24.965, del 20/12/1988. Modificación del Procedimiento por faltas, art. 325 C.P.P.

Decreto legislativo 638, del 25/4/91. Código Procesal Penal.

Decreto legislativo 653, del 30/7/1991. Medida cautelar innovativa de "ministración provisional de posesión" en delitos de usurpación de inmuebles rústicos.

Decreto legislativo 654, del 31/7/1991. Código de Ejecución Penal.

Ley 25.307, del 13/6/1989. Modificación del art. 12 de la L.O.M.P., sobre recurso de queja contra decisión del fiscal de no promover acción penal.

Decreto legislativo 665, del 3/9/1991. Autorizan a fiscales dentro de las zonas declaradas en emergencia para ingresar a las comisarias, prefecturas, instalaciones militares y cualquier centro de detención.

Ley 25.371, del 23/12/1991. Modificaciones a los arts. 184 y 185 del C.P.P. de 1991, sobre trámite de la libertad provisional.

Decreto ley 25.461, del 28/4/1992. Postergación de entrada en vigencia del C.P.P., 1991.

Decreto ley 25.475, del 6/5/1992. Ley de Represión del Terrorismo.

Decreto ley 25.476, del 6/5/1992. Modificación de las audiencias públicas extraordinarias. Arts. 366/368, C.P.P., 1940.

Decreto ley 25.582, del 27/6/1992. Ley de Colaboración Eficaz en Delitos en Agravio del Estado.

Decreto ley 25.660, del 13/8/1992. Modifica el art. 136, C.P.P., 1991. Vigencia de las requisitorias judiciales.

Decreto ley 25.708, del 10/9/1992. Procedimiento por delito de traición a la patria en el fuero militar.

Decreto ley 25.744, del 27/9/1992. Investigación policial en los delitos de traición a la patria.

Decreto ley 25.824, del 9/11/1992. Modifica el art. 137, C.P.P., 1991. Término de la detención judicial.

Decreto ley 25.825, del 9/11/1992. Pone en vigencia Título VII sobre Diligencias Especiales del C.P.P., 1991.

Decreto ley 25.993, del 24/12/1992. Transfiere el Instituto de Medicina Legal del Perú al Ministerio Público.

Decreto ley 26.102, del 29/12/1992. Código del Niño y del Adolescente.

Ley 26.223, del 21/8/93. Declara que no hay secreto bancario tratándose de delito de lavado de activos en tráfico ilícito de drogas.

Ley 26.248, del 25/11/1993. Normas complementarias y modificatorias en el procedimiento por delito de terrorismo.

Ley 26.291, del 10/2/1993. Votación en la Corte Suprema para resolver conflictos de jurisdicción entre la justicia ordinaria y la militar.

Ley 26.295, del 21/2/1994. Crea el Registro Nacional de Detenidos y Sentenciados a pena privativa de libertad efectiva a cargo de la Defensoría del Pueblo.

Ley 26.299, del 30/4/1994. Suspensión indefinida de entrada en vigencia del C.P.P., 1991.

Ley 26.320, del 2/6/1994. Procedimiento de terminación anticipada en delitos de tráfico ilícito de drogas.

Ley 26.329, del 7/6/1994. Crea la Comisión Especial de Alto Nivel encargada de calificar y proponer la concesión del derecho de gracia a los internos procesos en los casos en que

la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria.

Ley 26.332, del 24/6/1994. Incautación de bienes y prohibición de libertad provisional en el delito de comercialización y cultivo de adormidera.

Ley 26.353, del 15/9/1994. Reconocen facultad del Jefe Penal de emitir sentencia en los procedimientos por delitos privados contra el honor personal.

Ley 26.447, del 21/4/1995. Modifican y derogan normas de la legislación sobre terrorismo.

Ley 26.461, del 8/6/1995. Delitos Aduaneros. Normas procesales especiales.

Ley 26.480, del 15/6/1995. Incorpora un párrafo al art. 144, C.P.P., 1991, sobre pérdida de caución o fianza si no se cumplen las restricciones impuestas con el mandato de comparecencia restrictiva.

Decreto legislativo 792, del 31/12/1995. Modificación del Código Tributario, sobre levantamiento del secreto bancario.

Decreto legislativo 813, del 20/4/1996. Ley Penal Tributaria.

Decreto legislativo 815, del 20/4/1996. Ley de exclusión de penas por colaboración eficaz y de recompensas.

Decreto legislativo 816, del 21/4/1996. Código Tributario.

Decreto legislativo 822, del 24/4/1996. Exigencia de informe previo de la administración para los delitos vinculados a la competencia desleal y contra los derechos de autor y delitos conexos.

Decreto legislativo 823, del 24/4/1996. Exigencia de informe previo de la administración para los delitos contra la propiedad industrial.

Decreto legislativo 824, del 24/4/1996. Ley de Lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas.

Ley 26.623, de 19/6/1996. Encargan a la Comisión Ejecutiva del Ministerio Público decidir el ejercicio de la acción penal contra los jueces y fiscales de primera y segunda instancia por delitos de función.

Ley 26.630, del 21/6/1996. Prohibición de libertad provisional en delitos de secuestro y extorsión agravados.

Ley 26.631, del 21/6/1996. Exigencia de informe previo de la autoridad ambiental en los delitos ecológicos.

Ley 26.641, del 26/6/1996. Ley sobre la contumacia.

Ley 26.655, del 17/8/1996. Crea la Comisión *ad hoc* encargada de proponer al Presidente de la República la concesión de indulto a personas injustamente condenadas por delitos de terrorismo y traición a la patria.

Ley 26.689, del 30/11/1996. Ámbito competencial del procedimiento común-ordinario.

Ley 26.671, del 12/10/1996. Deroga la institución del juez y del fiscal sin rostro.

Ley 26.702, del 9/12/1996. Exigencia de informe previo de la administración para delitos de función de miembros del sistema financiero y de seguros.

Ley 26.714, del 27/12/1996. Incautación e intervención del Banco Central de Reserva en los delitos monetarios.

Ley 26.715, del 27/12/1996. Modificación del art. 239 C.P.P., 1991 sobre necropsias.

Ley 26.718, del 27/12/1996. Derogación del art. 22 del decreto ley 17.537 sobre recursos de oficio en favor del Estado.

Ley 26.773, del 18/4/1997. Derogación del art. 317, C.P.P. en cuando impedía informar o referirse al hecho objeto de querrela en delitos contra el honor por un órgano de comunicación social.

Decreto supremo 006-97-JUS, del 27/6/1997. Texto único ordenado de la ley 26.260, Ley de Protección frente a la Violencia Familiar.

Decreto supremo 066-97-JUS, del 27/6/1997. Texto único ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Ley 26.830, del 1/7/1997. Prohibición de libertad provisional en delitos cometidos en espectáculos públicos.

Ley 26.833, del 3/7/1997. Procedimiento para delitos no codificados.

Ley 26.900, del 16/12/97. Transfieren al Ministerio Público el Registro Nacional de Detenidos y Sentenciados a pena privativa de libertad efectiva.

Ley 26.926, del 21/2/1998. Vía procesal de los delitos contra la humanidad.

Decreto legislativo 895, de 23/5/1998. Delito de terrorismo agravado y procedimiento.

Decreto legislativo 897, del 26/5/1998. Procedimiento de los delitos agravados.

Decreto legislativo 898, del 27/5/1998. Ley de Tenencias de Armas de Guerra y procedimiento.

Decreto legislativo 902, del 1/6/1998. Procedimiento por colaboración eficaz de los delitos de terrorismo agravado, delitos agravados y de tenencia de armas de guerra.

Ley 26.992, del 12/11/1998. Intervención del Procurador Público en delitos monetarios.

Ley 27.014, del 18/12/1998. Prorrogan funciones de la Comisión Especial de Indultos.

Ley 27.055, del 24/1/1999. Modifican normas sobre procedimientos por delitos sexuales.

Ley 27.079, del 29/3/1999. Regulan situación de arrestados que se encuentran con mandato de detención por delitos de terrorismo y traición a la patria.

Ley 27.115, de 17/5/1999. Normas complementarias sobre procedimientos por delitos sexuales.

Ley 27.136, del 13/6/1999. Exigencia de informe previo de la Administración por delitos imputados a miembros de la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal.

Ley 27.114, del 24/6/1999. Incorporan al Código Penal "Atentados contra el sistema de créditos". Son delitos privados y, además, se exige informe técnico antes del procesamiento penal por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Propiedad Industrial (Indecopi).

Ley 27.147, del 25/6/1999. Modifica 3ª Disposición Transitoria de la ley 26.623. No cabe intervención previa de la Comisión Ejecutiva del Ministerio Público tratándose de delitos flagrantes cometidos por jueces y fiscales.

URUGUAY

POR GONZALO D. FERNÁNDEZ*

1. Bases político-jurídicas del procedimiento penal

Los lineamientos fundamentales del proceso penal resultan de las previsiones constitucionales y de los tratados internacionales que nuestro país ha suscrito y aprobado con rango legal, específicamente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹

La Constitución vigente² —mediante una normativa que data desde la primera Carta Constitucional aprobada en 1830— establece en su parte dogmática, entre los derechos deberes y garantías, un programa básico de principios dentro del cual se incluyen:

- a) el *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que surge de la armonización de los arts. 7º, 72 y 15;
- b) el *nulla poena sine iudicio* y *nulla poena sine processu* están recogidos expresamente en el art. 12, en cuanto dispone que nadie puede ser penado ni confinado sin forma de proceso ni sentencia legal, determinando que el proceso penal es instrumento esencial de la justicia represiva y, a su vez, garantía del ciudadano;
- c) la prohibición de pesquisas secretas y la exigencia de que todo juicio criminal comenzará por acusación de parte o del acusador público (art. 22);

* Catedrático de Derecho Penal, Universidad de la República.

¹ MAIER, Julio B. J.: pp. 471-808.

² PÉREZ PÉREZ, Alberto: pp. 3-5.

- d) la regulación legal del proceso, prevista en el art. 16 que encomienda al legislador fijar el orden y las formalidades de los juicios, habilitándole expresamente a establecer el juicio por jurados en las causas criminales;
- e) el juez natural, consagrado en el art. 19, que veda los juicios por comisión, prohibiendo la creación de jueces *ex post factum*, o *ad hoc*;
- f) la prohibición del juicio en rebeldía del indagado (art. 21);
- g) el principio de inocencia, que resulta de la armonización de diversos artículos de la Carta: el art. 7° que protege la libertad y seguridad, el art. 12 que establece la necesidad del juicio previo y el art. 72 que reconoce la vigencia de derechos y garantías aún no enunciadas a texto expreso, que sean inherentes a la personalidad humana o se deriven de la forma republicana de gobierno;
- h) igualdad de los sujetos ante la ley (art. 8°), que impone asimismo idénticas posibilidades de actuación en el seno del proceso;
- i) el *ne bis in idem* no está recogido en forma explícita en la Carta, pero se desprende de la interpretación armónica de varias de sus normas. El C.P.P. vigente (art. 3°) lo establece expresamente con la fórmula de que nadie podrá ser procesado dos veces por un mismo hecho, excepto cuando la conclusión del primer proceso no extinga la acción penal. El nuevo C.P.P. art. 5°, prevé que ninguna persona puede ser investigada más de una vez por un mismo hecho por el cual haya sido sometida a proceso en el país o fuera de él, aunque se modifique la calificación jurídica o se aduzquen nuevas circunstancias;
- j) la defensa técnica se preceptúa en el art. 16 desde la primera declaración en sede judicial del indagado;
- k) el *nemo tenetur* no está previsto en forma expresa en el texto de la Constitución, pero sí en el C.P.P. vigente art. 126 y en el nuevo C.P.P. art. 53.2., al establecer que en ningún caso se podrá decretar el procesamiento sin previo interrogatorio del indagado o sin que conste formalmente su negativa a declarar;

- l) en cuanto a las prohibiciones probatorias, el art. 20 declara abolidos los juramentos de los acusados en sus declaraciones o confesiones sobre hecho propio y prohibido el que seán tratados en ellas como reos (la redacción de esta norma data de la primera Constitución de 1830). A su vez, el C.P.P. vigente arts. 185 y 186, recoge la prohibición de coaccionar o amenazar al imputado y dispone que sólo valdrá como confesión, la declaración prestada en presencia de defensor. El art. 28 establece la inviolabilidad de los papeles de los particulares y su correspondencia epistolar, telegráfica o de cualquier especie y, añade que sólo puede efectuarse su registro, examen o interceptación conforme a las leyes que se dictaren por razones de interés general. El C.P.P. vigente art. 220 y el nuevo C.P.P. art. 182 regulan la posibilidad de interceptación de la correspondencia postal o telegráfica o de otra forma de comunicación del imputado o de un tercero mediante orden escrita de juez competente, fundada en la necesidad de investigación de un delito. El art. 11 regula el registro o allanamiento de morada (lugar destinado a habitación aunque sea en forma provisoria) o sus dependencias, previendo que sólo podrá realizarse de día mediante orden judicial escrita de acuerdo a los casos previstos por la ley y de noche sólo con autorización escrita del jefe del hogar.
- m) Independencia e imparcialidad de los jueces. En su parte orgánica, la Carta³ consagra la existencia del Poder Judicial, ejercido por los órganos que se establecen, cuya independencia e imparcialidad surgen de su configuración como Poder del Estado (arts. 233 y ss.) y de la forma de designación de sus miembros. El órgano máximo —Suprema Corte de Justicia— designa a todos los integrantes del Poder Judicial, requiriendo sólo la aprobación de la Cámara de Senadores o, en su receso, de la Comisión Permanente, para la designación de los ministros de los tribunales de apelaciones (art. 239, n° 4).

³ VARELA MÉNDEZ, Edgar: p. 162.

Los ministros de la Suprema Corte de Justicia son designados por la Asamblea General por dos tercios de voto del total de sus componentes (art. 236), lo que es adecuada garantía y, si ese mecanismo de designación no opera, pasa a integrarla automáticamente el miembro de los tribunales de apelaciones con mayor antigüedad en el cargo.

Asimismo, deben incluirse en este ítem las garantías complementarias contenidas en las normas correspondientes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico con rango legal, que fueron aprobadas por las leyes 13.751 del 11 de julio de 1969 y 15.737 del 8 de marzo de 1985, respectivamente.

1.1. Persecución penal pública y privada.

Monopolio acusatorio del Ministerio Público⁴

Nuestro Derecho ha seguido históricamente un proceso que se ha caracterizado por el pasaje creciente de la acción penal privada a la acción pública, en virtud de que la legislación común u ordinaria se apartó del marco de la Ley Fundamental.⁵

En efecto, la Constitución en texto que se mantiene idéntico desde 1830, prevé en su art. 22: "Todo juicio criminal empezará por acusación de parte o del acusador público". La norma consagra la posibilidad de persecución de determinados delitos por el querellante privado y reserva el accionamiento respecto de aquellos que afecta intereses de la sociedad para el acusador público.

El primer Código Procesal Penal sancionado en 1878, denominado Código de Instrucción Criminal,⁶ siguiendo el mandato constitucional, colocaba en un pie de igualdad ambas acciones y numerosos delitos sólo eran perseguibles por el querellante.

Leyes posteriores fueron transformando estos delitos de acción penal privada en delitos de acción pública, pero perseguibles a instancia del ofendido.

⁴ MAJER, Julio B. J.: pp. 825-840; BINDER, Alberto: p. 74.

⁵ ARLAS, José: pp. 72-73.

⁶ TOMÉ, Eustaquio: pp. 10-11.

El Código del Proceso Penal de 1981 —actualmente vigente— consagró como regla la persecución penal pública (art. 10), suprimió todas las causas de acción privada y las transformó en perseguibles a instancia del ofendido (art. 13). El elenco de estos delitos que requieren como presupuesto para el ejercicio de la acción penal pública la instancia previa, es pequeño y está delimitado por diferentes leyes en forma taxativa, así como por algunas normas del Código Penal que así lo establecen en forma expresa. Luego de que el ofendido presenta la instancia carece de posibilidades de actuación ulterior en el decurso del proceso, excepto la facultad de la proposición de prueba o la solicitud de medidas cautelares.

Asimismo, está previsto que el ejercicio de la acción penal corresponde al Ministerio Público y es necesario en los casos determinados por la ley, no habilitándose excepciones al principio de obligatoriedad.

En suma, nuestra legislación, en franca discordancia con los preceptos constitucionales, consagró un sistema principal de persecución penal pública, obligatoria y necesaria.

1.1.1. LEGALIDAD Y OPORTUNIDAD

El nuevo Código del Proceso Penal, aprobado en nuestro país el 16 de diciembre de 1997, por ley 16.893, cuya vigencia se ha prorrogado hasta el día 1° de febrero de 1999, mantiene el sistema estructurado por el régimen anterior e implementa como excepción el principio de oportunidad.

Bajo el *nomen iuris* de oficialidad, se establece en el art. 6° como regla general la persecución penal pública, cuyo ejercicio corresponde al Ministerio Público, titular de la acción penal (art. 46).

En el art. 49, bajo el acápite Principio de Oportunidad, se contemplan tres hipótesis en las que, como excepción, el Ministerio Público puede renunciar al ejercicio de la acción penal.

El primer supuesto se refiere a los casos en que la comisión de un delito culposo traiga como consecuencia una grave aflicción al imputado, cuyos efectos puedan considerarse mayores a los que persigue la aplicación de una pena; extremo que autoriza a no perseguir penalmente el hecho.

El segundo supuesto es de aplicación en el caso de delitos de escasa entidad, siempre que el Ministerio Público considere que no hay interés público prioritario que justifique su ejercicio. Si se trata de delitos contra la propiedad, requiere además que no hayan sido cometidos con violencia y que el imputado hubiera indemnizado satisfactoriamente a la víctima. Este último condicionamiento pone en peligro la viabilidad de la renuncia, en mérito a las carencias económicas de los imputados y a la imposibilidad de la realización *ipso facto* de la condición, por lo que hubiera sido conveniente una regulación más minuciosa, quizá en el ámbito de la suspensión del procedimiento a prueba; instituto que en el ordenamiento no incluye.

El tercer inciso prevé que si hubieren transcurrido 4 años de la comisión del hecho y presumiblemente no hubiere resultado pena de penitenciaría y no concurrieren algunas de las causas que suspenden o interrumpen la prescripción podrá renunciarse al ejercicio de la acción. Esta última hipótesis se asimila a una nueva forma de prescripción del delito abreviando en realidad dicho plazo, a través de la renuncia a la persecución penal.

Se ha previsto que el Ministerio Público debe formular la renuncia en dictamen fundado y tanto el juez como la víctima pueden ejercer el control de mérito. Si estiman que no se han configurado los presupuestos legales podrán provocar la intervención del fiscal subrogante (art. 50). Aunque no está previsto expresamente el procedimiento cuando interviene el subrogante, parecería desprenderse de la sistemática del Código que si éste mantiene la renuncia, el juez sólo controlará la efectividad de este último trámite y en caso de constatar alguna irregularidad lo comunicará al fiscal de corte —jerarca del servicio—, a los efectos administrativos pertinentes (art. 243.3).

Por ende, es claro que el legislador ha introducido muy tímidamente el principio de oportunidad en el nuevo ordenamiento procesal y, por la forma en que fue instrumentado su efectiva aplicación será muy limitada.⁷

1.1.2. ORGANIZACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO. LA FUNCIÓN DE LA POLICÍA Y BREVE NOTICIA SOBRE SU ORGANIZACIÓN

a) El Ministerio Público aparece en nuestro país a principios de siglo xx,⁸ pero no ha sido institucionalmente regulado en la Constitución, sino que ésta lo menciona en disposiciones aisladas, relativas al mecanismo de designación de sus integrantes y a la equiparación estatutaria de éstos con los jueces. Es su ley orgánica (dec. ley 15.365 del 30 de diciembre de 1982), la que le ha conferido singularidad propia. Desde siempre, se lo ubicó como dependencia del Poder Ejecutivo, a través de un ministerio (actualmente el de Educación y Cultura), no habiendo sido nunca una dependencia judicial. Tiene una jefatura común: el fiscal de corte y procurador general de la Nación, a su vez jerarquizado al ministro.

Desde el punto de vista financiero sus recursos se determinan como una porción de los que correspondan al ministerio del que depende. En materia penal se estructura de la siguiente manera: a) fiscal de corte y procurador general de la Nación; b) Fiscalías Letradas Nacionales en lo Penal (15) con sede en Montevideo; c) Fiscalías Letradas Departamentales (28) con sede en los diferentes departamentos en los que se divide políticamente nuestro país. Estas últimas fiscalías no tienen competencia exclusiva en materia penal, sino que intervienen también en las restantes materias. De acuerdo a la ley orgánica, sus objetivos son la defensa de la sociedad, la defensa y representación del Estado y el asesoramiento al Estado y a la justicia cuando le sea requerido.

En el nuevo Código del Proceso Penal —aún no vigente— se establece que el Ministerio Público es titular de la acción penal y que su intervención en el proceso se regulará por las disposiciones de la ley orgánica (C.P.P. art. 47). Cuando ejercita la acción penal tiene los atributos de su calidad de parte y será representado, en las diligencias que se practiquen, por el fiscal o un funcionario letrado de su oficina, designado por éste (C.P.P. art. 48).

b) La función de la policía administrativa —nuestro país carece de policía judicial—, se encuentra regulada por la Ley

⁷ CAFFERATA NORES, José: p. 6; LANDEIRA, Raquel: pp. 70 a. 79.

⁸ Véscovi, Enrique: pp. 156 a 160.

Orgánica Policial 13.693 del 22 de mayo de 1971 y ley 14.050 del 23 de diciembre de 1971, con dependencia jerárquica del Poder Ejecutivo, a través del Ministerio del Interior.

De acuerdo a estas normas, entre sus "finalidades institucionales y cometidos" se encuentra el mantenimiento del orden público y la prevención de delitos, a lo que se añade que: "...En carácter de auxiliar de la justicia, le corresponde investigar los delitos, reunir sus pruebas y entregar los delincuentes a los jueces...". Por tanto, la investigación de la policía no sólo debe procurar esclarecer el hecho sino también hacer un relevamiento de todo lo que pueda ser útil como probanza en el ámbito judicial. Las actuaciones que en este sentido hubiere cumplido la policía y que se plasman en las partes remitidas a los jueces, ingresan al proceso y de acuerdo con el C.P.P. vigente (art. 174) se valorarán de conformidad con las reglas de la sana crítica (art. 174), mientras que, en el nuevo C.P.P. (art. 235.4) se dispone que sólo tendrán el valor de indicaciones para la actividad probatoria, careciendo de todo valor probatorio.

En la práctica, en mérito a las carencias materiales de las que padece el juez para reunir los elementos probatorios de la comisión del presunto delito, se acude al auxilio de esta policía administrativa, quien cumple —particularmente en las primeras etapas de la indagatoria— una tarea que le es totalmente ajena, pero para la que cuenta con una estructura más adecuada.

En cuanto al cumplimiento del cometido de "entregar los delincuentes a los jueces", se ha planteado la mayor problemática, puesto que, mediante el dictado del decreto 690/80 del 30 de diciembre de 1980, reglamentario de la Ley Orgánica, el Poder Ejecutivo dispuso que la autoridad policial podía proceder a la detención de eventuales implicados y testigos, en caso de negativa de éstos a concurrir voluntariamente a las dependencias policiales, comunicándolo posteriormente al juez. Esta "detención en averiguaciones" de delitos, que habilita el decreto reglamentario, colide con los preceptos constitucionales y legales que imponen que la policía sólo puede detener sin orden de juez competente, en casos de flagrancia. No obstante, el mecanismo se sigue aplicando.

1.2. Garantías individuales del imputado

La Constitución vigente —mediante una normativa que data desde la primera Carta de 1830—⁹ ha establecido las siguientes garantías:¹⁰

- a) La defensa técnica se prevé en el art. 16, al preceptuar que la declaración del indagado deberá ser tomada en presencia del defensor técnico en sede judicial. El C.P.P. vigente (art. 126) no lo establece con carácter preceptivo y además no permite la comunicación libre con el defensor, mientras que el nuevo C.P.P. sancionado asegura la presencia de la defensa desde la primera declaración judicial (art. 53.3) y la libre comunicación de ésta con su defendido (art. 55.2). A su vez el art. 21 prohíbe el juicio en rebeldía y el art. 22 dispone que todo juicio criminal empezará por acusación de parte o del Ministerio Público, adhiriendo al principio acusatorio.
- b) El principio de inocencia se recepciona tal y como fuera referido en el literal g) del numeral 1. A ello debe agregarse, que el art. 15 previene que nadie puede ser preso sino *in fraganti* delito o habiendo semiplena prueba de él, por orden escrita de juez competente. Y el art. 16 determina que el juez deberá tomar declaración al arrestado dentro de 24 horas y dentro de las 48 horas, a lo sumo empezará el sumario. A su vez, el C.P.P. vigente y el nuevo C.P.P. sancionado recogen la misma solución, por lo que, la privación de libertad sólo puede operar por orden judicial. Sin embargo, y como ya se expresara mediante la aplicación del decreto reglamentario de la función policial (n° 690/80) se desobedece el mandato constitucional y legal. Respecto de las medidas de coerción personal durante el proceso nos remitimos a su tratamiento en el punto 4.1. de este informe. El *habeas corpus* consagrado en el art. 17, robustece los preceptos antes señalados.

⁹ GROS ESPIELL, Héctor, y ARTEAGA, Juan José: pp. 37-38.

¹⁰ VARELA MÉNDEZ, Edgar: pp. 165-168.

c) El *nemo tenetur* no está previsto en forma expresa en la normativa constitucional, pero el C.P.P. vigente (art. 126) y el nuevo C.P.P. (art. 53.2) establecen que en ningún caso se podrá decretar el procesamiento sin previo interrogatorio del indagado o sin que conste su negativa a declarar.

d) En cuanto a las prohibiciones probatorias, el art. 20 dispone que quedan abolidos los juramentos de los acusados en sus declaraciones o confesiones sobre hecho propio y queda prohibido tratarlos en ellas como reos. Por su parte, el C.P.P. vigente (arts. 185 y 186) establece la prohibición de cualquier forma de coacción contra el imputado y determina que para poder tomar válidamente su declaración como confesión, esta debe ser prestada o ratificada en presencia de su defensor. En el nuevo C.P.P. (art. 57) se consagran las reglas generales de la declaración del imputado recogiendo estas garantías.

El art. 28 establece la inviolabilidad de los papeles de los particulares y su correspondencia epistolar, telegráfica o de cualquier especie y añade que sólo puede efectuarse su registro, examen o interceptación conforme a las leyes que se dictaren por razones de interés general. El C.P.P. vigente (art. 220) y el nuevo C.P.P. (art. 182), regulan la posibilidad de interceptación de la correspondencia postal o telegráfica o de otra forma de comunicación del imputado o de un tercero mediante orden escrita de juez competente, fundada en la necesidad de investigación de un delito.

El art. 11 prevé la inviolabilidad de la morada (lugar destinado a habitación aunque sea en forma provisoria) y regula su registro o allanamiento, que sólo podrá realizarse de día mediante orden judicial escrita en los supuestos legales establecidos y de noche, sólo con autorización escrita del jefe del hogar.

e) El *ne bis in idem* no está recogido en forma explícita en la Carta, pero se desprende de la interpretación armónica de varias de sus normas. En el C.P.P. vigente (art. 3°) se lo consigna expresamente, mediante la fórmula de que nadie podrá ser procesado dos veces por un mismo hecho, excepto cuando la conclusión

del primer proceso no extinga la acción penal. En el nuevo C.P.P. (art. 5°) sancionado se ha variado la formulación y se prevé que ninguna persona puede ser investigada más de una vez por un mismo hecho, por el cual haya sido sometida a proceso en el país o fuera de él, aunque se modifique la calificación jurídica o se afirmen nuevas circunstancias.

Este elenco normativo debe ampliarse con las garantías contenidas en el Pacto de San José de Costa Rica y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobados por nuestro país con rango legal.¹¹

La *defensa pública* es un servicio organizado en forma dependiente del Poder Judicial, integrada por funcionarios permanentes y técnicos, que asiste y representa a todo indagado que no optó por designar un defensor de su confianza. El servicio se presta en forma totalmente gratuita. En Montevideo existen 13 defensores titulares y 5 defensores adjuntos y tienen a su cargo casi un 80 % de todas las causas penales que se tramitan. En el resto del país el número de defensores de oficio asignado a cada una de las sedes jurisdiccionales varía entre 1 y 3, y el porcentaje de causas que atienden es bastante diversa variando de acuerdo con la población de la ciudad en la que tenga asiento.¹²

1.3. Características del juicio previo a la condena e imparcialidad de los jueces del tribunal de sentencia

Las garantías del juicio previo a la condena se han explicitado en el punto 1 de este informe, partiendo de la consagración del *nulla poena sine iudicio* y del *nulla poena sine processu* (art. 12).

Se puede afirmar que se cumple con la garantía del juez natural, estando vedada la creación de tribunales después de la ocurrencia del hecho o la designación *ad hoc* especialmente para juzgarlo (art. 19). Eso no quiere significar, obviamente, que el legislador no pueda modificar el número, inte-

¹¹ MINVIELLE, Bernadette: pp. 63-67.

¹² Suprema Corte de Justicia - Informe final, pp. 62-63.

gración o competencia de los órganos jurisdiccionales. Además, la única fuente de regulación del proceso es la ley (art. 18), que prescribe un procedimiento que no puede ser preterido por los magistrados, quienes deben adecuarse en crupulosamente a ese rito.

El art. 23 establece la responsabilidad de los jueces ante la ley, por la más pequeña agresión contra los derechos de las personas, así como por separarse del orden de proceder que en ella se establezca.

Por su parte el art. 8° al consagrar la igualdad de los sujetos ante la ley, impone asimismo idénticas posibilidades de actuación en el seno del proceso.

Tanto en el Código vigente como en el nuevo Código sancionado se establece la unidad de juez para la investigación y la decisión, lo que entraña el peligro de la autoplificación y por ende, la pérdida de la imparcialidad.

En el sistema vigente —inquisitivo-reformado— la fase de juicio (plenario) se desarrolla en forma escrita, a cargo del mismo juez técnico que realizó la indagatoria. Para la primera instancia la decisión está a cargo de tribunales unipersonales y para la segunda instancia, de tribunales colegiados.

En cuanto a la participación de jurados, la Constitución en su art. 13 dispone que la ley podrá establecer el juicio por jurados en las causas criminales. Así, en el primer Código de Procedimiento Penal de 1878, se establecieron jurados para la decisión de determinadas causas, pero a raíz de una desgraciada experiencia con la integración de los miembros del jurado en un sonado proceso, por ley 9.755 del 7 de enero de 1938 se suprimieron y no se han vuelto a instaurar.

1.4. Independencia política de los tribunales

La Constitución consagra la existencia del Poder Judicial, cuya independencia e imparcialidad surgen de su configuración como Poder del Estado y, además, de la forma de designación de sus miembros. Sin embargo, carece de autonomía financiera y sus recursos derivan de la aprobación del presupuesto nacional, sujeto por ende a la política económica del Poder Ejecutivo, muy restrictiva para la administración de justicia, ya sea en materia de gastos e inversiones

como de salarios. No existe Ministerio de Justicia ni Consejo de la Judicatura, siendo el órgano máximo —Suprema Corte de Justicia— quien designa a todos los integrantes del Poder Judicial, requiriendo sólo la aprobación de la Cámara de Senadores o, en su receso, de la Comisión Permanente, para la designación de los ministros de los tribunales de apelaciones.

Los Ministros de la Suprema Corte de Justicia son designados por la Asamblea General por dos tercios de votos del total de sus componentes y, si esta designación no opera, pasa a integrarla automáticamente, vencido el plazo respectivo, el miembro de los tribunales de apelaciones con mayor antigüedad en el cargo.

Predomina en la primera instancia el juez unipersonal, profesional, funcionario permanente y técnico. En Montevideo existen actualmente 21 jueces letrados en lo penal que actúan en régimen de turnos semanales. En los 18 departamentos del resto del país hay 31 jueces letrados que entienden en materia penal, de menores y de aduana.¹³

Para la segunda instancia se prevé un tribunal colegiado integrado por tres miembros, también jueces profesionales y permanentes que examina la forma y el mérito de la decisión en base sólo al expediente. Actualmente existen tres tribunales de apelaciones en lo penal con sede en Montevideo, pero con competencia en todo el territorio nacional.

Esta organización fuertemente vertical y jerárquica de los tribunales, muchas veces con revisión de oficio de las decisiones, asegura la imposición a los tribunales inferiores de la forma de decidir los conflictos en casos similares.

2. Síntesis acerca del procedimiento tradicional y todavía vigente y su adecuación a los principios anteriores

2.1. Fuentes *strictu sensu* del Derecho procesal penal nacional

El marco normativo del proceso penal nacional está integrado por la Constitución, los tratados internacionales y

¹³ Suprema Corte de Justicia - Informe final, pp. 60-61.

regionales aprobados por nuestro país y la ley común u ordinaria.

El día 16 de diciembre de 1997, por ley 16.893 fue sancionado un nuevo Código del Proceso Penal, cuya vigencia ha sido prorrogada para el día 1° de febrero de 1999, que será referido en el punto 3.

El Código del Proceso Penal vigente rige desde el 1° de enero de 1981 en todo el territorio nacional, en mérito a la organización política unitaria de nuestro país.

Es la copia estructural de nuestro anterior Código de Instrucción Criminal de 1878, que procedía de la legislación española de 1812 a 1872. Este ordenamiento legal, divorciado de las normas constitucionales que desde 1830 programan un juicio penal acusatorio, establece un sistema inquisitivo reformado.¹⁴

2.2. Estructura del procedimiento común. Recursos contra la sentencia

Establece un procedimiento común u ordinario para las causas por delitos, afiliado al sistema mixto. Reglamentó con amplitud la actividad a cumplirse en las etapas iniciales en primera instancia, en las que optó por el sistema inquisitivo (presumario y sumario), una etapa de ampliación sumarial, en la que la iniciativa la tienen las partes y, finalmente, la etapa de plenario, donde predomina el principio acusatorio. Es de expresión escrita, de actuación unilateral y sucesiva de las partes y de desarrollo escalonado.

Consagra una instrucción inquisitiva, con iniciación del procedimiento a cargo del juez, caracterizada por la "reserva" de las primeras actuaciones, la prisión preventiva como regla general, el valor indiciario de la confesión formulada ante la autoridad policial, la incomunicación de la persona privada de libertad y la falta de información al detenido sobre sus derechos.

Se establece la unidad de juez para la investigación y la decisión entrañando el peligro de la autoimplicación.¹⁵

Si bien recoge el principio de inmediación, en la realidad ésta no se verifica, reduciéndose a la supervisión por parte del juez de las declaraciones tomadas por los funcionarios receptores, práctica que materializa una forma de mediación.

El proceso se inicia con la *notitia criminis* que llega a la autoridad policial o judicial.

La instrucción inicial indagatoria está a cargo del juez, se denomina presumario en la normativa del Código y se extiende desde la iniciación del procedimiento hasta la providencia que dispone el archivo de los antecedentes o el procesamiento del indagado, el cual puede ser dictado de oficio, sin necesidad de petitorio fiscal. Todas las actuaciones que se realizan en la indagatoria se registran por escrito, ingresan a la causa y son tenidas en cuenta en la etapa de plenario. El sumario, que se inicia como consecuencia del procesamiento, es una etapa también regida por el principio inquisitivo, en la que el juez sigue teniendo papel preponderante en la actividad a cumplir, de recolección de prueba.¹⁶

La intervención del Ministerio Público en estas etapas se reduce a la posibilidad de participar en los actos de instrucción y solicitar medidas probatorias al juez, quien en definitiva decide sobre su diligenciamiento. Y, como se dijo, puede dictarse el procesamiento de oficio.

En cuanto a la defensa, el Código establece que previo a decretarse el procesamiento, el imputado tiene derecho a ser asistido y a comunicarse con el defensor antes de prestar declaración. Debe tenerse presente que antes de esta declaración —durante el curso del presumario—, el indagado puede haber prestado ya varias declaraciones sin asistencia letrada. Si el indagado no designa un defensor de su confianza, el juez le designa el de oficio. Durante el sumario no está prevista en el texto la intervención del defensor, pero se ha interpretado que puede hacerlo de la misma manera que el Ministerio Público, en mérito al principio de bilateralidad. Esta normativa fue derogada tácitamente por el Pacto de San José de Costa Rica, pero sin embargo la práctica continúa reflejando el sistema del Código.

¹⁴ BARRIOS DE ANGELIS, Dante: pp. 27-40.

¹⁵ FERNÁNDEZ, Gonzalo D.: p. 35.

¹⁶ GELSI BIDART, Adolfo: pp. 68 a 91.

El sumario tiene previsto un plazo de duración de 120 días, que no es perentorio y puede ser prorrogado, tantas veces como sea necesario, para proseguir con la recolección de prueba.

Concluido el sumario se abre la etapa de ampliación sumarial, en la cual se confiere vista por 6 días perentorios al Ministerio Público y a la defensa para proponer nuevas diligencias probatorias y, en caso de que así lo hagan, se prevé la apertura de otro periodo probatorio.

La fase de juicio o plenario se inicia a continuación, con la demanda acusatoria del Ministerio Público, que constituye un acto formal. Debe contener la referencia a los hechos que se consideran probados, su valoración jurídico-penal, y la pena y/o medida de seguridad cuya imposición se solicita. Vencido el plazo de 30 días que se le asigna para acusar, sin que lo haya hecho, la causa debe pasar al fiscal subrogante. De la requisitoria se confiere traslado al defensor, quien además de contestar podrá pedir la apertura de la causa a prueba, en cuyo caso también el Ministerio Público podrá aprovechar este nuevo periodo probatorio.

El Ministerio Público, en cualquier estado de la causa, puede solicitar el sobreseimiento del encausado si se configuran determinados requisitos previstos en la ley, determinando de esta manera la terminación del proceso, pues su petitorio obliga al juez, quien debe decretarlo sin poder juzgar sobre su mérito.

La sentencia definitiva de primera instancia es dictada por el mismo juez técnico que realizó la indagatoria, para lo cual dispone de un plazo de 90 días.

En cuanto a la relación entre acusación y sentencia, el C.P.P. (art. 246) establece que la "sentencia no podrá superar el límite de la pena requerida por el Ministerio Público". No obstante "si por error manifiesto, la pena requerida es ilegal", el juez la individualizará de acuerdo con la "ley, con circunstanciada exposición de los fundamentos pertinentes". Nada dice el texto sobre la hipótesis de errónea tipificación del delito por parte del fiscal. La doctrina y jurisprudencia han sostenido que el "error manifiesto" puede tener su origen, tanto en la simple determinación material de la pena, como en la calificación del tipo delictivo reflejado en la acusación.¹⁷

¹⁷ STIPANICIC, Ema: pp. 343-347.

Los recursos admitidos por el Código contra la sentencia definitiva de primera instancia son: aclaración y ampliación, apelación, nulidad, casación y revisión. Los tres primeros son ordinarios —en el sentido de impedir la ejecución del fallo— y el último es extraordinario.

El acusador está legitimado para recurrir en todos los casos.

Los recursos de apelación y nulidad responden a las reglas generales. El de casación procede solamente en casos de infracción o errónea aplicación de la norma de derecho, ya sea en el fondo o en la forma. El recurso de revisión procede sólo contra las sentencias condenatorias, carece de plazo para su interposición y admite un gran número de legitimados para deducirlo.

Está previsto además un recurso de apelación de oficio, cuando no fueren apeladas las sentencias que impongan penas o medidas de seguridad eliminativas, o ambas a la vez, por más de 3 años. La jurisprudencia ha entendido que esta revisión preceptiva no puede modificar lo resuelto, en términos más gravosos para el encausado (prohibición de *reformatio in peius*).

El tribunal de alzada para la apelación y nulidad es colegiado, integrado por 3 miembros. El procedimiento también es escrito y se prevé la agregación de prueba documental en forma limitada, siempre que provenga de hechos supervinientes o que se justifique no haber podido disponer de ella anteriormente.

Los recursos de casación y revisión son resueltos por la Suprema Corte de Justicia.

2.3. Noticia sobre procedimientos especiales

El juzgamiento en materia de faltas corresponde también a los órganos del Poder Judicial.¹⁸ El Código vigente prevé un proceso por audiencia que se estructura con una instrucción preparatoria escrita, previa al dictado del auto de procesamiento. Luego de ejecutoriado éste, en un plazo no mayor de 10 días, se convoca a audiencia de prueba y debate. A

¹⁸ GELSI BIDART, Adolfo: pp. 194-199.

esta audiencia deben comparecer el Ministerio Público y el imputado con su defensor, siendo presidida por el juez. Las partes tienen posibilidad de proponer el diligenciamiento de prueba y, una vez diligenciada, el fiscal deberá deducir acusación y la defensa contestar también en la audiencia. La lectura de la sentencia debe efectuarse en una audiencia que se realizará en un lapso no mayor de 24 horas.

En este tipo de procedimiento, las providencias dictadas cualquiera sea su naturaleza son irrecurribles. De acuerdo al texto del Código se dilucida en instancia única, lo que habría sido derogado tácitamente por el Pacto de San José de Costa Rica, posición admitida por la jurisprudencia, que habilita la vía recursiva ante un tribunal superior.

En Montevideo tienen competencia en materia de faltas 3 juzgados especializados, mientras que en el resto del país conocen los juzgados de paz. La alzada por consecuencia se ubica en los juzgados letrados en materia penal.

En materia de delitos de comunicación —cualquier hecho tipificado como delito cometido a través de los medios de comunicación— rige un procedimiento especial previsto por la ley 16.099 del 3 de noviembre de 1989, de carácter sumario, abreviado y por audiencia. Luego de presentada la denuncia del hecho o la instancia —si se trata de un delito de difamación e injurias—, deberá convocarse a audiencia dentro del plazo de 7 días hábiles y las partes podrán ofrecer prueba, con no menos de 48 horas de anticipación a la fecha de la audiencia. Está prevista la presencia del juez so pena de nulidad absoluta, asegurando el principio de inmediación. A los efectos de consignar lo actuado se dispone la confección de un acta resumida durante el decurso de la audiencia, o cualquier otro medio hábil para estos fines. El juez puede dictar sentencia en la misma audiencia o dentro de los 3 días hábiles de celebrada ésta. La única prórroga permitida de las audiencias es por el plazo de 48 horas.

En segunda instancia conoce el tribunal de apelaciones en lo penal que por razón de turno corresponda y el procedimiento también consiste en la realización de una audiencia, donde ambas partes podrán expresar sus agravios. No está previsto que las partes puedan ofrecer prueba, pero en cambio el tribunal puede hacerlo de oficio. La sentencia puede ser dictada en audiencia o en el plazo de 15 días hábiles. En

caso de dictarse fuera de plazo, la sentencia será absolutamente nula.

Esta ley introduce como novedad absoluta para nuestro ordenamiento jurídico, la posibilidad del ofendido de accionar por sí mismo por un delito de difamación e injurias. En efecto, si bien el texto aclara que el ejercicio de la acción corresponde de manera exclusiva al Ministerio Público, para el caso de que éste solicite el sobreseimiento el ofendido puede ejercer por sí la acción, dentro del plazo perentorio de 48 horas de notificársele la solicitud de sobreseimiento. Si lo hace, se citará a audiencia, prosiguiéndose el tracto procesal previsto.

Si bien se hizo uso de esta facultad por parte del ofendido, hasta el año 1998 no había prosperado la tramitación, en virtud de que la Suprema Corte de Justicia había declarado en reiteradas oportunidades la inconstitucionalidad de esta norma,¹⁹ por colidir con los arts. 22, 7° y 72 de la Carta. En efecto, la Corte ha considerado que, al habilitarse al ofendido a subrogar en el accionamiento al fiscal que solicitó el sobreseimiento, se vulnera el art. 22 de la Constitución, que establece que los delitos pueden perseguirse mediante acción pública o privada, es decir una de las dos, pero no una y luego la otra. Asimismo, se estaría violando la prohibición del *ne bis in idem*, porque una vez solicitado el sobreseimiento el juez debe decretarlo sin más trámite, si luego reabre la causa por medio del accionamiento del ofendido estaría yendo en contra de la prohibición del doble enjuiciamiento. No obstante, en el año 1998, la Suprema Corte de Justicia —con una nueva integración—, decidió por mayoría la constitucionalidad de la norma²⁰ y, por ende habilitó el accionamiento penal del ofendido subsecuente a la solicitud de sobreseimiento fiscal, prosiguiendo luego el tracto procesal previsto hasta el fallo.

El Código vigente distingue en materia penal, la jurisdicción común que se extiende a todos los delitos y faltas cometidos en el territorio nacional y se atribuye a los tribunales integrantes de la administración de justicia, y la jurisdicción

¹⁹ Sentencias n° 254 del 28 de agosto de 1988 y n° 73 del 29 de noviembre de 1993.

²⁰ Sentencia n° 201 del 30 de septiembre de 1998.

dicción especial asignada a órganos ajenos a dicha administración. La distinción se funda en la pertenencia de los órganos que ejercen la función.

La jurisdicción especial existente en nuestro país, que cobró notable incremento en los años 70 —en virtud de disposiciones sancionadas en el período de facto— es la jurisdicción penal militar, regulada por los códigos militares.

El nuevo C.P.P. sancionado y no vigente (art. 22.3), establece que la jurisdicción militar queda reservada exclusivamente a los delitos militares cometidos por militares y al caso del estado de guerra. Se entiende por delito militar aquel que vulnera exclusivamente normas contenidas en el ordenamiento penal militar. Los delitos cometidos por militares en tiempo de paz, cualquiera sea el lugar donde ocurran, estarán sometidos a la jurisdicción común.

No existen soluciones alternativas al sistema penal.

2.4. Breve noticia sobre la ejecución penal

El proceso de ejecución, que se inicia con la sentencia condenatoria ejecutoriada, es de competencia también —en el Código vigente— del juez de primera instancia, es decir del mismo sujeto que realizó la indagatoria y dictó el fallo (art. 322).

Los cometidos del juez en la ejecución son: *a)* vigilar los expedientes respectivos, y *b)* concurrir, por lo menos una vez al año, al establecimiento de reclusión. A su vez, la Ley Penitenciaria 14.470 en su art. 5° establece que los reclusos dependerán directamente de la Dirección del Establecimiento en todo lo referente a su estadía en el Penal y ésta luego comunicará sus actuaciones al juez. Por ende, el control judicial se reduce, por lo general, al conocimiento posterior de lo actuado por la autoridad administrativa.

Los establecimientos penitenciarios dependen de la Dirección Nacional de Cárceles que está bajo la dependencia del Ministerio del Interior. Los encargados de la custodia de los reclusos son funcionarios policiales, integrantes de la policía ejecutiva.

Es necesario tener presente que nuestro Código Penal prevé penas privativas de libertad para la generalidad de los delitos y, para algunos casos, multa, suspensión o inhabilitación

para desempeñar determinados cargos. No están previstas penas alternativas, pues solamente se han establecido medidas alternativas a la prisión preventiva.

La ejecución de esa pena puede admitir tres formas: *a)* su cumplimiento total; *b)* la obtención de la libertad condicional; *c)* la obtención de la libertad anticipada, y *d)* la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

El beneficio de la libertad condicional (art. 327) procede de oficio, para aquellos encausados que al quedar ejecutoriada su sentencia condenatoria se encuentran en libertad provisional. En tal caso, el juez suspende su reintegro a la cárcel, solicita informes sobre si ha incurrido en nuevos delitos y, previo informe sobre el juicio de recuperación moral que le merece, eleva a la Suprema Corte de Justicia la causa, órgano que resuelve sobre la concesión del beneficio. Si se le concede, el penado queda sujeto a ciertos deberes de vigilancia, por el saldo que le falta cumplir descontada la prisión preventiva. Si al cabo de ese período de vigilancia no ha cometido nuevo delito se tiene por extinguida la pena.

La libertad anticipada (art. 328) es un beneficio que también otorga la Suprema Corte de Justicia a aquellos encausados que al quedar ejecutoriada la sentencia de condena se encuentran aún privados de libertad. El penado puede solicitarla si ha cumplido la mitad de la pena, en el caso de que ésta sea de penitenciaría, y en cualquier tiempo de reclusión, si la pena es de prisión. Se realizan informes acerca de las posibilidades de recuperación del penado, por el Instituto de Criminología y por el juez y, se eleva la solicitud a la Suprema Corte de Justicia. Si ésta concede la libertad anticipada el penado quedará sometido a vigilancia durante el saldo de pena que le restaba cumplir. Vencido dicho lapso, si no ha incurrido en nuevo delito, se tiene por extinguida la pena.

Si el encausado comete delito durante el período de vigilancia, se revocará el beneficio y será reintegrado a la cárcel.

La suspensión condicional de la ejecución de la pena (art. 126, C.P.) es una facultad reglada del juez quien, al dictar sentencia puede otorgarla para el caso de delitos sancionados con pena de prisión o multa, cuando el encausado se encuentre en libertad provisional y carezca de antecedentes penales. Si acepta el beneficio —que es opcional para el impu-

tado— quedará sometido a vigilancia durante 5 años, contados desde el día de la detención, en todos los casos. Si al finalizar el período de vigilancia no hubiere cometido nuevo delito, se tendrá por extinguida la pena y también el delito, debiendo cancelarse las anotaciones correspondientes de la planilla del Registro Nacional de Antecedentes Judiciales.

3. La reforma sancionada y no vigente

3.1. Proyectos actuales y su estado

El día 16 de diciembre de 1997 por ley 16.893 se sancionó el nuevo Código del Proceso Penal que deroga el Código del Proceso Penal de 1981, sus modificaciones y todas las disposiciones legales y reglamentarias que se le opongan (art. 370).

Su vigencia —prevista para julio de 1998— fue prorrogada hasta el día 1° de febrero de 1999, en mérito a las diversas observaciones que ha merecido y a la necesidad de arbitrar los fondos necesarios, para implementar la infraestructura y los recursos humanos que demanda su puesta en práctica.

El movimiento de reforma del proceso penal,²¹ luego de instaurada la democracia en nuestro país, se concretó primero en un proyecto elaborado por una Comisión Nacional Honoraria, creada por ley 15.844 del 15 de diciembre de 1986 e integrada por representantes de la Facultad de Derecho, del Ministerio Público, del Colegio de Abogados y de la Suprema Corte de Justicia, que se presentó al Parlamento en el año 1990. Luego de un estudio preliminar, este proyecto no fue sometido a consideración, en mérito a las críticas de que fuera objeto desde los sectores académicos, especialmente por el diseño de la indagatoria preliminar, que se ponía a cargo de las partes y del juez en forma conjunta, en una fórmula sin precedentes doctrinarios y legislativos que resultaba imposible de concretar en la práctica.

En el año 1995, sobre la base de dicho proyecto, se concretaron dos nuevos proyectos, uno formulado a iniciativa del Poder Ejecutivo, Ministerio del Interior, y otro adelantado por la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia, elabora-

do a nivel de dicha corporación, pero que responde al pensamiento del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal y que, en lo esencial, también cuenta con el apoyo de la Cátedra de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.²²

El proyecto elaborado a nivel de la Suprema Corte de Justicia proponía adecuar la ley procesal penal a la Constitución y a los pactos internacionales, en una asimilación a los lineamientos del Código General del Proceso para la materia civil —aprobado en nuestro país en 1989—, fiel al Código Modelo Tipo para Iberoamérica, con casi 6 años de vigencia, cuya funcionalidad ha quedado acabadamente demostrada. Delineaba un proceso penal de tipo dispositivo, en el que el Ministerio Público tenía la dirección y responsabilidad de la indagatoria preliminar, con la necesaria autorización judicial para las medidas que implicaran restricción a los derechos humanos. El proceso se realizaba en audiencia pública, con plena vigencia de los principios de oralidad, intermediación, concentración, indelegabilidad y publicidad.

Esta iniciativa ingresó al Parlamento y no fue considerada.

El proyecto del Poder Ejecutivo tiene como marco insoslayable el acuerdo a que arribaron los 4 partidos políticos con representación parlamentaria, los cuales coincidieron en ciertas bases para la reforma del proceso penal, en torno a la necesidad de que éste reflejara una mayor aproximación al sistema acusatorio y el fortalecimiento de algunos principios como el de oralidad e intermediación.

Ingresado al ámbito parlamentario, el proyecto sufrió modificaciones, para tratar de contemplar las observaciones que desde las cátedras especializadas de la Universidad de la República se le formulaban, en mérito a que no difería esencialmente del régimen vigente.

Finalmente, el 16 de diciembre de 1997 fue sancionado, con el apoyo de todos los sectores políticos.

En el informe efectuado por la Cámara de Senadores²³ a propósito del proyecto, se expresa que: "se optó por un modelo que implica una 'aproximación al acusatorio' en mérito

²¹ GELSI BIDART, Adolfo: p. 251.

²² LANDEIRA, Raquel: pp. 71, 1997.

²³ GREIF, Jaime: pp. 8-23.

a 'lo acordado por los partidos políticos'. Se reconoce la tradición nacional que establece la competencia de los jueces en la custodia de los indagados, pero estima que implantar un modelo acusatorio puro requiere un cambio de mentalidad. No puede soslayarse que la enorme mayoría de los jueces se opone, en forma discreta pero inequívoca a un modelo acusatorio puro y que incluso entre los integrantes del Ministerio Público puede detectarse una amplia mayoría contraria a un proceso acusatorio. Si bien el Código General del Proceso implicó un cambio cualitativo importante en el rol del juez, las particularidades del proceso penal y los valores que en él subyacen deben ser muy cuidadosamente apreciadas. Pero además la atribución al Ministerio Público de la investigación preliminar aunque ello no haga a la esencia misma del modelo acusatorio puro, va acompañada de una nueva ubicación institucional del Ministerio Público y aun de la creación de una policía judicial. La Ordenanza Procesal Alemana que instituye al Ministerio Público como dueño de la instrucción, establece el auxilio de la policía judicial. Y en Alemania se discute la ubicación institucional del Ministerio Público. En América latina, Vélez Maricó ubica al Ministerio Público y a la policía judicial como órganos autónomos del Poder Judicial. Otros estiman pertinente crear un órgano autónomo independiente del Poder Judicial y del Ejecutivo, cuyos jerarcas serían designados como los ministros de la Suprema Corte de Justicia. Todo esto pone de relieve en nuestro país, que el problema es de resorte institucional, requiriendo incluso una reforma de la Carta Constitucional si se propiciara la creación de una Fiscalía General. Es por ello que los autores estiman que se han ajustado a la realidad normativa y a la tradición nacional: no se propicia ninguna modificación institucional del Ministerio Público, ni se crea la policía judicial. Pero es cierto que no se consagra la atribución al Ministerio Público de la instrucción preparatoria estableciéndose a la vez un 'juez de la investigación' cuya intervención se verifica necesariamente en caso de adopción de medidas restrictivas de las libertades individuales. Pero no puede realizarse ninguna actividad procesal si no media requerimiento previo y fundado del Ministerio Público y no puede decretarse la prisión preventiva ni medida restrictiva de la libertad física si no existe previa petición al respecto del

Ministerio Público... En suma, se ha asignado al Ministerio Público un rol que se adecua racionalmente a un proceso acusatorio 'atenuado o limitado'".

Las críticas que el Instituto Uruguayo de Derecho Procesal y la Cátedra de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República han formulado al ordenamiento aprobado, cuestionan el escaso avance de algunas reformas actualmente imprescindibles y la colisión del texto con las garantías previstas en normas constitucionales e internacionales aprobadas por nuestro país. Se pueden sintetizar en los siguientes términos:

- a) no se consagró la indagatoria preliminar a cargo del Ministerio Público, que por su situación funcional es quien mejor puede conocer las pruebas de los hechos delictivos, aun dejando en manos de los jueces la decisión en materia de allanamientos, interceptación de comunicaciones telefónicas, etc. Ello permitiría elaborar una política criminal coherente y una aplicación adecuada del principio de oportunidad;
- b) se mantiene el presumario y el sumario en sus lineamientos esenciales, pues sólo se modifica su denominación;
- c) se prevé la unidad de juez para la investigación, el procesamiento y la decisión, con la afectación consiguiente de la imparcialidad;
- d) la prisión preventiva se ha encarado como anticipo de pena y no como cautela, y procede en la gran mayoría de los casos, violando la presunción de inocencia;
- e) no se implementa un mecanismo participativo para la víctima, que sigue marginada del inicio y desarrollo del proceso;
- f) si bien se han establecido audiencias como forma de tramitar el proceso, no se aplica el principio de concentración, sobre todo para la recolección de prueba lo que implica la prolongación del tiempo de duración del proceso y la imposibilidad de aplicar el principio de publicidad externa.

En su mérito, la facultad de Derecho hizo llegar al Poder Ejecutivo la petición de que se solicitara una opinión consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a efectos de que ésta se expidiera sobre la presunta incompatibili-

dad de algunas de las disposiciones del nuevo Código, en las de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Asimismo, el nuevo ordenamiento procesal ha merecido observaciones similares a las anotadas, desde el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas —creado por el Pacto de Derechos Civiles y Políticos—, que fueron publicadas en el documento CCPR/C/79.

En efecto, el 6 de abril de 1998, al examinar el 4º informe presentado por el gobierno de Uruguay, en el cual se daba cuenta de la aprobación de este Código, el Comité expresó su preocupación por las normas relativas a las medidas limitativas de la libertad de los imputados, previstas en el art. 185, a la luz de la amplia noción de imputado que se adopta en el art. 51, inc. 1º.

En lo referente a la detención preventiva —tanto respecto de los imputados como de los acusados—, en la medida en que está prevista como obligatoria, considera el Comité que no se ajusta a lo dispuesto en el art. 9º del Pacto, que establece la presunción de inocencia. Ha objetado también la falta de garantías objetivas sobre la imparcialidad de los jueces, pues se mantiene la unidad de juez para la indagatoria, el procesamiento y la sentencia.

Las críticas anotadas, así como el arbitrio de los fondos necesarios para su puesta en marcha —creación de nuevos cargos de jueces y de infraestructura adecuada—, determinaron que el Poder Legislativo prorrogara su vigencia hasta el día 1º de febrero de 1999.

Ha de tenerse presente también, que ya se prevén modificaciones al Código promulgado, a través de un proyecto de ley con media sanción parlamentaria.

3.2. Correlación de los proyectos con los principios del proceso penal de un Estado de Derecho

El Código sancionado proclama en sus primeras 15 disposiciones los principios básicos que lo inspiran, varios de los cuales tienen directa relación con el régimen de audiencias propuesto y, en general se adecuan satisfactoriamente a los propios de un Estado de Derecho:

a) el *nullum poena sine iudicio* (art. 1º), reiterando la misma fórmula adoptada en el art. 12 de la Constitución;

- b) el del juez natural (art. 2º), a través de la preceptividad de la designación del juzgador por normas objetivas y generales ajenas al caso concreto, conforme a lo establecido por la Constitución y la ley;
- c) la imparcialidad e independencia de los jueces (art. 2º) pues dispone que los tribunales serán imparciales e independientes. No obstante, el Código prevé la unidad de juez de investigación, procesamiento y sentencia, lo cual afecta la garantía de imparcialidad (arts. 24 y 25);
- d) el reconocimiento de la dignidad humana (art. 3º), en consonancia con los arts. 7º y 72 de la Carta. Se persigue el trato digno de todo sujeto participe en el proceso, acorde a su calidad humana. A su vez, el actuar en audiencia torna necesario recalcar, en todos los participes y particularmente en las autoridades y técnicos, el imprescindible trato digno, que debe caracterizar su interacción con imputados, víctimas, testigos, etcétera;
- e) el principio de inocencia, que veda el tratamiento como culpable de todo sujeto sometido a indagatoria penal, durante el curso del proceso y antes de que recaiga condena ejecutoriada, reiterando la solución que surge de la armonización de los arts. 7º, 12 y 15 de la Constitución y del Pacto de San José de Costa Rica. Sin embargo, se prevé para la gran mayoría de los casos la prisión preventiva (art. 194), y en caso de que ésta no se aplique corresponde imponer al imputado medidas restrictivas de la libertad física (art. 194) que se enumeran en el art. 185 incs. 1º a 8º y van desde la constitución de domicilio ante el tribunal y la obligación de poner en conocimiento de éste cualquier modificación, hasta la prestación de tareas comunitarias no remuneradas con la conformidad expresa del imputado. Incluso algunas de estas medidas limitativas (art. 185 incs. 2º y 3º), que implican la prohibición de ausentarse del territorio nacional sin autorización del juez, y el deber de presentarse periódicamente, por lo menos una vez por mes, ante la autoridad que se le indique, pueden ser impuestas antes del procesamiento (art. 191). Además, las previsiones relativas al cese de las medidas limitativas

- de la libertad de la prisión preventiva están en directa relación con la pena con la que presumiblemente se sancionó el agente (art. 200);
- f) el *nemo tenetur* se prevé en el art. 53.2 que regula la posibilidad del imputado de negarse a declarar;
- g) en cuanto a las prohibiciones probatorias, se reiteran en los arts. 57.2, 182, y 140 las normas del Código anterior que reflejan la prohibición de coaccionar al imputado, la regulación de la interceptación de las comunicaciones y del allanamiento de morada que se expresaron en el punto 1. literal j) de este informe;
- h) la defensa técnica (art. 7°), asegura a todo imputado el derecho a contar con auxilio técnico durante todo el proceso. En las hipótesis de flagrancia y no flagrancia, el imputado debe designar defensor bajo apercibimiento de designársele al de oficio de turno (art. 51), porque a partir de la formulación del requerimiento fiscal de inicio de actividades procesales y, una vez superado dicho requerimiento, en la instancia de contralor de regularidad formal que debe realizar el tribunal competente, ya la labor del defensor comienza a desarrollarse regularmente (arts. 72, 245.1 y 245.2);
- i) la prohibición del *ne bis in idem* (art. 5°), estableciendo que ninguna persona debe ser investigada más de una vez por un mismo hecho por el cual haya sido sometida a proceso, en el país o fuera de él, aunque se modifique la calificación jurídica o se afirmen nuevas circunstancias. Se exceptúa el caso en que el proceso haya concluido por falta de presupuestos procesales o defectos de procedimiento. La solución ya fue comentada en el punto 1.2. literal e) de este informe;
- j) el principio de oficialidad (art. 6°), manteniéndose la titularidad pública de la pretensión punitiva, cuyo ejercicio se asigna al Ministerio Público. Respecto de la persecución penal pública se efectuaron los comentarios pertinentes en los puntos 1.1. y 1.1.1. de este informe, al que nos remitimos;
- k) el principio acusatorio (art. 9.2), disponiéndose su plena vigencia en todo el proceso, de conformidad con el art. 22 de la Constitución. En aplicación de dicho principio, no se podrán iniciar actividades procesa-

les, procesar, imponer prisión preventiva u otra medida limitativa de la libertad física del imputado, condenar o imponer una medida de seguridad por infracción a la ley penal, si no media petición previa del Ministerio Público.

Sin embargo, la actividad indagatoria sigue estando bajo la dirección y responsabilidad del juez y a cargo de la policía, tal y como se desprende de las normas que regulan la fase de las primeras actuaciones procesales.

La Exposición de Motivos afirma que: "se puede categorizar como proceso acusatorio atenuado, por cuanto si bien no se encarga al Ministerio Público la denominada instrucción preliminar, igualmente se asigna un papel relevante a dicho órgano público ya que, no sólo el tribunal penal competente no puede procesar sin previo pedido fiscal, sino que —aventando todo resabio del viejo modelo inquisitivo que rigiera en nuestro país durante más de un siglo— se establece que no es posible siquiera iniciar actividades procesales, si no media expreso y formal requerimiento del Ministerio Público (arts. 243 y concs.)".

No obstante, en caso de delitos flagrantes (art. 188) el tribunal competente a quien la autoridad administrativa debe dar cuenta inmediata del hecho, habrá de adoptar medidas asegurativas respecto de las personas y bienes involucrados y naturalmente sobre los medios de prueba, que comunicará luego de realizadas al fiscal y si éste lo estima del caso promoverá formal requerimiento de inicio de actividades procesales (arts. 189, 233, 234, 235, 243 y concs.). En los supuestos en que no media flagrancia la denuncia o instancia se receptiona por el Ministerio Público o la autoridad policial, decidiendo el primero sobre la procedencia o no del requerimiento de inicio de actividades procesales (art. 248 numerales 1°, 2° y 3°);

- l) el principio de publicidad está recogido en el art. 9.1 que asegura que el proceso será público en todas sus etapas con las limitaciones que se establecen en este Código.

El art. 125 asegura la publicidad interna y externa para todas las audiencias que tengan lugar después de la actividad probatoria preliminar. Las excepciones a la publicidad externa contempladas por el legislador, refieren a consideraciones de orden público, moral, seguridad, preservación de la privacidad de los participantes, compromiso de secreto legalmente protegido o, en general, perjuicio para el interés de la justicia (art. 125). La indagatoria preliminar es en principio pública para las partes, siendo su restricción más importante la práctica de medidas reservadas a pedido del fiscal (art. 239.2) para supuestos de peligro de frustración y respecto del defensor, la realización de medidas urgentes o impostergables (art. 239.1); m) otros principios; el art. 13 refiere a la aplicación "en lo pertinente" de algunos de los principios más específicamente característicos de un proceso por audiencias, como son los de inmediación, concentración, celeridad, dirección, impulso y ordenación del proceso por el tribunal, y alude también a los de igualdad, probidad y derecho a un proceso de duración razonable. La ley preanuncia que la aplicación concreta de cada uno de ellos no será del todo completa. El principio de inmediación está asegurado en cuanto a la presencia preceptiva del tribunal en cualquier audiencia so pena de nulidad absoluta y responsabilidad funcional en caso de infracción (arts. 124.1, 127.2, 124.2, 238.1, 238.2, 224 numerales 4, 52, 53, 54). En cambio, con respecto a las partes, la ley sólo exige y garantiza la presencia del Ministerio Público, del defensor y del imputado, en aquellas audiencias que involucren declaración de este último (art. 53.3) o en las que el Código llama de debate, esto es, la audiencia de resolución de la situación del imputado y la de conclusión de la causa (art. 124.2). En estos casos la presencia es preceptiva so pena de nulidad absoluta (art. 225, numerales 4 y 5). No obstante, resultan evidentes las carencias de la ley en punto a garantizar eficazmente la inmediación con respecto a las partes, en el diligenciamiento de ciertas pruebas en la indagatoria preliminar o en la fase pre-

paratoria del plenario. Tales carencias desvirtúan gravemente la vigencia del principio acusatorio, porque de poco vale exigir el requerimiento fiscal de inicio de actividades procesales si luego no se exige su presencia durante gran parte de la indagatoria preliminar o en la preparación del plenario, dejando solitario al juez para la recolección de ciertas pruebas en audiencias que pueden ser discontinuas o "perladas", como ha dado en llamárselas al criticarse con razón la solución legal.²⁴ n) el principio de concentración, vinculado también con el de la duración razonable del proceso, fueron la preocupación insistente de los parlamentarios y de algunos proyectistas durante el proceso de elaboración de la ley. Ciertamente es que esta ley contiene algunas soluciones en ese sentido como la estructuración del proceso extraordinario, la concentración en la audiencia de resolución de la situación del imputado de múltiples actividades, similar —pero menor— unificación en la audiencia de conclusión de la causa, etcétera. Sin embargo, no se aseguró su efectiva realización práctica, teniendo presente que en la estructura del Código son múltiples las audiencias que pueden llevarse a cabo, no quedando restringidas a las más notorias, de resolución de la situación del imputado o de conclusión de la causa. Así, la indagatoria preliminar puede tener lugar en diferentes sesiones y no existe plazo máximo para realizarla cuando el imputado no se encuentra detenido —el antes denominado presumario—, puede continuar eternizándose, hasta que opere la prescripción (arts. 246 y 247). Si se encuentra detenido se asegura la continuidad pero no por efecto de esta ley sino por aplicación de los arts. 15 y 16 de la Constitución. La ley enunció la necesidad de la continuidad (art. 126), pero ella dependerá de la actitud concreta que adopten las partes y el juez.

En síntesis, con una retaceada consagración del principio acusatorio²⁵ y con un maquillaje de proceso por audien-

²⁴ SIMÓN, Luis: pp. 175-176.

²⁵ MAIER, Julio B. J.: *XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*.

cias, se denota un leve avance en la estructuración del sistema de enjuiciamiento, que continúa sin embargo, atado a los antiguos moldes lentos y discontinuos, habiéndose desperdiciado la oportunidad de adecuar la legislación a las más modernas directivas del procesalismo mundial, no estando esta ley a la altura técnica de la legislación procesal civil de nuestro país.²⁶ No obstante, se ha logrado formular adecuadamente el elenco de garantías inherentes al proceso penal del Estado de Derecho.

3.3. El nuevo C.P.P. establece dos grandes estructuras procesales para la primera instancia

3.3.1. ESTRUCTURA COMÚN U ORDINARIA

3.3.1.1. Fase de indagatoria preliminar y de resolución de la situación del imputado (antes presuntivo)

En caso de delitos flagrantes, el juez competente a quien la autoridad administrativa debe dar cuenta inmediata del hecho, sólo habrá de adoptar, como es lógico, medidas asegurativas respecto de las personas y bienes involucrados y, naturalmente, sobre los medios de prueba, porque de inmediato debe comunicar al Ministerio Público la detención o detenciones ordenadas y las medidas asegurativas concretadas, a efectos de que, si aquél lo estima del caso, promueva formal requerimiento de inicio de actividades procesales (arts. 188, 189, 233, 234, 235, 243 y concs.).

En los supuestos en que no media flagrancia, el Ministerio Público, receptor de la *notitia criminis* o de la instancia del ofendido, o que por cualquier medio tomare conocimiento directo de la comisión de un hecho con apariencia delictiva, formulará también requerimiento de inicio de actividades procesales, a efectos de que puedan concretarse o verificarse los extremos del art. 248 numerales 1, 2, y 3, es decir: constatación de que el hecho es *prima facie* delictivo y de que existen elementos suficientes de convicción para imputar *hominarmente* ese hecho delictivo a determinado sujeto.

²⁶ PELLEGRINI, Ada: p. 314.

En ambas hipótesis, el imputado deberá designar defensor bajo apercibimiento de nombrársele el de oficio de turno, porque a partir de la formulación del requerimiento fiscal de inicio de actividades procesales y una vez superado dicho requerimiento, durante el contralor de regularidad formal que debe realizar el tribunal competente, ya la labor del defensor comenzará a desarrollarse regularmente (arts. 51, 72, 245.1 y 245.2).

Si el juez da curso al requerimiento fiscal (art. 244), desde que dicho requerimiento debe tener una estructura mínima (art. 243.2), una vez provisto el imputado de defensor, sea que éste conteste o no el requerimiento, se abre la primera fase oral del proceso penal, ya que la actividad probatoria preliminar debe realizarse en audiencia (art. 246).

Esta audiencia, que puede realizarse en varias sesiones, será dirigida por el tribunal y al término de la misma —lo que ocurrirá en la mayoría de los supuestos de flagrancia—, debe resolverse la situación del imputado, a cuyos efectos el Ministerio Público, podrá: 1) solicitar el procesamiento, en cuyo caso el defensor podrá articular sus descargos, o 2) solicitar la clausura de las actuaciones, ya sea ella definitiva o sin perjuicio (art. 247).

Si el juez comparte el criterio fiscal y decreta el procesamiento, en la misma audiencia en que éste se dispone, el tribunal debe controlar la regularidad de todo lo actuado a efectos de detectar posibles nulidades (art. 228), disponer respecto a las pruebas que quedan incorporadas al proceso y sobre el diligenciamiento de aquellas pruebas que deban ser reiteradas o ampliadas, o que hayan sido propuestas por las partes —fiscal y defensor—, u ordenadas de oficio por el tribunal (art. 247).

3.3.1.2. Fase preparatoria del plenario (antes sumario)

El contenido de esta audiencia —que también puede realizarse en varias sesiones— consiste en el diligenciamiento de la prueba ordenada al procesar (arts. 251.1, 247.5 y 260.3), la prueba de hechos nuevos o supervenientes (art. 260.2 numeral 2) y la prueba documental de fecha posterior a la audiencia de resolución de la situación del imputado (art. 260.2 numeral 1).

Culminadas estas diligencias o al vencer el plazo legal de 120 días (art. 258), el juez convocará a la audiencia de conclusión de la causa, señalándose para una fecha comprendida dentro de los 30 días de la convocatoria (art. 259.1) solución más propia de un proceso escrito que de un proceso por audiencias.

3.3.1.3. Fase de plenario. Conclusión de la causa (antes ampliación sumarial y plenario)

En el actual esquema legal, esta audiencia reúne el contenido propio de las etapas de ampliación sumarial y plenario, estructuradas en el Código anterior y comprende las siguientes actividades:

- 1) saneamiento de cualquier cuestión que obste a la consideración del mérito de la causa (arts. 261.2 y 228);
- 2) delimitación del marco de la controversia, expresión ésta de dudosa utilidad y criticable introducción en este momento del proceso, porque aún las partes no han delineado sus pretensiones. En efecto, en cuanto dice relación con los hechos, la ley permite al Ministerio Público antes o durante la acusación modificar la pretensión que formuló al solicitar el procesamiento, tanto en lo relativo a los hechos como a la calificación delictual (art. 250.2);
- 3) diligenciamiento de prueba de aquellos medios solicitados y aún no incorporados (art. 261.3);
- 4) concluida la instrucción se confiere traslado al Ministerio Público, para deducir acusación o solicitar el sobreseimiento (art. 261.4);
- 5) si solicita el sobreseimiento provoca el fin del proceso, si acusa se confiere traslado a la defensa para contestar la acusación lo que podrá efectuarse en la misma audiencia o en prórroga, que puede habilitarse por un máximo de 15 días (art. 261.5);
- 6) la sentencia se dictará al cabo de esta audiencia o en la prórroga de la misma, dentro del plazo máximo de 15 días (arts. 261.5, 107, 108). Con la sentencia se cierra el proceso en primera instancia.

La concentración se ve retaceada por las cuatro posibilidades de prórroga de la audiencia de conclusión de la causa previstas en el texto (art. 261 numerales 1, 3, 5 y 7).

3.3.2. ESTRUCTURA EXTRAORDINARIA O SUMARIA

Concluida la actividad probatoria preliminar, el tribunal de oficio o a petición de cualquiera de las partes, podrá disponer la prosecución del proceso por vía sumaria. Ésta procederá especialmente, cuando por la naturaleza del delito o la poca complejidad de la prueba, pueda preverse un debate breve y una pronta decisión (art. 262).

La decisión de adoptar esta forma procesal se asumirá en la audiencia de resolución de la situación del imputado y, contra la misma cabe la oposición fundada, deducida en la misma audiencia, mediante el recurso de apelación con efecto diferido (art. 262).

De modo que, resuelta la prosecución del proceso por la vía sumaria, se cumplirán en una única audiencia sin posibilidades de prórroga, de modo concentrado y continuo, las actividades de: acusación, contestación y sentencia (art. 263). La ley no indica en este caso que se dicte auto de procesamiento, lo que llevó a cuestionar esta vía, por no brindar garantías al imputado acerca de las imputaciones que dan lugar al proceso extraordinario que se le instaura, y por no advertirse cómo se obtiene la información del Registro Nacional de Antecedentes Judiciales sin existir procesamiento.

Esta estructura fue concebida para operar en un gran número de situaciones, básicamente para el caso de delitos flagrantes, en los que la prueba es recogida casi totalmente en la actividad probatoria preliminar.

La continuidad del proceso se asegura porque el art. 263 impone el inmediato pasaje a la etapa de plenario, concentrándose acusación, contestación y sentencia en la misma audiencia, sin posibilidades legales de prórroga.

En segunda instancia ante el tribunal de apelaciones en lo penal competente, el trámite del proceso continúa también a través de audiencias —por expresa remisión del art. 275 a los arts. 116, 257, 258 y 344 del Código General del Proceso (Civil)— pudiéndose proponer prueba en forma limitada y previéndose, asimismo, la posibilidad de que el tribunal dicte su decisión en forma anticipada.

3.4. Procedimientos especiales

El nuevo Código instituye en el Libro IV tres procedimientos especiales, el de *habeas corpus*, el de extradición y el de faltas:

a) El proceso de *habeas corpus* se encuentra regulado por los arts. 360 a 366, configurando una normativa mínima de un instituto que hasta ahora sólo estaba previsto en cuanto a su existencia por la Constitución, en sus arts. 17 y 168 inc. 17, pero no tenía procedimiento legal dispuesto.

Se incluye su vigencia en los supuestos de medidas prontas de seguridad y de suspensión de garantías individuales establecidas en el art. 31 de la Carta, tal como se sostuviera por la doctrina nacional. Si bien se estructura un trámite breve y sumario, ha merecido críticas por parte de grandes sectores doctrinarios, en la medida en que complejiza el trámite de un instituto que, hasta ahora, funcionó en forma adecuada solamente en base a sus características esenciales delineadas en la Constitución.

b) El proceso de extradición establecido en los arts. 337 a 359, está destinado a regir en aquellos supuestos en los que no existe tratado.

En esta materia el Código recepciona los criterios enunciados en la Convención Americana sobre Extradición de 1981 —aún no vigente— y elabora un sistema de cooperación en materia penal en base a criterios adecuados.

c) El proceso por faltas está consagrado en los arts. 367 a 369, que disponen el reenvío a los artículos correspondientes del proceso penal ordinario o común (arts. 84 y ss. y 234 y ss.), instituyendo un proceso similar para las contravenciones.

3.5. Participación del ofendido en el procedimiento

La participación del ofendido debe encuadrarse en el sistema de persecución penal pública obligatoria, adoptado por el nuevo ordenamiento del que se da cuenta en los puntos 1.1.1 y 1.1.1.1 de este informe.

El legislador ha dedicado el Título V a "La Víctima" y no la ha incluido entre las partes del proceso que se refieren en el título anterior. Así, el art. 74 la define como la persona ofendida por el delito y le concede la posibilidad de participar en el proceso penal, de acuerdo a los derechos y facultades que le confiere el Código.

Estos derechos y facultades están enumerados en el art. 75, en 4 numerales. En el primero se dispone que podrá obtener información sobre el estado del proceso y las resoluciones recaídas. De acuerdo al segundo, podrá proponer prueba en el acto de manifestar su condición de víctima. Asimismo, puede coadyuvar con el Ministerio Público, poniendo a disposición de éste las pruebas que obtenga con posterioridad a la oportunidad referida en el numeral anterior. Y, por último se le acuerda la posibilidad de solicitar medidas cautelares sobre los bienes del imputado.

De acuerdo con esta enumeración y con el resto del articulado, la víctima no adquiere en ningún caso la calidad de parte, no tiene legitimación para recurrir y no se le confiere una posibilidad efectiva de contralor del Ministerio Público.

El Código optó por el ejercicio separado e independiente de la acción penal y de la acción civil emergente del delito (art. 11), sin perjuicio de las medidas cautelares que el damnificado puede solicitar en sede penal.

En efecto, tiene la posibilidad de solicitar medidas cautelares (arts. 75, 222 y 223) sobre bienes del procesado para lo cual se asigna expresamente competencia al juez que está conociendo en la causa penal. Luego de adoptadas estas medidas en sede penal, el ofendido dispondrá de un plazo de 30 días para plantear la demanda correspondiente en sede civil conforme al sistema general del art. 311.2 del Código General del Proceso.

Asimismo y de acuerdo a lo previsto en el art. 247.2, para la operatividad del inc. 2º del art. 49, que establece el principio de oportunidad —como ya se explicitara en el punto 1.1.1 del informe—, el juez podrá hacer ingresar a la víctima a la audiencia de resolución de la situación del imputado.

Además, de acuerdo a lo previsto en el art. 243.1 cuando el Ministerio Público renuncia a formular requerimiento de iniciación de actividades procesales, la víctima puede formular petición fundada de reexamen del caso dentro del plazo

de 20 días (art. 243.3). Si el fiscal persiste, en dictamen fundado enviará los elementos que obren en su poder al fiscal subrogante, para su revisión. El subrogante dispondrá de 30 días y puede mantener fundadamente el criterio anterior, o formular requerimiento. Si se mantiene —en forma fundada— el criterio originario, los elementos se remitirán al tribunal que hubiera debido entender en el caso, para que éste controle el trámite y, si hay irregularidad, dé cuenta al fiscal de corte, quien podrá ejercer los controles internos pertinentes.

En síntesis, la víctima puede operar como factor condicionante en la renuncia al requerimiento de inicio de actividades procesales y en el ejercicio del principio de oportunidad previsto en el inc. 2° del art. 49.

De acuerdo a lo expuesto, poca ha sido la vocación de cambio que ha demostrado el legislador respecto del papel que debe cumplir la víctima dentro del sistema procesal penal, pues la solución no difiere sustancialmente del régimen anterior.

3.6. Ejecución penal

La etapa de ejecución se encuentra prevista en los arts. 291 a 336 del nuevo Código, iniciándose a partir de la sentencia condenatoria ejecutoriada.

La innovación más importante es la referida a la competencia, prevista en el art. 27, que dispone: "Los juzgados letrados de ejecución y vigilancia en Montevideo y los juzgados letrados de primera instancia en los demás departamentos, hasta tanto no se establezca un régimen similar al de la Capital, conocen en la etapa de ejecución de las sentencias".

En consecuencia, en Montevideo será un juez especializado el que conozca en esta etapa y no el que actuó en la investigación, procesamiento y sentencia, como sucedía en el sistema derogado y seguirá sucediendo, por ahora, en el resto del país.

Vigente el nuevo Código, será necesaria la creación legal de los nuevos tribunales diseñados. Por ello, el art. 372.3 prevé que mientras no se proceda a esta creación, seguirá aplicándose el régimen anterior. De modo que el avance que

significa la sanción de esta norma, queda supeditado a la efectiva acción legislativa en este sentido.

De acuerdo al art. 292, la actuación procesal del juez de ejecución comprende los actos destinados a promover el cumplimiento de condenas penales y el trámite y la decisión de las cuestiones supervenientes relativas a las penas y las medidas de seguridad.

En la ejecución de la pena privativa de libertad —sanción con la que se castiga la inmensa mayoría de los hechos delictivos— se plantea un amplio elenco de actividades jurisdiccionales: la liquidación de la pena, los incidentes relativos al cumplimiento en libertad de la sanción a través del otorgamiento de la libertad condicional, libertad anticipada y suspensión condicional de la ejecución de la pena.

La competencia del juez incluye también las actividades relativas a otras penas, como sustitución de la pena de multa por pena de prisión, penas accesorias de inhabilitación o suspensión y los cometidos referidos a algunas hipótesis de extinción de la pena tales como la remisión por casamiento y la prescripción.

Igualmente, le compete la temática referida a las medidas de seguridad, para supervisar los órganos encargados de su cumplimiento, a través de informes que resultan esenciales para decretar el cese de la medida.

En cuanto a los denominados "cometidos de vigilancia", el art. 294 prescribe la competencia jurisdiccional vinculada directamente al sistema penitenciario, es decir, en cuanto a los derechos y obligaciones de los reclusos y el régimen de reclusión.

No cabe duda que este juez tendrá en relación a los penados estos cometidos, pero no así respecto a los procesados —que en nuestro país constituyen la mayoría de la población carcelaria— para quienes son de aplicación solamente algunas de estas normas. Si a ello agregamos que nuestro sistema carcelario se encuentra en crisis absoluta y que la distinción entre procesados y penados en cuanto al régimen de reclusión no existe, será bien difícil la consecución práctica y eficaz de estos cometidos, al menos mientras no se modifique el funcionamiento de los establecimientos carcelarios.

La enumeración que efectúa el art. 294, es sin perjuicio de los cometidos que puede asignarle otras leyes; comprende:

- 1) Salvaguardar los derechos de los internos que cumplan condena, medidas de seguridad o prisión preventiva, dando cuenta, en este último caso al juez competente de los abusos y desviaciones que, en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario, pudieren producirse.
- 2) Resolver en única instancia, a propuesta del director del establecimiento, las sanciones disciplinarias superiores a 10 días. Recibir las peticiones y quejas que los internos formularen en relación con el régimen y tratamiento penitenciario, en cuanto afecta a los derechos fundamentales, y dar cuenta al tribunal competente (inc. 4°). Realizar las visitas o inspecciones a los establecimientos carcelarios, todas las veces que lo estime necesario, por lo menos una vez cada 30 días (art. 295 inc. 8°).

A estas tareas se agrega la de vigilar el desarrollo de la labor que realicen en la tarea de clasificación, diagnóstico y tratamiento del recluso, los centros encargados de esas tareas. Resolverá también, con informe del director del establecimiento penitenciario, la clasificación y progresiones o regresiones de las distintas etapas del tratamiento.

En cuanto a las autorizaciones, corresponde también al juez de vigilancia, autorizar: a) las salidas laborales o domiciliarias de los reclusos; b) el traslado del interno a otro establecimiento carcelario o la internación hospitalaria, salvo en casos de urgencia, y c) la salida del país del penado.

Antes de la sanción de esta ley, vigente el Código anterior, la autoridad administrativa a cuyo cargo se encuentran los establecimientos penitenciarios resultaba competente para realizar estos cometidos, de acuerdo con el texto de la Ley Penitenciaria 14.470, por lo que la modificación puede significar una gran mejora, por lo menos para los internos penados.

El beneficio de la libertad condicional mantiene, en general, las características anotadas en el punto 2.4 de este informe. Se han producido variantes en cuanto a la competencia, por cuanto si la pena es de prisión o menor a 4 años de penitenciaría, resulta competente directamente el juez de ejecución. Si fuera mayor a 4 años de penitenciaría, quien entenderá en su otorgamiento es la Suprema Corte de Justicia. En caso de resolución denegatoria del

juez, se otorga el recurso de apelación ante la Suprema Corte de Justicia.

La libertad anticipada se mantiene en forma similar al régimen vigente, de acuerdo a lo que surge del punto 2.4 de este informe. Las modificaciones se han producido también en lo referente a la competencia: si la pena es de prisión o de penitenciaría menor a 4 años es competente el juez de ejecución; si es mayor a 4 años de penitenciaría lo es la Suprema Corte de Justicia. Se prevé la apelación de la decisión del juez de vigilancia para ante la Corte. Existen, asimismo, diferencias en la regulación del trámite, de acuerdo al órgano competente.

La suspensión condicional de la ejecución de la pena se regula en forma casi idéntica al Código anterior —también analizada en el punto 2.4.—, reduciéndose el plazo de vigilancia de 5 a 2 años.

El nuevo C.P.P. art. 325, refiere a las penas alternativas, previendo que, en el supuesto que la ley llegue a establecerlas, el tribunal encargado de la ejecución y vigilancia será quien fiscalice su ejecución y vigile su cumplimiento.

3.7. Organización judicial y del Ministerio Público previstos

La aprobación de la reforma no estuvo acompañada de un estudio organizacional y económico, que posibilitara la aplicación concreta del modelo.

No se ha previsto ningún cambio institucional del Ministerio Público, que permanece organizado de la misma forma, tal como se explicitara en punto 1.1.2.

Dado que la médula del funcionamiento del nuevo sistema procesal penal se ha radicado en las sedes judiciales, la Suprema Corte de Justicia ha promovido la gestión de una consultoría para la propuesta de los cambios organizacionales y la determinación de los recursos humanos y materiales que se exigen.

El informe final de dicha consultoría²⁷ fue presentado en abril de 1998, con las sugerencias básicas de infraestructu-

²⁷ Suprema Corte de Justicia - Informe final, pp. 2-90.

ra, sin estimaciones económicas, no pudiéndose efectuar un análisis acabado en la Capital y en el resto de los departamentos del país, por la heterogeneidad de las situaciones existentes. Asimismo, se destacó que el presupuesto del Poder Judicial —que absorbería el costo del financiamiento— tiene una estructura unitaria, lo que no permite discriminar la materia penal. De acuerdo a este informe el número de jueces para la ciudad de Montevideo sería de 24 para el nuevo Código, 3 para seguir conociendo en las causas del anterior sistema y 4 jueces de ejecución y, para el resto del país, se recomienda la creación de 16 cargos de jueces.

En cuanto a la Defensoría de Oficio, se propone la creación de 16 nuevos defensores para Montevideo y 11 para el resto del país.

4. Observaciones jurídico-empíricas

En este ítem, no se han tratado todos los puntos indicados por no haberse podido obtener información empírica confiable.

4.1. Breve desarrollo empírico-jurídico

La regla general en el Derecho positivo uruguayo es que la prisión preventiva constituye una necesaria consecuencia de todo procesamiento. Sin embargo, nunca se ha explicitado esta regla en ninguna norma; las leyes sólo han establecido en forma expresa las excepciones a la regla, pero nunca la regla misma.

Esta grave contradicción entre lo que es la prisión preventiva durante el proceso —una medida provisional— y lo que debería ser —simple medida cautelar—, se encuentra impuesta por la enorme extensión temporal de nuestro proceso penal. En efecto, si no se aplica "esa pena provisoria" que se disfraza como "medida cautelar", prácticamente no se aplicaría pena alguna a los imputados que resulten condenados, puesto que luego del fallo se aplican los beneficios extintivos de la pena.

Hace casi un siglo, comenzaron a dictarse normas que posibilitaron que, en algunas causas por determinados delitos, no se privara de la libertad al reo durante la tramitación

del juicio. Generalmente, estas hipótesis eran aquellas en las que el legislador consideraba oportuno, a su vez, que también se suspendiera condicionalmente la ejecución de la pena. Luego comenzaron a plasmarse en la legislación soluciones más avanzadas, que supusieron la exoneración de prisión preventiva contra el imputado, al inicio del proceso. En esta línea se encuentran las previsiones del art. 71 del Código procesal penal de 1981 —aún vigente—, que establece que no se dispondrá la prisión preventiva del inculpado cuando se trate de: a) faltas; b) delitos sancionados con pena de suspensión o multa; c) delitos culposos, cuando fuere presumible que no recaerá pena de penitenciaría. Asimismo, y en forma coordinada, el art. 73 del referido Código prevé lo que denomina "Medidas sustitutivas", que puede disponer el juez y que se explicitan —según parte de la doctrina— de la siguiente manera: a) prohibición de salir del domicilio durante determinados días, sin perjudicar el cumplimiento de sus obligaciones ordinarias, prohibición que tiene como límite máximo cuarenta días; b) prohibición de ausentarse de determinada circunscripción territorial, de domiciliarse en otra, de concurrir a determinados lugares o de practicar ciertas actividades, así como la obligación de comunicar los cambios de domicilio y de presentarse periódicamente a la autoridad; c) en caso de delitos culposos cometidos por medio de un vehículo, el autor podrá ser privado del permiso de conducir por un lapso de 1 a 12 meses, sin perjuicio de lo que se disponga en la sentencia definitiva. La violación de cualquiera de estos deberes podrá ser causa suficiente para decretar la prisión preventiva del encausado.

Sin embargo, estas normas no desvirtuaron la regla general de la prisión preventiva para todos los procesados, antes bien, reafirmaron la naturaleza implícita de medida provisional, pues las medidas sustitutivas son aplicadas a un individuo que aún no ha sido condenado.

Entre los años 1987 y 1989 se dictaron las leyes 15.859 y 16.058 —derogadas por el nuevo Código pero actualmente vigentes—, que agregan otras hipótesis en las cuales el juez podrá no disponer la prisión preventiva.

En mérito a esta normativa, se le atribuye al juez la facultad reglada de no imponer encarcelamiento preventivo, cuando concurren simultáneamente las siguientes circuns-

tancias: a) si fuere presumible que no habrá de recaer pena de penitenciaría; b) si a juicio del magistrado, los antecedentes del procesado, su personalidad, la naturaleza del hecho imputado y sus circunstancias hicieren presumir verosimilmente que no intentará sustraerse a la sujeción penal, ni obstaculizar de alguna manera el desenvolvimiento del proceso; c) si a criterio del juez, del examen de las circunstancias mencionadas en el literal b) se pudiera inferir que el procesado no incurrirá en nueva conducta delictiva. No obstante lo dispuesto precedentemente, el juez decretará la prisión preventiva, cuando el hecho que se imputa hubiere causado o pudiere causar, a juicio del magistrado, grave alarma social y si se tratare de procesado reincidente o que tuviere causa anterior en trámite.

Posteriormente, se sancionó la ley 16.707 del 12 de julio de 1995, denominada de Seguridad Ciudadana, que modificó los arts. 138 y 139 del Código de 1981, haciendo más restrictivas las posibilidades de excarcelación del procesado sometido a prisión preventiva, pues se introducen criterios valorativos de la peligrosidad del agente y sus posibilidades de reinserción, así como la revocación de la libertad, si el reo comete un nuevo delito luego de haber sido excarcelado provisionalmente en una causa. Esto supone una orientación represiva de la legislación, fundamentada una vez más en la consideración de la prisión preventiva como pena anticipada.

El nuevo C.P.P. (arts. 184 a 212), regula lo que se denomina medidas limitativas de la libertad física, recogiendo la normativa anterior en cuanto a la procedencia de la prisión preventiva (art. 194). Prevé además que, en caso de que ésta no se aplique, corresponde imponer al imputado medidas restrictivas de la libertad física (art. 194) las cuales se enumeran en el art. 185 incs. 1° a 8°) y van desde la constitución de domicilio ante el tribunal y la obligación de poner en conocimiento de éste cualquier modificación, hasta la prestación de tareas comunitarias no remuneradas, con la conformidad expresa del imputado. Incluso, algunas de estas medidas limitativas (art. 185 incs. 2° y 3°) que implican la prohibición de ausentarse del territorio nacional sin autorización del juez, y el deber de presentarse periódicamente, por lo menos una vez por mes ante la autoridad que se le

indique, pueden ser impuestas antes del procesamiento (art. 191). Por otra parte, las previsiones relativas tanto al cese de las medidas limitativas de la libertad como de la prisión preventiva están en directa relación con la pena con la que será presumiblemente sancionado el agente (art. 200).

La concepción del encarcelamiento preventivo en la nueva ley es claramente la de una medida provisional relacionada directamente con la pena a que presumiblemente será condenado el imputado y que deviene como consecuencia del procesamiento. En consecuencia, fuera de las críticas y observaciones referidas en el punto 3.1. de este informe, ello colide también con las normas que consagran la presunción de inocencia, como garantía básica del proceso penal.

En mérito a la duración irracional del proceso penal, la población carcelaria de nuestro país en el año 1990, se nutría de un 90 % de procesados sin condena, lo que nos coloca en una situación de raro "privilegio" en relación con los parámetros internacionales. Este porcentaje no ha sufrido grandes variantes.

En efecto, de acuerdo a las estadísticas oficiales, en el mes de agosto de 1995 la suma total de internos en el establecimiento de reclusión de "Santiago Vázquez" —donde se aloja más de la mitad de la población carcelaria de nuestro país—, era de 1.463, de los cuales 1.313 eran procesados (88,9 %) y 164 condenados (11 %).

De acuerdo a investigaciones realizadas por la Universidad de la República se ha podido comprobar que la duración promedio de la preventiva es de 5 meses y que los delitos contra la propiedad —especialmente el hurto— significan el 70 % de las causas que se tramitan en las sedes penales.

Nuestro país está organizado políticamente en forma unitaria y tiene como característica esencial la macrocefalia capitalina.

En el último censo de población realizado en el año 1993, surgió que el número total de habitantes era de 3.175.050 y el de la capital de 1.383.660.

La organización de la justicia penal para Montevideo está compuesta actualmente por 21 jueces y 15 fiscales, lo que arroja un número de 1,51 jueces y 1,08 fiscales cada 100.000 habitantes para la ciudad capital.

4.2. Problemas y deficiencias del procedimiento vigente

El C.P.P. —todavía vigente—, se apartó del programa socio-político de nuestra Ley Fundamental, conservando la rutina de la forma de proceder colonial. Los principios materiales de la inquisición están claramente recepcionados: la persecución penal pública y la averiguación de la verdad histórica; los que a su vez determinan la función del estado y la forma de aplicación del castigo.

Es así que en nuestro ordenamiento procesal penal, encontramos rasgos de la legislación colonial, tales como la organización fuertemente vertical de los tribunales, en algunos casos con controles de oficio, sin necesidad del recurso del agraviado y mecanismos legales para imponer a los tribunales inferiores la forma de decidir los conflictos, de acuerdo a la decisión de los superiores en casos similares.

El procedimiento escrito tiene como consecuencia la falta de intermediación entre las partes y el juez, y también la delegación de funciones. A ello debe agregarse la falta de publicidad, indispensable elemento de contralor de la administración de justicia y la inusitada demora en la tramitación de los juicios.

El sistema no establece diversificación de roles y, por añadidura, el juez realiza la investigación; adopta la decisión final y supervisa la etapa de ejecución, con el peligro evidente de la autoimplicación.

A pesar del saludable impacto provocado por la ratificación del Pacto de San José de Costa Rica, la legislación uruguaya continúa atada a este sistema históricamente superado.

Casi nadie discute en la actualidad la necesidad imperiosa de su reforma, pero se plantearon diferentes opciones para su realización.

El nuevo C.P.P. fue sancionado el 16 de diciembre de 1997 y la circunstancia de que aún no haya entrado en vigencia, obstan a la formulación de conclusiones, remitiéndonos a las consideraciones jurídicas formuladas en el punto 3 de este informe.

No obstante, en cuanto a la operativa del nuevo régimen, cabe primeramente destacar el cambio en el modo de

actuar de jueces y fiscales, cuyos roles emergen rediseñados. Ese cambio, consistente en la adopción del proceso por audiencias como modalidad natural de la actividad procesal, al igual que —aunque retaceado y jaqueado desde varios ángulos— un modelo estructural predominantemente acusatorio, parece responder más adecuadamente a las características del objeto del proceso penal.

Ahora bien, es sabido que la instauración de un régimen procesal de audiencias, para ser eficaz, se halla indisolublemente ligado a que se establezca un correcto vínculo entre el número de asuntos y el de operadores del sistema, lo que trasunta la importancia de todos los aspectos organizativos de la entrada en vigencia de la nueva ley y la relevancia del régimen intermedio que se adopte.

En el área procesal penal, este sistema no deja de estar condicionado por circunstancias tales como la ilustración previa del actor ignorante de los hechos, la urgencia de la indagatoria y la exigüidad de los plazos constitucionales en supuestos de detención, el nuevo rol de jueces y fiscales, la necesaria coordinación entre la labor de los jueces fuera y dentro de audiencia, sus contactos con la policía y la permanencia del centro de actividades en las oficinas judiciales, pese a la adopción atenuada del sistema acusatorio.

Deviene esencial el manejo del tiempo por parte del juez y de los demás sujetos, pues de lo contrario se tornará imposible en la práctica, la previsión en la realización de audiencias, que pueden derivar de la forzada ignorancia de cuál habrá de ser el trabajo de cada día, su contenido, sujetos, etcétera.

También es cierto que suscita desde ya, ciertas prevenções, la falta de atención a la realidad del interior del país, defecto que se infiere de algunas disposiciones la nueva ley y la incidencia negativa de otras en la eficacia misma de la indagatoria preliminar, concebida con importantes innovaciones de origen autóctono.

En definitiva, los temas procedimentales se hallan indisolublemente ligados a los organizativos, de los cuales depende en gran medida el éxito o fracaso de las leyes, los cuales aún no se han emprendido en nuestro país para lograr la implementación práctica del nuevo Código del Proceso Penal.

5. Referencias bibliográficas

- BINDER, A.: "Funciones y disfunciones del Ministerio Público", en AA.VV.: *Para una nueva justicia criminal*, Santiago de Chile, 1994.
- CAFFERATA NORES, J.: "El principio de oportunidad en el Derecho argentino", *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, 1996/A.
- GELSI BIDART, A.: *Proceso penal. Aproximación al funcionamiento*, Montevideo, 1997.
- GROS ESPIELL, H., y ARTEAGA, J.: *Esquema de la evolución constitucional del Uruguay*, Montevideo, 1991.
- MAIER, J. B. J.: *Derecho procesal penal - Fundamentos*, t. I, Buenos Aires, 1996.
- "El sistema acusatorio en Iberoamérica", *XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Bogotá, 1996.
- MINVIELLE, B.: "La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el enjuiciamiento penal", *Doctrina Penal*, año XI, n^{os} 41-44, Buenos Aires, 1988.
- PELLEGRINI, A.: "La instrucción procesal penal", *XIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Argentina, 1994.
- PÉREZ PÉREZ, A.: *Constitución de 1967 de la República Oriental de Uruguay, actualizada con las reformas de 1989, 1994 y 1996*, Montevideo, 1997.
- Suprema Corte de Justicia, Informe final de Consultoría - Requerimientos humanos y materiales para el nuevo C.P.P., Montevideo, 1998.
- TOMÉ, E.: *Código de Instrucción Criminal anotado con jurisprudencia*, Montevideo, 1926.
- VARELA MÉNDEZ, E.: "Las garantías constitucionales del proceso penal", *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, n^o 2/86, Montevideo, 1986.
- VÉSCOVI, E.: "El Ministerio Público y Fiscal", *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, n^o 2/90, Montevideo, 1990.

5.1. Sobre el C.P.P. vigente

- ARLAS, J.: *Curso de Derecho Procesal Penal*, t. I, Montevideo, 1993.
- BARRIOS DE ANGELIS, D.: "Lineamientos del Código del Proceso Penal", en AA.VV.: *Curso sobre el Código del Proceso Penal. Ley 15.032*, Montevideo, 1982.

- FERNÁNDEZ, G. D.: *Seguridad ciudadana y reforma procesal*, Montevideo, 1995.
- STIPANICIC, E.: "Plenario", en AA.VV.: *Curso sobre el Código del Proceso Penal. Ley 15.032*, Montevideo, 1982.

5.2. Sobre el nuevo C.P.P.

- BERMÚDEZ, V.: "El Ministerio Público en el nuevo Código del Proceso Penal", *Revista Judicatura*, n^o 39, Montevideo, 1998.
- GREIF, J.: *Código del Proceso Penal, Ley 16.893*, Montevideo, 1998.
- LANDEIRA, R.: "El principio de oportunidad y el nuevo Código del Proceso Penal", *Revista Judicatura*, n^o 39, Montevideo, 1998.
- "El sistema procesal penal uruguayo y su reforma", *Revista de Derecho del Mercosur*, año I, n^o 2, La Ley, Buenos Aires, 1997.
- SIMÓN, L.: "Régimen de audiencias en el proceso penal", *Revista Judicatura*, n^o 39, Montevideo, 1998.

6. Legislación

- Ley 13.751, del 11 de julio de 1969. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Ley 14.068, del 10 de julio de 1972. Seguridad del Estado y Orden Interno.
- Decreto ley 14.470, del 11 de diciembre de 1975. Ley Penitenciaria.
- Decreto ley 15.032, del 7 de julio de 1980. Código del Proceso Penal.
- Decreto ley 15.365, del 30 de diciembre de 1982. Orgánica del Ministerio Público.
- Ley 15.737, del 8 de marzo de 1985. Ley de Pacificación Nacional - Pacto de San José de Costa Rica.
- Ley 15.750, del 24 de junio de 1985. Orgánica de la Judicatura y de Organización de los Tribunales.
- Ley 15.859, del 31 de marzo de 1987. Procesamiento sin Prisión.
- Ley 16.058, del 27 de agosto de 1989. Procesamiento sin Prisión.

Ley 16.099, del 4 de diciembre de 1989. Delitos de Comunicación y su Procedimiento.

Ley 16.707, del 12 de julio de 1995. Seguridad Ciudadana.

Ley 16.893, del 16 de diciembre de 1997. Código del Proceso Penal.

VENEZUELA

POR SERGIO BROWN CELLINO

Venezuela en la óptica de uno de sus grandes pensadores —Mariano Picón Salas— accedió al siglo xx en 1935, a la muerte de Juan Vicente Gómez y su dictadura de 27 años. Si en vez de un nacimiento político pensamos en uno procesal, debemos concluir que amanece el siglo veinte para Venezuela con la promulgación del Código Orgánico Procesal Penal, el 23 de enero de 1998. Este informe, que se ceñirá a los lineamientos aprobados en la reunión de 5 al 7 de noviembre de 1997, en Santiago, Chile ("Proyecto Temático"), describirá, y puntualmente valorará, la pervivencia de un sistema inquisitivo y el tardío nacimiento de uno acusatorio formal. Ello connotará el recorrer un *iter* procesal que va de un sistema mixto (de marcada inclinación inquisitiva), a uno inquisitivo casi puro producto de reformas legislativas enteramente coyunturales y pragmáticas, anémicas en principios. Un sistema del que puede predicarse de su efectividad, de su praxis, de su realidad, que fue tan ineficiente como irrespetuoso de las garantías ciudadanas. Esta realidad procesal explica el permanente cuestionamiento de Venezuela por la comunidad internacional: el proceso penal venezolano no cumplía con el baremo de los derechos humanos.

1. Bases político-jurídicas del procedimiento penal. Principios procesales penales y debido proceso constitucional

El Código de Enjuiciamiento Criminal (C.E.C.), que rigió hasta el 1° de julio de 1999, databa de 1926 con reformas

"cosméticas" en los años 1954, 1957 y 1962 que remarcaron su tinte inquisitivo, Código que nace en una dictadura e igual rige en un período de transición (1936-1945); en un período democrático (1945-1948); durante una férrea dictadura (1948-1957) y en el sistema democrático actualmente imperante; ello revela, entre otras cosas, una subestimación política del proceso penal. Lejos está de ser para nosotros un "barómetro de los elementos corporativos o autoritarios de la Constitución" (Goldschmidt) o un "sismógrafo de la Constitución" (Roxin).

Se le consideró como un instrumento "neutro" para la actuación del Derecho material en su variante únicamente represora, y no como un método para legitimar la máxima injerencia del Estado en la persona del ciudadano que, por su grado de intensidad, debe estar revestida de "escudos protectores" (garantías procesales). Por supuesto, los destinatarios de la crítica son los demócratas, porque los dictadores se sienten a sus anchas en el secreto de las actuaciones y en la oscuridad de las mazmorras: la publicidad y la transparencia son propias de un Estado social y democrático de Derecho.

El proceso penal venezolano tiene sus raíces en las leyes de enjuiciamiento españolas (1850 y 1872) y, a la manera del Código de Instrucción Criminal francés (1808), se estructura en una fase de sumario y en un juicio plenario. Un juez de instrucción cumple con la función de investigar y un juez de primera instancia con la de juzgar los hechos materia de los cargos que formula un fiscal del Ministerio Público.

Sucesivas reformas pervirtieron el carácter mixto —predominantemente inquisitivo— del proceso, transformándolo en uno puramente inquisitivo. Una reforma del procedimiento (1957) facultó a los jueces para valorar la prueba obtenida en el sumario si no era desvirtuada en el plenario; otra reforma, esta vez de la organización judicial (1987), suprimió con el pretexto de celeridad a los jueces de instrucción; confundiendo así en el juez de primera instancia las funciones de instruir y de juzgar. De modo que lo que era preparatorio del juicio (el sumario) devino en principal y definitivo. En Venezuela el proceso penal terminaba materialmente con el auto de detención (auto de procesamiento en otros lares), confirmado o dictado por el tribunal de alzada, puesto que el ple-

nario se convirtió en un mero ritual, vacío de contenido (Brown y Rosell, p. 31).

Esta situación procesal no constituyó sólo un atentado flagrante a principios procesales —postulados por autores del siglo XIX (Zacharie, citado por Schmidt, p. 194)— sino al derecho positivo emanado de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (C.A.D.H.), Pacto de San José de 1969 (Ley Aprobatoria publicada de Gaceta Oficial de 14/6/77); y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (P.I.D.C.P.) de 1966 (Ley Aprobatoria publicada en Gaceta Oficial de 28/1/78), que consagraron un bloque de garantías procesales mínimas que Venezuela se obligó a proteger y garantizar y no sólo a proclamar retóricamente. Estas garantías procesales, así positivizadas, gozan según la mejor doctrina nacional (Nikken, p. 46) y (Rosell, p. 105) de jerarquía constitucional, a tenor de lo dispuesto en el art. 50 de la Constitución: "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". De entenderse entre nosotros a la Constitución como una norma (García de Enterría, pp. 105 y ss.), inmediatamente justiciable, el contenido de los pactos hubiese tornado inviable el proceso penal. No fue así, pese a la prístina contradicción el C.E.C. sobrevivió con todo su bagaje medieval.

De esto puede inferirse que en Venezuela la tensión resultaba comprendida entre la normatividad (legalidad) y la efectividad (realidad), como en otras partes; y también —y aquí la compañía se reducía— entre el derecho que debe ser (Constitución y pactos) y el derecho que es (C.E.C.), como se expone.

1.1. Persecución penal pública y privada. Monopolio acusatorio del Ministerio Público. Legalidad y oportunidad. Organización del Ministerio Público. Función de la policía, organización y dependencia política. Persecución penal privada en el sistema penal

El Estado ejerce el monopolio persecutorio (Maier, p. 818): su interés en la actuación del Derecho penal prima sobre

cualquier otro. Este monopolio propio de la Inquisición sobrevivió a las reformas liberales del siglo XVIII (ibídem), que lo adoptaron como suyo.

El C.E.C. preveía como "modos de proceder" el procedimiento de oficio (que se traduce en un auto de proceder del propio juez de Instrucción ante una *notitia criminis*), la denuncia y la acusación o querrela (que convierte en parte a quien la presenta). Podían agregarse como modos de proceder: *i*) Requerimiento de parte ante el fiscal del Ministerio Público (ofensa al honor, reputación o decoro del Presidente de la República, de un miembro del Congreso y otros funcionarios, art. 223 Código Penal —C.P.; vilipendio político, art. 226, C.P.; injuria contra funcionario público, art. 147, C.P.); *ii*) por denuncia o simple información del agraviado o sus representantes, pese a ser delitos perseguibles a instancia de parte (violación, arts. 375, 376, C.P.; actos lascivos, art. 377, C.P.; acto carnal, art. 377, C.P.; seducción con promesa matrimonial, art. 379, C.P.; raptó, arts. 384 al 387, C.P.; corrupción, arts. 388 al 391, C.P.); *iii*) por denuncia de parte interesada (emisión de cheque sin provisión de fondos; aceptación de cheque sin provisión de fondo y frustración del pago de cheque; todos ellos tipificados en el art. 446 del Código de Comercio). A estos modos habría que agregar los delitos de acción privada *strictu sensu*, cuyo enjuiciamiento está condicionado a la presentación de una acusación o querrela (Fierro, pp. 2.19); v. gr., adulterio, difamación, injuria.

El C.E.C. contemplaba el principio de legalidad procesal en su art. 74: "Todo funcionario de instrucción está en el deber de dictar sin pérdida de tiempo, auto de proceder a la averiguación sumaria, cuando... *omissis*... de cualquier modo supiere que en su jurisdicción se ha cometido un hecho punible que no sea de los que sólo pueden enjuiciarse por acción dependiente de la acusación o querrela de la parte agraviada o a instancia del Ministerio Público".

El principio de oportunidad no era conocido, ni siquiera para la doctrina. Sin perjuicio de ello, puede citarse como manifestaciones de oportunidad: *i*) El sumario militar no puede iniciarse sin la orden previa de abrir la averiguación dictada por la autoridad militar competente, no por el juez *ex officio* (art. 163, Código de Justicia Militar —C.J.M.—). *ii*) La facultad que tiene, en ciertos supuestos, el Presidente de la

República, una vez terminado el sumario militar, para resolver la continuación del proceso o su suspensión y consiguiente archivo (art. 224, C.J.M.). *iii*) El procedimiento de entrega vigilada de drogas, por el cual el juez autoriza la falta de persecución del hecho para permitir la captura de los destinatarios de la droga y de otros partícipes (art. 74 Ley Orgánica de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas).

El Ministerio Público es un organismo constitucionalmente autónomo (art. 218, Constitución) a cargo y bajo la dirección y responsabilidad del fiscal general de la República, funcionario éste elegido por el Congreso Nacional para un período constitucional (5 años).

Existen entre sus atribuciones algunas propias de un *ombudsman* ("Velar por el respeto de los derechos y garantías constitucionales"); y otras de un acusador público ("Ejercer la acción penal en los casos en que para intentarla o proseguirla no fuere necesario instancia de parte, sin perjuicio de que el tribunal proceda de oficio cuando lo determine la ley"). Se trata de un organismo centralizado y rigurosamente jerárquico. De independencia gozaba sólo el máximo jerarca, puesto que los fiscales son funcionarios de su exclusiva confianza y, por ende, de libre nombramiento y remoción. Aparte de ello, existía una absoluta vinculación a las instrucciones de los superiores jerárquicos, lo que desdice el valor justicia —del que deben ser portadores los fiscales— en virtud del cual sus facultades requirentes deben ejercerlas según su ciencia y conciencia y bajo su responsabilidad (Roxin, pp. 49 y ss.). No existe la carrera del Ministerio Público. Operan 390 fiscales, no todos ellos con funciones ante los tribunales. Así, el Ministerio Público cuenta con 5 Direcciones Operativas (Dirección General de Derechos Humanos; Dirección General de Defensa del Ciudadano, la Sociedad y el Ambiente; Dirección General de Control de Responsabilidad de Funcionarios y Empleados y Dirección General de Inspección); y 2 Coordinaciones Generales para la atención de solicitudes (Coordinación General del Sumario y Coordinación General de Atención y Orientación al Público).

En lo estrictamente relacionado con el proceso penal, el aporte era prácticamente nulo para la averiguación y para restar parcialidad al juez. Su trabajo consistía en leer expedientes y elaborar dictámenes (Binder, pp. 161 y ss.).

Bajo la denominación de policía judicial —legalmente subordinada a los jueces a cargo de la instrucción— se comprenden diversos órganos policiales: El Cuerpo Técnico de Policía Judicial, las Fuerzas Armadas de Cooperación, las autoridades de tránsito y la Dirección de Identificación Nacional y Extranjería, como órganos principales con plenas facultades de instrucción. Prima sobre todos el Cuerpo Técnico de policía judicial. Entre los órganos auxiliares de policía judicial pueden mencionarse a la Dirección de los Servicios de Inteligencia y Prevención del Estado y las Autoridades de Policía Estadual y Municipal. Éstos sólo pueden realizar las averiguaciones iniciales de necesidad y urgencia respecto del hecho y de sus autores. Entre todos estos órganos descuella el Cuerpo Técnico de Policía Judicial por su alcance nacional, su capacidad operativa, medios materiales y laboratorios científicos. Se merma su potencial al asignársele labores de prevención (v. gr., patrullaje de calles). Está adscrito al Ministerio de Justicia, o sea, pertenece al Poder Ejecutivo al igual que la mayoría de los órganos policiales. Sólo los estaduais y los municipales no pertenecen al Poder Ejecutivo nacional, sino al estadual (regional, gobernaciones) y municipal, respectivamente.

1.2. Garantías individuales del imputado

En este topos es donde se tornaba patente el distanciamiento entre legalidad y realidad (y también entre el derecho que debe ser y el derecho que es). Constitución y pactos internacionales por un lado, C.E.C. por otro, y por un tercer andarivel la rutina forense y policial. En suma, el reino del fraude de etiquetas. El derecho de defensa, garantía nuclear *kat'exojen*, garantía de las garantías, tiene carta de ciudadanía constitucional: "La defensa es derecho inviolable en todo estado y grado del proceso" (art. 68, Constitución). Esta hoja de acero es mellada por el desarrollo legislativo del precepto. Así, se facultaba a la Policía Judicial para "tomar declaración informativa a los sindicatos" (art. 75-D-a, C.E.C.); sin asistencia de un defensor letrado, presencia que era obligatoria sólo en la declaración indagatoria (art. 68 ord. 1, C.E.C.). Si la declaración ante la policía judicial contenía una confesión, ésta podía valorarse "como un indicio más o menos gra-

ve, según el carácter de la persona que la hizo y los motivos y las circunstancias en que se encontraba y que pudo tomar en cuenta" (art. 247, C.E.C.). Severa limitación al derecho de defensa era el secreto de las diligencias del sumario hasta que éste se declare terminado, salvo para el Ministerio Público (en todo momento), y para el procesado desde el momento en que se ejecuta el auto de detención (art. 73, C.E.C.). El legislador podía fijar un momento anterior a la ejecución por cuanto la garantía constitucional establece un límite máximo de reserva (art. 60 ord. 1, Constitución). Mero paliativo constituían las disposiciones de los arts. 5° de la Ley de Policía Judicial y 43 ordinal 3 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, referidas al derecho del detenido a comunicarse con su abogado. Como paradoja —dada su manifiesta represividad— la Ley Orgánica de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas dispone que para la validez de la declaración del imputado se requiere, *inter alia*, la firma de un abogado de su confianza (art. 145 parágrafo único, n° 1).

La presunción de inocencia, que ya receptaba la Constitución de Venezuela de 1811, resucitada por declaraciones y pactos suscritos por la República, era desconocida en la realidad, en la cual impera su contraria, esto es, la presunción de culpabilidad. El trato que se le otorga al imputado (como culpable) y el considerar a la prisión preventiva como regla y a la libertad como excepción, son suficiente aval de lo aseverado.

El derecho de no declarar del inculcado, como libertad de declaración negativa (*Eser*), es un derecho individual de carácter constitucional: "Nadie podrá ser obligado a prestar juramento ni constreñido a rendir declaración o a reconocer culpabilidad en causa penal contra sí mismo, ni contra su cónyuge o la persona con quien haga vida marital, ni contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad" (art. 60 ord. 4, Constitución). Consecuentemente, el art. 194 del C.E.C. establecía que si el procesado se acogía al precepto constitucional (transcrito *supra*) no se le hará ninguna otra pregunta. Asimismo, se dejará constancia en el acta si "guardare silencio o se negare expresamente a contestar".

Como corolario, a la confesión no puede dársele valor alguno, ni aun como indicio, si no se rindió "libremente y sin juramento" (art. 247 ord. 1, C.E.C.); y, en ningún caso, pue-

de acordarse "que el reo absuelva posiciones..." (art. 249 C.E.C.). Tampoco cabe el reconocimiento tácito de un documento privado (art. 253 *ejusdem*).

Las limitaciones o prohibiciones probatorias pueden ser absolutas, referidas al *thema probandi*, como la prevista en el art. 445 del Código Penal que no permite al imputado por delito de difamación la prueba de la verdad o notoriedad del hecho difamatorio, salvo excepciones que el citado artículo enuncia taxativamente. Otras veces la ley impedía verificar un objeto de prueba por ciertos medios de prueba: v. gr., como probar el cuerpo del delito mediante confesión (arts. 115 y 247 ord. 2, C.E.C.); o restringe la posibilidad de probarlo a determinados medios de prueba: v. gr., para evaluar los objetos robados, hurtados o sustraídos se requiere de un experto (art. 135, C.E.C.). Estos últimos casos constituían limitaciones o prohibiciones relativas.

La Constitución prohíbe la incomunicación del detenido, la tortura y todo procedimiento que cause sufrimiento físico o moral (art. 60 ord. 3, Constitución). Así, la confesión debe rendirse "libremente y sin juramento" (art. 247 ord. 1, C.E.C.). Por razones éticas y disuasivas deben equipararse los productos probatorios que provienen mediata, pero necesariamente, de la violación de una garantía constitucional (Maier: pp. 695 y ss.): el Estado para perseguir el delito no puede convertirse en delincuente y debe desalentarse a los órganos policiales en el empleo de prácticas ilegítimas.

La inadmisibilidad de la persecución penal múltiple (*ne bis in idem*) tiene jerarquía constitucional: "Nadie podrá ser sometido a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiere sido juzgado anteriormente" (art. 60 ord. 8, Constitución), disposición reforzada por el Pacto de San José (art. 8 n° 4) y por el P.I.D.C.P. (art. 14 n° 7). El precepto constitucional tiene sentido procesal (además del sentido meramente material) y "cubre el riesgo de una persecución penal renovada, cuando ha fenecido una anterior o aún está en trámite" (Maier: pp. 595 y ss). Como corolario, el recurso de revisión no procede en contra del imputado absuelto o del condenado por un delito más leve (art. 56, C.E.C.); y se regulan las excepciones de *litispendencia* (art. 227 ord. 1, C.E.C.) y de cosa juzgada (art. 228 ord. 3, C.E.C.).

La legislación reglamentaria de las garantías establecidas en la Constitución de Venezuela es de la competencia del Poder Nacional, pertenece a la reserva de la ley (art. 136 ord. 24). Sólo en caso "de emergencia, de conmoción que pueda perturbar la paz de la República o de graves circunstancias que afecten la vida económica o social..." el Presidente de la República puede restringir o suspender las garantías constitucionales o alguna de ellas (art. 241, Constitución). En ningún caso la medida de excepción puede afectar al derecho a la vida; al derecho a no ser incomunicado ni sometido a tortura o a otros procedimientos que causen sufrimiento físico o moral; ni al derecho a no ser condenado a penas perpetuas o infamantes o superiores a treinta años de privación de libertad (arts. 58 y 60 ordinales 3 y 7, respectivamente). Estos supuestos de contra excepción han sido ampliados por los pactos internacionales (art. 4°, P.I.D.C.P., y art. 27, C.A.D.H.) que en el Derecho interno tienen jerarquía constitucional (art. 50, Constitución). De modo que en los sistemas democráticos los "escudos de protección" tienen su propio escudo para defenderse de las injerencias estatales.

El control judicial puede adoptar las formas de un control social (publicidad del juicio), estatal (Consejo de la Judicatura), individual (recursos procesales), y de un autocontrol (consulta de sentencias absolutorias o condenatorias, que impongan pena privativa de libertad superior a un año, haya o no apelación; facultades de la Corte Suprema de Justicia para casar de oficio o para advertir a los jueces la infracción cometida). El primer control enunciado era casi nulo, atendido el carácter inquisitivo del proceso (predominantemente escrito y de una fase sumarial secreta). El segundo, ineficaz y distorsionado en su praxis histórica. El tercero, demasiado parcial y restringido por su misma naturaleza. El cuarto, igualmente restringido a conductas puramente procesales.

La defensa pública es cuantitativamente de una debilidad absoluta: su personal letrado no supera las 160 personas, distribuidas en un país de 23.000.000 de habitantes. Jerárquicamente depende del Consejo de la Judicatura, órgano también encargado de asegurar la independencia, eficacia, disciplina y decoro de los tribunales y de garantizar a los jueces los beneficios de la carrera judicial (art. 217, Constitución). El derecho a la defensa goza de carta de ciudadada-

nia constitucional: "inviolable en todo estado y grado del proceso" (art. 68, Constitución). Pese a ello, su concreción es meramente formal, se atiende más a la presencia del defensor en ciertos y determinados actos, que a la materialidad de la defensa, esto es, a la competencia profesional. Si no hubiese en el lugar un defensor público, el juez de oficio designa un defensor (art. 209, C.E.C.). No existe un sistema de abogados de turno o un sistema de pasantías universitarias que coadyuven a la defensa pública.

1.3. Características del "juicio previo" e imparcialidad de los jueces

Este "momento central" había desaparecido entre nosotros. Sucesivas reformas coyunturales desequilibraron la ecuación eficiencia-garantías, con notorio desmedro para éstas, pervirtieron el proceso mixto convirtiéndolo en una inquisición. Verbigracia, fuerza probatoria de las diligencias sumariales, con lo que el sumario de "preparatorio" pasa a ser decisorio, y supresión de los jueces de instrucción, con lo que se unifican los oficios de investigar y juzgar, vulnerando así, palmariamente, el principio del juez imparcial. El diálogo, esencia de todo "juicio", fue reemplazado por el monólogo del inquisidor con base en un "libreto" policial. El concepto de "juicio previo" se tradujo en la sustanciación (trámite) de un expediente, en un agregar folios y abrir piezas (cada 200 folios), para culminar en una justicia de expediente, en una justicia de papel, en una justicia en la que el imputado no tiene rostro (el juez nunca lo ve, y cuando lo hace —en la "audiencia del reo"— no le dirige la palabra). El imputado, de persona de carne y hueso se transformó, por obra y gracia de perversiones procesales, en una declaración contenida en los folios de un expediente. Nunca se imaginó Torquemada que el espíritu de su Reglamento (1484) iba a perdurar por tantos siglos y en lares tan lejanos (Venezuela, Chile) (Brown: p. 229). Como botón de muestra de la tensión que existía entre el derecho que debe ser y el derecho que es, puede contrastarse el derecho al juez imparcial en los pactos (art. 14 ord. 1, P.I.D.C.P. y art. 8° ord. 1, C.A.D.H.), con la disposición que contenía el art. 34 ord. 6, C.E.C.: "no constituirán causal de inhibición o recusación las razones que hayan debido expre-

sar los jueces como fundamento de las decisiones dictadas durante la etapa sumarial".

Huelgan los comentarios, salvo el apuntar que, implícitamente, se ignoraba el contenido normativo de la Constitución al no fulminar por inconstitucionalidad la referida disposición procedimental (art. 50, Constitución: jerarquía constitucional de los tratados que versen sobre derechos humanos).

1.4. Independencia política de los tribunales. Organización judicial

La Constitución proclama la independencia del Poder Judicial y de los jueces (arts. 204 y 205). Las leyes desarrollaban este principio: "El Poder Judicial es independiente de las demás ramas del Poder Público en el ejercicio de sus funciones" (art. 1°, Ley Orgánica del Poder Judicial); "La Corte Suprema de Justicia es el más alto tribunal de la República y la máxima representación del Poder Judicial. Contra las decisiones que dicta, en pleno o en alguna de sus salas, no se oirá ni admitirá recurso alguno" (art. 1°, Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia); "Los jueces gozarán de estabilidad en el desempeño de sus cargos" (art. 3°, Ley de Carrera Judicial). Este desarrollo tiene sólo relación con lo que puede denominarse "independencia externa", o sea, protección frente a interferencias de los otros poderes públicos.

Al respecto dos apostillas: *i)* La cuestión presupuestaria será siempre fuente de mediatizaciones: se requiere de una solución compatible con la necesaria flexibilidad del presupuesto nacional; y *ii)* La "independencia interna" sigue siendo un territorio "ancho y ajeno". Esta última protege a la persona del juez que, como portador de los valores verdad y justicia, es Poder Judicial. Pueden considerarse interferencias serias de la labor jurisdiccional: *i)* El no entender que al momento de juzgar el juez se encuentra sólo con su conciencia, la ley y el Derecho: *superiorem non recognoscens* (Calamandrei, p. 92). *ii)* La actitudes policiales de convocar a ruedas de prensa en donde presentan a imputados como responsables de un hecho, y dan el caso como "policialmente resuelto", formando así la consiguiente matriz de opinión pública que presiona al juez a adoptar una decisión congruen-

te con dicha "sentencia policial". *iii*) En la Ley de Carrera Judicial, art. 36 ord. 2, se disponía: "Para evaluar el rendimiento de los jueces el Consejo de la Judicatura tomará en consideración, entre otros, los siguientes elementos: el número de las sentencias confirmadas, revocadas o casadas, con distinción de las definitivas y las interlocutorias". Esto implica que tener un criterio propio podría significar un rendimiento no satisfactorio. En cambio, la conformidad con las decisiones del juez "superior" —aunque fuesen fundadas en razones jurídicamente erróneas— lo haría transitar por el camino de lo satisfactorio y subir en la escala de la carrera judicial electa. En suma, la actual legislación (también en proceso de reforma) no desarrolla el principio de la independencia judicial en sus vertientes, de modo que sea realmente una garantía para el *sub iudice*.

La organización de los tribunales se caracteriza por su verticalidad. En la cúspide se encuentra la Corte Suprema de Justicia (art. 204, Constitución). El país, que responde a una organización federal (estados), se divide en Circunscripciones Judiciales. En cada una de ellas existían juzgados superiores unipersonales (apelaciones), juzgados de primera instancia (delitos) y juzgados de municipio (faltas y algunos delitos enunciados por el C.E.C.).

2. Síntesis acerca del procedimiento derogado

2.1. Fuentes

Las bases fundamentales del proceso penal se encuentran en la Constitución. Así: *i*) Garantías de la libertad y seguridad personales (art. 60): detención sólo por flagrancia o por orden judicial en los casos y formas legales (ord. 1); prohibición de incomunicar, torturar o causar sufrimiento físico o moral (ord. 3); *nemo tenetur* (ord. 4); juicio previo (ord. 5); interdicción de las penas perpetuas o infamantes y de las que excedan de 30 años (ord. 7); *ne bis in idem* (ord. 8). *ii*) Prohibiciones probatorias (arts. 62 y 63). *iii*) Acceso a la justicia (art. 68 encabezamiento). *iv*) Derecho de defensa (art. 68 *in fine*). *v*) Juez natural (art. 69).

En segundo lugar deberían enunciarse como fuentes del Derecho procesal venezolano la Declaración Universal de De-

rechos Humanos (1948), que tiene fuerza normativa (Nikken); el P.I.D.C.P. y la C.A.D.H. Se emplea el condicional porque, pese a que dogmáticamente tienen jerarquía constitucional, su invocación como baremo y piedra de toque de la legitimidad de una medida coercitiva ha sido más doctrinaria (Rossel, Nikken y Faundez; pp. 17 y ss.) que jurisprudencial. Sus contenidos son aplicados únicamente en la práctica en cuanto sean captados también por la Constitución, el C.E.C. o la legislación especial, y siempre en lectura tan formalista como restrictiva.

Acorde a lo expuesto, la fuente por antonomasia es el C.E.C. El primer Código de Procedimiento Criminal venezolano data de 1863, pero el que tuvo real vigencia es el de 20 de febrero de 1873. La estructura y contenido de este Código se inspiraron en la legislación española de los años 1850 y 1870 (Angulo Ariza, pp. 34 y ss., y Chiossone, pp. 26 y ss.); y, *mutatis mutandi*, permanecían en el Código derogado. La Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882, que construye un procedimiento inquisitivo reformado, no fue tenida en cuenta por las sucesivas reformas que experimentó la ley procesal criminal (1884, 1897, 1911, 1915, 1926 y reformas parciales de 1954, 1957 y 1962).

Constituyen también fuentes del Derecho procesal penal venezolano la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público (L.O.S.P.P. 1982) y la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicos (L.O.S.E.P. 1993), ambas portadoras de sendos procedimientos especiales (*more of the same*). Asimismo, debe citarse el Código de Justicia Militar (1938); la Ley Orgánica de Ministerio Público (1970); la Ley de Policía Judicial (1988); la Ley de Beneficios sobre el Proceso Penal (1993).

2.2. Estructura del procedimiento común. Recursos contra la sentencia

El C.E.C. reproduce las ya clásicas fases de los códigos españoles posteriores a la inquisición tradicional. La primera fase a cargo de un juez de instrucción, auxiliado por la policía judicial (constituida por diversos organismos a los cuales las leyes atribuyen facultades instructoras) que le está

subordinada funcionalmente. La segunda, de responsabilidad de un juez de primera instancia. El sumario tiene como fines el averiguar y hacer constar la perpetración de los hechos punibles, los intervinientes en ellos, con el aseguramiento de sus personas y de los objetos activos y pasivos de la perpetración (art. 71, C.E.C.). La naturaleza de esta fase era preparatoria de lo que el C.E.C. denomina "juicio plenario". El proceso se inicia con un auto de proceder que se dicta a impulso del propio funcionario instructor (de oficio), o de un particular a través de una denuncia o de una acusación (querrela). Este último modo de proceder constituye en parte al que lo emplea. El fiscal del Ministerio Público debe denunciar los delitos que, sin ser de acción privada, no puedan enjuiciarse sino a instancia suya o por acusación de particulares. El C.E.C. enuncia los medios de prueba para comprobar el "cuerpo del delito y la culpabilidad" de los procesados (arts. 115 y 244: inspección ocular, testigos, peritos, documentos, indicios y presunciones. El cuerpo del delito debe estar comprobado para que la confesión pueda acreditar la culpabilidad).

La decisión nuclear del sumario es el "auto de detención" que, como se dirá *infra*, por la perversión que sufrió el proceso se transformó en nuclear de todo el proceso. El juez de instrucción decreta la detención del indiciado si se ha comprobado plenamente la comisión de un hecho punible que merezca pena corporal, sin que haya prescrito la acción, y aparezcan fundados indicios de la culpabilidad de alguna persona (art. 182, C.E.C.). Dentro de los dos días siguientes a la detención (o de la notificación hecha al sometido a juicio de la orden de competencia, si el delito no mereciere pena corporal) el tribunal le toma declaración "indagatoria". El indiciado debe estar asistido de un defensor provisorio de su confianza o designado por el juez, si aquél no lo nombra o el nombrado se excusa, siempre que no exista en el lugar un defensor público. Practicadas todas las diligencias necesarias para cumplir con los fines del sumario, o pendientes algunas, pero transcurridos más de 30 días después de efectuada la detención judicial del procesado, el juez declara concluido el sumario (art. 204, C.E.C.). Con este "auto expreso" concluye la primera fase del proceso.

El juez previene al procesado para que nombre defensor definitivo, o ratifique al provisorio, bajo apercibimiento de designarle uno de oficio siempre que no haya defensor público de presos. Comienza así el "juicio plenario". Aceptado el cargo por el defensor, el fiscal, como el acusador cuando lo haya, deberán presentar en escrito formal los cargos que resulten contra el encausado (en su forma siguen el esquema de una sentencia). El fiscal podría optar por manifestar que no existen méritos para formular cargos por haber sido destruidos los fundamentos del auto de detención; o por estar en presencia de circunstancias de las que, según el Código Penal, quitan al hecho el carácter de punible; o si los fundamentos del auto de detención no fueren suficientes para dictarlo. Si el juez comparte el criterio del fiscal, sobreseerá. Si no participa de él, así lo declarará. En ambas situaciones se consulta con el superior. Si en definitiva la decisión es de no sobreseer, la decisión servirá de base a otro fiscal para la formulación de los cargos. Si se agota la lista de suplentes, el juez nombra a otra persona para que desempeñe la referida función. Presentados los escritos de cargo, se hace comparecer al encausado a la "audiencia del reo", con asistencia de su defensor y de las demás partes.

La audiencia es pública, salvo que la publicidad puede ofender la "decencia pública". Se da lectura a los cargos y luego el reo, o su abogado, plantean su defensa. El silencio de ambos se estima como una negación de los cargos. En este mismo acto pueden oponerse excepciones "dilatatorias" y de "inadmisibilidad". Contestados los cargos se entiende abierta a prueba la causa por el término de treinta días de audiencia (de trabajo del tribunal). En caso de excepciones, se requiere de auto expreso para la apertura. Las partes de consuno pueden renunciar "a pruebas" en el acto de cargos. El C.E.C. detalla la forma de incorporación y la valoración de la prueba. Vencido el término probatorio puede solicitarse que el tribunal se constituya con asociados (2 abogados elegidos por la suerte de una lista de 10 que se forma en cada tribunal) o se pida dictamen a un asesor. Expirado este término, en caso de no ejercerse dicha opción (o desde la constitución con asociados o de la devolución del expediente por el asesor) se fija una audiencia para oír los informes de las partes. Oídos que sean, la causa debe decidirse den-

tro de los 20 días hábiles siguientes. La sentencia debe ser congruente con el hecho o hechos imputados al reo en los cargos, pero puede atribuirle una calificación jurídica distinta. La sentencia debe contener una parte expositiva, otra motivada y una tercera dispositiva. Se pronuncia en audiencia pública.

Los recursos en contra de la sentencia son ordinarios (apelación) y extraordinarios (casación y revisión). Como garantía de los recursos existe el recurso de hecho (*error iuris* en la decisión del *a quo* sobre admisibilidad). Toda sentencia definitiva en primera instancia es apelable (art. 50, C.E.C.) y el recurso no requiere fundamentación, basta expresar la disconformidad. En segunda instancia conoce un tribunal también unipersonal. El centro del procedimiento lo constituye la fijación de una audiencia para oír los informes. Luego de ello, la causa debe fallarse dentro de los 20 días hábiles siguientes. Puede admitirse prueba de documento público, experticia y posiciones (salvo al reo). Tanto en primera como en alzada el tribunal puede decretar medidas para mejor proveer. El recurso de casación se construye de acuerdo al modelo francés. Adopta las especies de forma y de fondo, con sendas enunciaciones de los "casos" (causales, motivos) de procedencia. La impugnabilidad objetiva está sujeta a limitaciones. Puede formularse como regla que son pasibles de ser recurridas: *i*) las sentencias de los tribunales superiores que absuelvan o condenen al procesado cuando se hubiere pedido en cargos (o el acusador particular en su querrela) la aplicación de una pena corporal que exceda de cuatro años (en su límite máximo); o que condenen a penas superiores de este límite cuando se hubiere pedido una pena inferior; *ii*) las sentencias interlocutorias que pongan fin al proceso o hagan imposible su continuación; y *iii*) la sentencia que haya decidido acerca de la excepción declinatoria por incompetencia del tribunal. La tramitación del recurso es compleja y se desarrolla en el *a quo* y en el *ad quem* (Corte Suprema de Justicia), y es predominantemente escrita. Las exigencias relativas a la fundamentación son estrictas, y la jurisprudencia se ha encargado de transformarlas en draconianas en perjuicio del derecho al recurso. Se trata de una casación en que la Corte ejerce el *ius recindens* y reenvía a otro tribunal (que se denomina de Reenvío) para el *ius rescissorium* (salvo art. 349,

C.E.C., y art. 184 de la L.O.S.E.P.) en que se le faculta en determinados casos para dictar una decisión propia sobre el fondo). El recurso de revisión (para algunos acción) es el único que se dirige en contra de una decisión ejecutoriada. Sus causales son las "eternas".

2.3. Noticia sobre procedimientos especiales. Soluciones alternativas al sistema penal. Procedimientos penales en manos de autoridades no judiciales (faltas o contravenciones) y juzgamiento por tribunales militares

El C.E.C. contemplaba los siguientes procedimientos especiales: juicios contra el Presidente de República y otros altos funcionarios (antejuicio en que se "suspende" al funcionario como consecuencia de declarar con lugar el enjuiciamiento y sin ser oído); juicios de responsabilidad por delitos de funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones (informaciones de nudo hecho); procedimiento en la fuga de encausados y sentenciados (pautas sobre paralización o no de la causa y sobre situación de los co-reos); extradición activa y pasiva; procedimiento en caso de pérdida o destrucción del todo o parte de los procesos; juicios correccionales (procedimiento, facultativo para el juez, por delitos sancionados con penas de prisión o arresto hasta por cuatro años, relegación, confinamiento, expulsión del territorio de la República o pena no corporal). Se trata de un procedimiento en que después de contestados los cargos y practicadas las pruebas de experticias, inspecciones oculares y posiciones, debidamente promovidas, comienza el "juicio oral", en sesiones consecutivas, en que se rinde la prueba testimonial y la pericial y se oye los informes de las partes. El fallo se dicta dentro de los 5 días siguientes a la terminación del "juicio oral"; del procedimiento en las faltas y en ciertos delitos (también se trata de un "juicio oral").

El C.E.C. contemplaba, como alternativa al sistema penal, el "corte de la causa en providencia". Esta alternativa debía pedirse por el reo, de acuerdo con su defensor, en el acto de cargos. Procedía si la pena aplicable conforme de los cargos formulados permitía la conversión en amonestación o apercibimiento, esto es, si la pena a imponerse al reo

no excediere de 30 días de arresto, 45 días de confinamiento o 450 bolívares de multa, existieren atenuantes y no concurriere la agravante de reincidencia. El juez debía acordarla en el mismo acto si la encontrare procedente, y consultarla con el "Superior" antes de ejecutarla (art. 255, C.E.C., y 57, C.P.).

Dada la nula operatividad de esta "alternativa," el 25/8/93 se publicó la Ley de Beneficios en el Proceso Penal que creó un nuevo supuesto: la imputación de un delito culposo o de uno doloso que merezca una pena mayor de 30 días de arresto, de prisión o presidio, y que no exceda de 3 años en su límite máximo. Se exige, además, que el reo "reconozca su culpabilidad". En el nuevo supuesto la pena se conmuta por trabajo comunitario (art. 9°).

El procedimiento penal en manos no jurisdiccionales era, por excelencia, la Ley sobre Vagos y Maleantes (1956) que pretendía abordar los estados de peligrosidad "sin delito", mediante la creación de "medidas de seguridad que tengan por objeto la readaptación social de los catalogados peligrosos, en su propio beneficio y en protección de la sociedad" (Exposición de Motivos). Mediante este verdadero fraude de etiquetas (medida de seguridad por pena) se privaba de libertad a un individuo "peligroso" por 5 años (prorrogables por otros 5 a la discreción del Ministerio de Justicia) por la vía meramente administrativa. Esta ley fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia por violación, entre otros preceptos constitucionales, del derecho de defensa, fallo inexcusablemente tardío para un Estado de Derecho (se demoró más de 20 años en la Corte Suprema).

El procedimiento militar estaba regido por el Código de Justicia Militar (1938), reformado el 5/6/67 (parcialmente). Sus fases son, también, sumario y plenario. La primera, a cargo de los jueces militares de primera instancia; y, la segunda, de responsabilidad de los Consejos Permanentes de Guerra. De modo que, paradójicamente, en la justicia militar el principio del juez imparcial (separación de los oficios de instruir y juzgar) aparece más cónsono con los cánones internacionales que el procedimiento ordinario (salvo en los delitos de desertión, desobediencia o insubordinación sin ofensa o ataque por vías de hecho al Superior en los que el

juez militar inquiriere y sentencia). Por otra parte, la independencia de la justicia militar aparecía severamente mediatizada por la intervención del Presidente de la República (de su discrecionalidad depende que la causa se eleve a plenario). Los sucesivos gobiernos democráticos, por regla general, no han abusado, con fines políticos, de este procedimiento, pese a la tendencia del legislador a ampliar el espectro de este fuero en materia de drogas (L.O.S.E.P., 1993).

2.4. Breve noticia sobre la ejecución penal

La ejecución penal está regulada por la Ley de Régimen Penitenciario (17/8/81), instrumento de filosofía rehabilitacionista que, en su práctica diaria, hace sideral la distancia entre legalidad y realidad. La muerte campea por esos lares, lo que torna matizable la inexistencia de la pena de muerte (art. 58, Constitución). La función de ejecución corresponde al Poder Ejecutivo por medio del Ministerio de Justicia (que se ha convertido en un ministerio de "Cárceles" por los gravísimos problemas que suscita el hacinamiento que supera con holgura los parámetros internacionales críticos).

El C.E.C. se refiere a la "ejecución de las sentencias firmes" en dos artículos (art. 358: el tribunal de primera instancia que conoció de la causa "mandará a cumplir la sentencia"). Entre los "procedimientos especiales" el C.E.C. prevé: el procedimiento "en la fuga" de condenados (ante el juez del lugar del "quebrantamiento"); de "los trámites que deben observarse para averiguar el cumplimiento de las condenas" (ante el juez que conoció el juicio en primera instancia); de "la conmutación o rebaja de la pena" (ante el juez de la causa o ante la Corte Suprema de Justicia si la condena es a presidio o prisión o destinado a penitenciaria o cárcel nacional); y de las "visitas de cárcel y establecimientos penales especiales" (a cargo de los jueces de primera instancia), que de ordinarias (cada 15 días ordena el C.E.C.) se convirtieron en excepcionales. La Constitución atribuye al Ministerio Público el "velar por el correcto cumplimiento de las leyes y la garantía de los derechos humanos en las cárceles y demás establecimiento de reclusión" (art. 220 ord. 4). Por ello, se crearon los fiscales penitenciarios que se han transformado

en débiles paliativos ante las ingentes carencias de los servicios penitenciarios. Del régimen penitenciario puede afirmarse que constituye una máquina de moler carne humana, problema que hay que encarar en forma racional; y no, precisamente, predicando la construcción de más cárceles.

2.5. Observaciones jurídico-empíricas

2.5.1. BREVE DESARROLLO EMPÍRICO-JURÍDICO

El tratamiento que hacía el C.E.C. del encarcelamiento preventivo no era congruente con el mandato constitucional de que la "libertad y seguridad personales son inviolables" (art. 60), lo que denota que el estado de libertad es la regla general por lo que toda medida restrictiva debe ser excepcional. Baso la aseveración en que el C.E.C. razona poniendo de cabeza el principio constitucional. Así, si el delito merece pena corporal y resulta plenamente comprobada su perpetración (sin estar prescrita la acción), y aparecen fundados indicios de la culpabilidad de alguna persona, el tribunal decreta por auto razonado la detención del indiciado (art. 182). Si el delito no merece pena corporal, el tribunal dicta un auto "declarando sometido a juicio al individuo y ordenándole comparecer para que rinda declaración indagatoria" (ibídem). Como para el Código Penal la pena por antonomasia es la corporal (presidio, prisión o arresto), la detención del indiciado es moneda corriente. Ejecutada la detención, la libertad puede proceder en forma "plena" o "provisional" (bajo fianza). Son casos de la primera forma la revocación del auto de detención; la formulación de cargos por un delito que no merezca pena corporal; la sentencia firme de sobreseimiento, de absolución o de cesación o suspensión del procedimiento (art. 318, C.E.C.).

La segunda forma procede cuando (art. 420, C.E.C.) en los cargos no se le imputa un delito que merezca pena de presidio, ni otro cuya pena sea de prisión o de arresto por más de 2 años en su límite máximo, mientras no haya sentencia firme. Si el delito acarrea una pena de prisión o de arresto por más de 2 años, pero que no exceda de 3, el juez concede la libertad si el cargo del Ministerio Público no considera concurrentes las circunstancias de alevosía, premedi-

tación o ensañamiento, que no sea reincidente y buena conducta predelictual. En las mismas circunstancias, el juez puede otorgar la libertad si el delito fuere culposo, aunque la pena exceda de 3 años. Igualmente procede si se dicta la suspensión del procedimiento, el sobreseimiento o la sentencia absolutoria, mientras el tribunal de alzada los confirme o revoque; y, finalmente, cuando al dictarse la sentencia condenatoria el reo ha cumplido la pena impuesta (presunción de inocencia *requiescat in pace*).

El C.E.C. también prevé casos de inexcusación: procesados por el delito de lesiones dolosas si no constare, a la fecha de la petición, que el lesionado no está completamente curado de aquéllas, salvo sobreseimiento; procesado por los delitos de homicidio doloso o violación, salvo que se haya dictado sentencia absolutoria en segunda instancia y quedare pendiente el recurso de casación, "y mientras este recurso sea decidido" (art. 320, C.E.C.).

Frente a este panorama tan desolador, por violatorio de la Constitución y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (art. 9º, P.I.D.C.P., y 7º, C.A.D.H.), se promulgó la Ley de Sometimiento a Juicio y Suspensión Condicional de la Pena (31/12/79). En lo pertinente a este informe, se facultó al juez para que, en lugar del auto de detención, dictare auto de sometimiento a juicio si el hecho punible merece pena corporal que no sea mayor de 5 años en su límite máximo; no reincidente y que se comprometa a someterse a las obligaciones que señale el tribunal, y a las indicaciones del delegado de prueba. Este régimen de prueba duraba no más de 2 años, si no se hubiere dictado sentencia, cumplido dicho plazo, cesaba el régimen de prueba. Se contemplaban diversos casos en que no operaba el "beneficio": peculado, concusión, corrupción, estafa, apropiación indebida calificada, violación, rapto agravado, etc.... Leyes especiales como la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público (1/4/83) y la Ley Orgánica de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (17/7/84) crearon sendos supuestos de inexcusabilidad (arts. 103 y 168, respectivamente). Con posterioridad, se dictó la Ley de la Libertad Provisional bajo Fianza (9/12/92) que, pese a proclamar lo "extremo y excepcional" de la privación de libertad (art. 2º), enuncia todo un catálogo de delitos inexcusables, entre otros, homicidio intencional, violación, robo agravado,

secuestro, hurto de vehículos, delitos previstos en el C.J.M., en la L.O.S.P.P., en la L.O.S.E.P. (art. 6°). Pareciera como si un legislador hubiese empezado a escribir la ley y otro distinto la terminare. Siempre pensando más en el hacinamiento carcelario que en la presunción de la inocencia, se publicó la Ley de Beneficios en el Proceso Penal (25/8/93) que, en la materia del informe, amplió el "corte de la causa en providencia" (*vid supra*) y permitió el beneficio del sometimiento a juicio a los procesados por delitos tipificados en la L.O.S.E.P., en los casos que ésta permita (posesión ilícita, como caso de mayor aplicación forense, art. 58). Igualmente, permitió la libertad provisional bajo fianza a los absueltos por sentencia de primera instancia (*ibidem*). Asimismo, extendió este "beneficio" a los procesados por delitos acuñados en la L.O.S.P.P., siempre que la pena de prisión o presidio no excediera de los 2 años en su límite máximo. El "beneficio" siguió siendo inaplicable respecto de los delitos del Código de Justicia Militar.

Dijimos que la regulación que hace el C.E.C. de la prisión preventiva era violatoria de la Constitución (los pactos y convenciones tienen jerarquía constitucional) por ignorar, *inter alia*, la presunción de inocencia y el favor *libertatis*. Ahora afirmamos que la praxis forense es violatoria del C.E.C.; en cuanto éste dispone que "después de la detención judicial del indiciado, el sumario debe estar concluido dentro de los 30 días siguientes" (art. 71). Aquella revela que dicho plazo es ilusorio —se conocen casos de sumarios, no pocos, que han durado años—, por lo que la prisión preventiva se transforma en una pena anticipada (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, pp. 142 y ss., y Binder, p. 196). El núcleo del poder penal estriba, entonces, en el auto de detención y no en la sentencia definitiva. La distorsión del proceso es total.

La aludida distorsión en los fines del proceso penal —de presupuesto legitimante para la aplicación de una pena estatal, a dispositivo para anticipar una pena—, provoca necesariamente que en los establecimientos de reclusión el número de procesados supere, con creces, al de condenados.

La proporción gira alrededor del 80 % de presos sin condena, número que, en un sistema inquisitivo de estos quilates, es imposible reducir, sí de aumentar.

El control judicial sobre la prisión preventiva se agota con el recurso de apelación del auto de detención o, en su caso, de la resolución que niega la libertad o el "beneficio" del sometimiento a juicio. No existe la revisión periódica sobre los extremos que explicaron la medida. Si las respectivas decisiones las pronuncia un tribunal de alzada, ellas no son pasibles de casación (como en el C.P.P. italiano).

La duración del procedimiento común promedia los 2 años en primera instancia y los 6 meses en la alzada. La casación lleva, por lo menos, 1 año; y si existe reenvío, 1 año más. Datos oficiales no han sido publicados, las estimaciones las hacen los actores más conservadores.

El procedimiento abreviado (en desuso por su creación "optativa") es el previsto para los "juicios correccionales", aplicables a delitos cuyas penas no excedan de 4 años en su límite máximo (prisión, arresto, relegación a colonia penitenciaria, confinamiento, expulsión del territorio de la República) o sancionados con pena no corporal (art. 412 A, C.E.C.).

La organización judicial está encabezada por la Corte Suprema de Justicia, órgano reglado en la Constitución (Título VII Capítulo II) y en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (30/7/76). Funciona en pleno en Salas (5 magistrados). Actualmente existen 3 Salas: Político-Administrativa, Penal y Civil. Controla la constitucionalidad y legalidad de los actos de los demás poderes públicos: declara la nulidad de leyes nacionales y demás actos de los cuerpos legislativos que colidan con la Constitución; la nulidad de las leyes estadales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados o municipios que incurran en la misma infracción; la nulidad de los reglamentos y demás actos del Poder Ejecutivo Nacional violatorios de la Constitución, e, igualmente, la de los actos administrativos del Ejecutivo cuando sea procedente. Controla asimismo la constitucionalidad y legalidad de las sentencias de los tribunales a través del recurso de casación. A estas competencias, relacionadas con la defensa de la Constitución y de la legalidad, hay que sumar atribuciones como Tribunal Federal (enjuiciamiento del Presidente de la República y de otros altos funcionarios; dirimir las controversias que se susciten entre la República, los Estados y los municipios;

entre tribunales cuando carecen de un superior común, y entre autoridades políticas o administrativas de una misma o diferentes jurisdicciones). Éstas son las competencias y atribuciones básicas.

El Poder Judicial se ejerce, además de la Corte Suprema de Justicia, por los tribunales de la jurisdicción ordinaria y los de la especial. Los tribunales ordinarios son: los juzgados superiores (conocen en segunda instancia), los juzgados de primera instancia y los juzgados de municipio. Todos ellos son unipersonales. Se extiende su competencia a todas las materias civiles, mercantiles y penales. Pueden catalogarse de especiales los tribunales de menores, militares, del impuesto a la renta, de hacienda.

Cada tribunal está constituido por el juez, el secretario y el alguacil, además del personal (escribientes) que sea necesario.

Los jueces de primera instancia en lo penal son 368, en todo el territorio nacional. Los jueces de alzada suman 184.

El Ministerio Público actúa en la materia penal por medio de 287 fiscales.

Los guarismos anteriores significan que en Venezuela (21.000.000 de habitantes) hay un juez cada 38.251 habitantes (2,61 por cada 100.000); y 1 fiscal por cada 73.170 habitantes (1,37 por cada 100.000).

En Venezuela no existen estadísticas que sean fiables y recientes sobre el modo de finalización de los procesos penales, que permitan pronunciarse fundadamente sobre la eficiencia del sistema aún vigente. Sin embargo, algunos datos parciales, la relación procesado-condenado en los centros de reclusión, el hacinamiento carcelario y la vivencia forense cotidiana, permiten afirmar la ineficiencia en grados mayúsculos. Las causas que terminan en sentencia definitiva (absolutoria o condenatoria) no superan el 10 %. El resto de las finalizaciones responde a sobreseimientos (prescripción mayoritariamente) y a decisiones que mantienen abierta la averiguación hasta que se descubra al autor del hecho punible comprobado (antesala de la prescripción en la práctica).

La ineficiencia incluye una delegación de funciones en empleados subalternos casi absoluta. La "carga del despacho"

la sostiene el personal de secretaría, carga constituida por una verdadera hojarasca producto de las agencias policiales (oficios, citaciones, relaciones). Mucha cizaña y poco trigo.

Para coronar estas perlas se crearon jueces itinerantes que de tales tiene sólo el nombre (los ancestros ingleses iban de pueblo en pueblo impartiendo justicia *in situ*). Los de hoy van al tribunal y retiran 20 expedientes para fallarlos.

2.5.2. PROBLEMAS Y DEFICIENCIAS DEL PROCEDIMIENTO DEROGADO (CÓDIGO DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL)

La perversión del proceso penal venezolano —agudizada hasta lo patológico por reformas puntuales inspiradas únicamente en la celeridad procesal (a cualquier costo)— hizo que se perdiera el concepto de juicio previo, se violentara el principio del juez imparcial, se sepultara la publicidad, se presumiera de hecho la culpabilidad del imputado, se perdiera la materialidad de la defensa, *inter alia*.

El juicio previo, como ya se ha apuntado, se transformó en una caricatura de juicio: la sustanciación de un expediente. Los rostros, voces y gestos pasaron a ser transcripciones escritas, doblemente mediadas por el lenguaje burocrático (empleo de los tribunales o funcionario policial).

El juez decide con base en esas actas, lo que no está allí no está en el mundo, como en los tiempos de Inocencio III. Justicia, entonces, de expediente, de papel. El juicio plenario, normativamente punto central de la contradicción, adquirió un carácter de ritual secundario, falsamente legitimador.

El juez imparcial tuvo existencia teórica hasta la supresión de los jueces de instrucción (1987), con lo que las funciones de instruir y de juzgar se reunieron en la persona del juez de primera instancia. Esta "reforma" se realizó cuando ya Venezuela había suscrito la C.A.D.H. (1977) y el P.I.D.C.P. (1978), lo que agrava la violación.

La publicidad, principio republicano por excelencia, levantado como bandera frente a la "justicia de gabinete", fue sepultada en aras del "secreto del sumario", incluso para el imputado mientras no se ejecutara el auto de detención: proceso con aplastante predominio de la escritura que, precisamente por ello, queda al margen de todo control ciudadano.

El papel no sólo "aguanta todo", sino que también contribuye a ocultar la mediocridad y la corrupción; y, a la vez, entorpece y dificulta la labor del juez preparado y probo. La escrituración es la madre de la delegación de funciones.

La presunción de inocencia, herencia revolucionaria y republicana, consagrada en instrumentos internacionales, universales (P.I.D.C.P.) y regionales (C.A.D.H.), aceptada por sendas leyes aprobatorias, no pasó más allá de las aulas universitarias. Jamás penetró el mundo forense. La prisión preventiva como regla y la libertad como "beneficio"; la proporción procesado-condenado en las cárceles y el trato, lejón del que se debe a un inocente, demuestra que en los hechos lo que rige es una presunción de culpabilidad.

La defensa, proclamada constitucionalmente como "derecho inviolable, en todo estado y grado del proceso" (art. 68, Constitución), es objeto de devaluación legislativa al permitirse que la confesión del imputado ante la policía, aun sin la asistencia de su abogado, pueda ser estimada como un "indicio más o menos grave" (art. 248, C.E.C.); y al establecerse como obligatoria la asistencia de un defensor recién en el acto de la declaración indagatoria, la que siempre es precedida por la declaración "informativa" ante las autoridades de policía judicial (art. 193, C.E.C.). Lo que la ley procesal penal devalúa, las estructuras materiales lo tornan ineficaz. Así, la defensa pública cuenta con 199 defensores públicos en todo el país. Ello implica la existencia de 1 defensor por cada 105.527 habitantes (0,95 por cada 100.000). Atendida esta situación, la defensa sólo tiene una concreción formal en la primera instancia, con algunos atisbos de materialidad, los que desaparecen casi totalmente en la alzada y en la casación. En suma, el procedimiento penal vigente ha sobrevivido sobre las bases de mitos y ficciones producidos por la lectura forense de un "Código-mentira" (Binder, p. 93).

3. La reforma ya vigente o diseñada

3.1. Fuentes

La gestación de la Reforma venezolana es un tanto atípica en el proceso de renovación procesal latinoamericano. No responde ella a la iniciativa de la Corte Suprema de Justicia

(Costa Rica), ni a la de la Fiscalía General de la República (Paraguay), ni a la de corporaciones privadas (Chile), sino al impulso inicial de la Comisión Presidencial para la Reforma del Estado (C.O.P.R.E.). Este impulso fue potenciado, concretado y canalizado por la Comisión Legislativa del Congreso Nacional.

Este órgano fue creado por la Enmienda n° 2 de la Constitución y está integrado por 23 miembros (diputados y senadores), elegidos por las cámaras en sesión conjunta, en cada período constitucional, de modo que reflejen en lo posible la composición política del Congreso de la República. Se trata entonces de un órgano altamente representativo de la voluntad política nacional. Su función básica es la de discutir y aprobar proyectos de leyes individualmente considerados, previa autorización de las cámaras en sesión conjunta, mediante acuerdo que cuente con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes.

Aprobado un proyecto por la Comisión Legislativa, ésta la envía al presidente del Congreso quien ordena su distribución y convoca a las cámaras a sesión conjunta. Las cámaras pueden aprobar o rechazar el proyecto; pueden introducir las modificaciones que juzguen convenientes. Aprobado, con o sin modificaciones, el presidente del Congreso lo declara sancionado y manda a ejecutar los trámites subsiguientes previstos para la formación de las leyes.

Este dispositivo técnico para legislar ha probado ser eficiente, cuando la voluntad política presente en una coyuntura histórica es encausada por manos expertas en planificar, coordinar y evaluar el trabajo de equipo, como lo fue en la especie. Por ello, y con entera justicia, tanto en círculos políticos como académicos, se reconoce la labor inteligente, metódica e incansable del presidente de la Comisión Legislativa del Congreso Nacional, diputado Luis Enrique Oberto G.

El fundamento político del proceso penal venezolano se basa, a mi entender, en la necesidad de construir un proceso penal que concilie el derecho del Estado a castigar y el derecho a la libertad personal. En suma, procurar un equilibrio en la dicotomía histórica: poder y libertad. Con esta conciliación, o búsqueda de equilibrio (eficacia y garantías), el legislador pretende alcanzar y posibilitar la efectiva vigencia de las garantías procesales establecidas en pactos internacionales (y

proclamadas en declaraciones universales y regionales), respecto de las cuales la República empenó su palabra.

El C.O.P.P. cuya aprobación —10/12/97— y publicación —23/1/98— fueron coincidentes con fechas señeras para la comunidad internacional y para la Nación, puesto que constituyeron sendos aniversarios del Día Internacional de los Derechos Humanos y del derrocamiento de una dictadura que imperó en Venezuela (1948-1958), respectivamente; entró en vigencia el 1° de julio de 1999.

Atendidos los fines de la Reforma, las fuentes del C.O.P.P. no pueden ser detectadas en otro lugar que no sea el de las declaraciones y pactos sobre derechos humanos, y el de los textos legislativos diseñados conforme a ese paradigma.

El texto base para el C.O.P.P. es el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica (1988) y lo que él sintetiza, esto es, la evolución jurídico procesal que arranca con la filosofía de la Ilustración. Por ello, el C.O.P.P. representa en esta vertiente histórica un reencuentro con las ideas procesales plasmadas en la fundación de la República (Declaración de los Derechos del Pueblo, 1/7/1811, Constitución del 21/12/1811).

El legislador venezolano tuvo a la vista también, entre otros textos, el Código Procesal Penal de Costa Rica (1996), el de la Provincia de Córdoba (1991), el Anteproyecto de Código Procesal Penal de Paraguay, el Proyecto de Código Procesal Penal chileno, entre los latinoamericanos. Como fuentes europeas, la Ordenanza Procesal Penal alemana (1877), y el Código de Procedimiento Penal italiano (1988).

La sinergia de las fuentes enunciadas, el trabajo de la comisión legislativa y la voluntad política que se expresó en una unanimidad histórica en la aprobación por las cámaras, en sesión conjunta, del C.O.P.P., produjeron un texto que es pasible de una lectura constitucional y pactista sin objeciones de principio.

3.2. Correlación con los principios del proceso penal de un Estado de Derecho

El C.O.P.P., en su título preliminar, consagra bajo el epígrafe de "Principios y Garantías Procesales", a los principios del proceso penal en un Estado de Derecho. Esos principios reciben pleno y consecuente desarrollo. Como se expresa en

la Exposición de Motivos del C.O.P.P. se persigue, con su inclusión en el título preliminar, un objetivo pedagógico y uno hermenéutico: difundir la columna vertebral del Código y crear un marco para la interpretación de sus normas, una carta de navegación para el juez.

En este título preliminar, clave de bóveda del C.O.P.P., se acuña a los "escudos protectores" que configuran el debido proceso legal.

La puerta de entrada del C.O.P.P., su art. 1°, reúne las garantías procesales al establecer la tutela jurisdiccional en la actuación del Derecho penal: no hay pena sin un juicio previo ante un juez imparcial. Dispone, también, que no basta cualquier forma de juicio, sino una que sea oral y pública, sin dilaciones indebidas, y con salvaguarda de todos los derechos y garantías del debido proceso, consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales suscritos por la República.

El juez imparcial, además, debe ser juez natural, o sea, el competente establecido por la ley con anterioridad al hecho objeto del proceso, por lo que nadie puede ser juzgado ante un tribunal *ad hoc*.

Razones atinentes a la necesidad de profundizar la democracia (representativa), y lograr que la ciudadanía otorgue credibilidad a la administración de justicia y a sus operadores, se prevén formas de participación ciudadana en ella, por la vía del tribunal mixto (2 escabinos y 1 juez profesional) y del tribunal de jurados (9 jurados y 1 juez presidente). De modo que en este punto la reforma fue audaz, encaró lo procedimental y lo organizacional (art. 3°).

Se refuerza la independencia del juez al permitirle informar a la Corte Suprema de Justicia de cualquier interferencia en el ejercicio de sus funciones. Asimismo, se vincula al juez a la ley y al derecho (art. 4°).

Entre los valores que se señala en el Preámbulo de la Constitución resalta el de "amparar la dignidad humana", valor supremo que desde la posguerra ha adquirido expresamente la distinción de ser el basamento del ordenamiento jurídico (art. 1.1 Ley Fundamental de Bonn y art. 10.1 Constitución Española). En razón de ello, el C.O.P.P. garantiza a todos los intervinientes en un proceso penal, cualquiera fuese su naturaleza, el respeto a la dignidad (art. 10).

Corolario inconcuso de la dignidad humana es la presunción de inocencia, que deja de tener una normatividad puramente semántica y retórica (art. 8°). Prueba de ello es la afirmación de la libertad como regla general, y la excepcionalidad de las medidas preventivas privativas o restrictivas de la libertad (art. 9°), giro copernicano en relación a la situación actual en la ley procesal penal. La permanencia en libertad durante el proceso es en el C.O.P.P. la regla común (art. 252). Una persona podrá ser aprehendida por ser sorprendida en delito flagrante o por orden judicial a solicitud del Ministerio Público. En este último supuesto se requiere que el hecho punible merezca una pena privativa de libertad superior a 5 años en su límite máximo (si la pena fuere menor y el imputado carece de antecedentes penales, sólo proceden medidas cautelares sustitutivas), elementos de convicción respecto a la participación del imputado en el hecho punible y una presunción razonable de peligro de fuga o de obstaculización de la investigación de un acto concreto (art. 259). Lo que en leyes procesales inquisitivas figuraban como supuestos de excarcelación, ahora lo son de encarcelación. La medida de coerción personal no puede sobrepasar la pena mínima prevista para cada delito, ni exceder el plazo de 2 años.

La privación de libertad procede cuando las demás medidas cautelares son insuficientes para asegurar las finalidades del proceso, ergo, jamás pueden fundarse en razones que no sean estrictamente procesales.

Se proscribió así la prisión preventiva como pena anticipada. Entre las medidas sustitutivas se admite la detención domiciliaria, la presentación periódica ante el tribunal o la autoridad que él designe, prohibición de salir del país, la presentación de una caución económica adecuada. Rige el principio *rebus sic stantibus*: la medida de privación preventiva de libertad es revocable o sustituible en cualquier tiempo; se dispone como obligación del juez el examinar la necesidad del mantenimiento de las medidas cautelares cada 3 meses, y se faculta para sustituirla por otras menos gravosas (art. 273).

Otra manifestación del principio de la dignidad de la persona humana es la consagración, como finalidad del proceso, del establecimiento de la verdad de los hechos, por vías jurídicas, y la justicia en la aplicación del Derecho (art. 13).

Ello implica que la verdad no puede lograrse a "cualquier costo", jamás en desmedro de la dignidad humana.

No puede desvirtuarse la presunción de inocencia mediante elementos de convicción obtenidos por medio ilícitos o provenientes, directa o indirectamente, de un medio ilícito (art. 214). Las llamadas "prohibiciones de prueba" se convierten en escudos protectores. La ilicitud de la prueba es motivo de apelación (art. 444 ord. 2) y de casación (art. 452).

El C.O.P.P. repotencia la defensa como derecho inviolable al hacerla posible desde el primer acto de imputación, o sea, desde que un acto de procedimiento de las autoridades encargadas de la persecución penal señale a una persona como autor o partícipe de un hecho punible (arts. 12, 121 y 122, ord. 3). Categóricamente, como máxima garantía del derecho a la defensa, se prescribe que cualquiera sea la oportunidad de la declaración del imputado, o la autoridad ante quien se preste (juez o fiscal), será nula si no la hace en presencia de su defensor (art. 127). Al reforzar la defensa se pretende que los márgenes de desigualdad de hecho, existente con el Ministerio Público, se estrechen (principio de igualdad).

Reciben también proclamación explícita y consecuente desarrollo que alcanza su cenit en la fase del juicio oral, los principios de oralidad (art. 14), publicidad (art. 15), inmediatez (art. 16), concentración (art. 17), contradicción (art. 18), *ne bis in idem* (art. 20) y libre convicción observando las reglas de la sana crítica (art. 22).

3.3. Estructura del procedimiento común

El C.O.P.P. estructura un procedimiento común en varias fases: preparatoria, intermedia, juicio oral e impugnación.

Esta estructura se determina, fundamentalmente, por "la bipartición de la función estatal de perseguir y sentenciar" (Tiedemann, p. 178), separación institucional de funciones que tiende a proteger al juez de la "contaminación inquisitiva", esto es, a garantizar su imparcialidad.

3.3.1. FASE PREPARATORIA

Esta fase tiene por objeto recolectar los elementos de convicción que permiten fundar la acusación del fiscal y la

defensa del imputado (art. 289). Ello supone investigar la veracidad de un hecho histórico ("asunto de la vida") que debe ser re-creado en el escenario del juicio oral y público. Investigación signada por la objetividad, esto es, dirigida a "hacer constar no sólo los hechos y circunstancias útiles" para erigir los cargos, sino también aquellos que sirvan para fundar los descargos.

El *iter* procesal, encaminado a la obtención de una decisión judicial sobre una *notitia criminis*, se inicia según la manera en que el instructor (Ministerio Público) toma conocimiento de la comisión de un hecho punible. Así, el inicio procede por denuncia, querrela o de oficio.

El impulso inicial del proceso es por excelencia la denuncia, acto para cuya realización está legitimada toda persona. Su contenido no es otro que transmitir al Ministerio Público o a la policía judicial el conocimiento que ha tenido el denunciante de la comisión de un hecho punible y sus circunstancias, perpetradores y testigos, en cuanto le conste. En todo Estado democrático la denuncia es facultativa, sólo excepcionalmente constituye una obligación (v.gr., funcionarios públicos cuando en el ejercicio de sus funciones adquieren el conocimiento de la perpetración de un hecho que reviste los caracteres de un delito). Las relaciones familiares y de tutela configuran una contraexcepción. Asimismo, no están obligados a denunciar las personas que pueden ampararse en el secreto profesional o confesional. La denuncia puede adoptar la forma verbal o escrita.

El anonimato es objeto de un anatema constitucional (art. 66, Constitución), pero en la práctica, mediante un fraude de etiquetas, la denuncia anónima se transfigura en un inicio "de oficio". Si la denuncia verbal o escrita es recibida por la policía judicial, ésta, dentro de las 8 horas siguientes, lo debe comunicar al Ministerio Público, practicando sólo las diligencias que la situación exija (art. 293, C.O.P.P.). El hecho de la denuncia no transforma a su formulador en parte procesal, salvo si se trata de la víctima del hecho punible que, como tal, es titular de derechos en el proceso aunque no se constituya en querellante (art. 117, C.O.P.P.).

El C.O.P.P. regula, bajo la cobija de la denuncia, una situación que se presenta con frecuencia y que no tenía una vía de solución técnicamente satisfactoria: una persona es

objeto de una imputación pública (generalmente por medio de la prensa) por otra que no formula denuncia (o querrela) alguna. Se le otorga al sujeto pasivo de la imputación el derecho de pedir al Ministerio Público la investigación del hecho objeto de aquélla. El sujeto activo paga las costas de la investigación si ésta no conduce a algún resultado.

El denunciante responde por la falsedad o mala fe de su denuncia (art. 241, Código Penal).

La querrela es una especie de denuncia calificada por su legitimación restringida y sus formalidades. Como contrapartida constituye en parte procesal al que la presenta. El C.O.P.P. estatuye un régimen en el que sólo la "persona natural o jurídica que tenga la calidad de víctima" está legitimada para presentar una querrela (art. 301). El "querellante particular" en delito de acción pública dio impulso al "terrorismo judicial". El derecho que tenía el particular no agravado para constituirse en querellante fue usado como arma de coerción para obtener un lucro indebido, a cambio de su no presentación o, en su caso, de su desistimiento. La forma de la querrela sólo puede ser la escrita, y debe cumplir con ciertos requisitos relativos a la identificación de los sujetos (querellante y querrelado) y al hecho materia de este acto inicial. Puede, también en el cuerpo del escrito, solicitarse al fiscal la práctica de diligencias necesarias y conducentes para la investigación de los hechos. La querrela se presenta ante el juez de control. Éste se limita a admitirla o a rechazarla. Puede ordenar que se completen los requisitos, si no estuvieren cumplidos los extremos legales. Igualmente, es competente para resolver las excepciones que se opongan a la admisión del querellante. La decisión que rechaza la querrela (v. gr., hecho no tipificado como delito, prescripción) es apelable. La querrela, una vez admitida, es enviada al Ministerio Público para que inicie la correspondiente investigación. En cualquier momento del proceso el querellante puede desistir de la querrela y quedar obligado a las costas causadas. Este desistimiento puede ser expreso o presunto (v. gr., por incumplimiento de la carga de acusar, de promover prueba, de concurrir al juicio), e impide al querellante presentar una nueva querrela por el mismo hecho y en relación con los imputados. El querellante responde por la falsedad de los hechos en que funda su querrela y por litigar con temeridad.

El proceso puede iniciarse, también, cuando el Ministerio Público de cualquier modo tenga conocimiento de la perpetración de un hecho punible de acción pública; se trata de un "conocimiento de oficio" (Binder, p. 213).

Si es la policía judicial la receptora del conocimiento, la comunica al Ministerio Público.

Cualquiera que sea la fuente de la *notitia criminis* (denuncia, querrela, comunicación policial, conocimiento de oficio) el Ministerio Público ordena el inicio de la investigación, salvo que estimare que la denuncia o la querrela deben desestimarse por referirse a hechos atípicos, o la acción esté evidentemente prescrita, o exista un obstáculo legal para el desarrollo del proceso. El supuesto de desestimación será fundado ante el juez de control.

La decisión que la admite es apelable. Si el juez la rechaza ordena la continuación de la investigación.

La orden de iniciar la investigación dispone la realización de actividades encaminadas a hacer constar la comisión de un hecho punible y de sus circunstancias, los partícipes en él, y el aseguramiento de los objetos relacionados con la perpetración.

La clave de bóveda para el éxito de la reforma estriba en la deformalización de las actividades de investigación. Si éstas se formalizan, la rutina burocrática mantendrá vivo el procedimiento inquisitivo (Zorrilla: "los muertos que vos matáis gozan de buena salud"). Si triunfa la cultura inquisitiva (de expediente), la reforma simplemente habría trasladado el sumario del juez (*rectius*: de la policía) al Ministerio Público. La actividad de investigación es de medio no de fin; prepara la acusación no la sentencia. El C.O.P.P. establece que, en lo posible, las diligencias practicadas deben constar en una sola acta que resuma el "resultado fundamental de los actos realizados" (art. 312).

En aras del trato de inocente, los actos de investigación son reservados para terceros. Asimismo, en aras del principio de defensa (y no del principio de publicidad, propio del juicio oral), las actuaciones pueden ser examinadas por el imputado y su defensor. Los funcionarios tienen el deber de guardar reserva so pena de responsabilidad penal (art. 206, C.P.). No obstante el derecho del imputado, el Ministerio Público puede disponer de la reserva total o parcial de las ac-

tuaciones, cuando la publicidad entorpezca la investigación, por un plazo que no exceda los 10 días continuos (cuya prórroga hasta por otro tanto puede ser controlada por el juez). El Ministerio Público puede disponer la reserva parcial cuando la eficacia de un acto particular dependa de ella, hasta por 48 horas (art. 313).

En esta fase, "propiedad" del Ministerio Público, éste está facultado para practicar por sí o por funcionarios policiales cualquiera clase de diligencias conducentes a los fines de la investigación. Sin embargo, toda medida que pudiera afectar las garantías procesales o derechos constitucionales de una persona (v. gr., libertad, intimidad del domicilio, confidencialidad de las comunicaciones, propiedad) debe ser decretada por el juez de control a petición del Ministerio Público. Rigen con toda su intensidad los principios de legalidad material y formal, de necesidad y de proporcionalidad.

Puede presentarse en esta fase la necesidad de practicar una diligencia que "por su naturaleza y características" deba ser considerada como un acto definitivo o irreproducible (v. gr., experticia sobre sustancia perecedera); o la igual necesidad de recoger una declaración que, por "algún obstáculo difícil de superar" (enfermedad terminal, viaje), su portavoz podría no estar presente en el momento de la prueba (juicio oral). Esta necesidad faculta a las partes para solicitar que el juez anticipe el momento de la prueba (prueba anticipada). La prueba, así anticipada, debe realizarse dentro de las formas previstas por la ley procesal.

Esta fase deberá ser transitada por el Ministerio Público con la "diligencia" debida para que culmine dentro de un plazo razonable.

El C.O.P.P. fija la individualización del imputado como un hito desde el cual empieza a contarse la duración de la fase. Si transcurren 6 meses desde esa fecha, el imputado podrá requerir al juez de control la fijación de un plazo prudencial para la conclusión de la investigación.

Cumplido dicho plazo, el Ministerio Público deberá, dentro de los 30 días siguientes, presentar la acusación o solicitar el sobreseimiento (art. 321, C.O.P.P.).

Los actos conclusivos de esta fase son el archivo fiscal, el sobreseimiento y la acusación.

Procede el archivo de las actuaciones por el Ministerio Público cuando el resultado de la investigación resulte insuficiente para acusar. Esas actuaciones pueden reabrirse por la aparición de nuevos elementos de convicción, o a solicitud de la víctima con indicación de las diligencias concluyentes. Contra la resolución fiscal de archivo, la víctima puede acudir al juez de control pidiéndole el examen de sus fundamentos. La decisión estimatoria de éste se notificará al fiscal superior respectivo del Ministerio Público para que ordene a otro fiscal presentar la acusación.

El sobreseimiento procede por las causas legales tradicionales (v. gr., hecho no se realizó o no puede atribuirse al imputado; atipicidad; causal de justificación, inculpabilidad o no punibilidad, extinción de la acción).

El juez de control puede convocar a una audiencia oral a las partes (víctima) para debatir la petición. Si el juez desestima la solicitud del fiscal, envía las actuaciones al fiscal superior para que la ratifique o rectifique. Si la resolución es ratificatoria, el juez decretará el sobreseimiento pudiendo dejar a salvo su disenso; en caso contrario, el fiscal superior ordena a otro fiscal que presente la acusación. La decisión de sobreseer siempre será fundada. El Ministerio Público, si la solicitud la hizo el imputado, o la víctima si la petición tuvo su origen en el imputado o en el Ministerio Público, pueden apelar contra el auto de sobreseimiento (art. 329).

En suma, se trata de una fase cuyo "dueño" es el Ministerio Público con el auxilio de la policía, que le está funcionalmente subordinada.

El C.O.P.P. procura limitar el poder de los sujetos procesales institucionales mediante la instauración de frenos y contrapesos, para conciliar los intereses contrapuestos (sus *puniendi*-libertad personal) y garantizar así el debido proceso legal. Amplias facultades para investigar del Ministerio Público, salvo cuando pudieren invadir los "escudos protectores" que conforman las garantías constitucionales, pactistas y legales, para lo cual requiere de autorización judicial. Facultad de archivar del Ministerio Público, y de la víctima para contradecir dicha medida ante estrados; primando la decisión judicial que ordena la prosecución de la investigación. Petición de sobreseimiento por el fiscal, posibilidad de desestimación judicial, petición que, si es ratificada por el fiscal

superior, prima sobre la negativa del juez; recurso de la víctima. En suma, los sujetos procesales ejercen sus poderes bajo la perspectiva del control mutuo.

3.3.2. FASE INTERMEDIA

Esta fase, llamada también "crítica instructoria", consiste en un control "negativo" de la decisión producto de la fase, esto es, de la acusación. El "dueño" de esta fase es el juez de control, juez distinto al que actuará en el juicio oral, lo que refuerza la garantía de imparcialidad. El legislador diseñó esta etapa como autónoma y necesaria con la finalidad de servir de criba a acusaciones que no cumplen con los requisitos formales (v. gr., vicio en la identificación del imputado) o sustanciales (no se ofrece prueba o ésta es impertinente). Es un filtro que impide que una persona sea arbitrariamente expuesta a un juicio público. Desde el lado estatal, limpia de abrojos el camino que conduce a la decisión sobre el mérito.

Se inicia esta fase con la convocatoria a las partes a una audiencia oral (no pública), que deberá realizarse dentro de un plazo no menor de diez días ni mayor de veinte. Dentro de los primeros cinco días desde la convocatoria, la víctima podrá adherirse a la acusación fiscal o presentar una acusación propia. Igualmente, antes de la audiencia oral, las partes pueden realizar por escrito actos como: oponer excepciones, medidas cautelares, aplicación del procedimiento de admisión de los hechos (*infra*, procedimientos especiales), acuerdos reparatorios (*infra*, alternativas a la prosecución del proceso), promover (el imputado) la prueba que producirá en el juicio oral.

En la audiencia las partes expondrán brevemente los fundamentos de sus pretensiones. El imputado puede pedir que se le tome declaración. El juez tiene la obligación de informar a las partes sobre las alternativas a la prosecución del proceso. No pueden plantearse cuestiones que para ser resueltas requerirían del debate probatorio del juicio oral. Ello para evitar que el proceso se atasque en esta fase y no se eleve a juicio (cuya necesidad es mayor en esta primera etapa de formación de una nueva cultura para el rescate del "juicio previo"). El juez, finalizadas las exposiciones de las

partes, debe adoptar algunas de estas decisiones: admite la acusación del Ministerio Público o del querellante y ordena la apertura a juicio (la admisión puede ser total o parcial); sobresee si desestima la acusación; resuelve las excepciones, decide sobre las medidas cautelares (las decreta, las revoca o las mantiene); sentencia conforme al procedimiento por admisión de los hechos; aprueba acuerdos reparatorios; decide sobre la necesidad y pertinencia de la prueba promovida.

El auto por el cual el juez de control ordena la apertura a juicio, esto es, el enjuiciamiento del imputado (en adelante el acusado), es de contenido complejo por cuanto comprende la admisión de la acusación: identificación del acusado y descripción del hecho objeto del juicio y su calificación jurídica (datos que fijan límites de la congruencia de la sentencia definitiva); emplazamiento de las partes para que concurran ante el juez del juicio; y la orden de enviar al tribunal competente la documentación de las actuaciones y los objetos incautados. El auto de apertura es inapelable (art. 334), pero en caso de rechazo de la apertura sí lo es (art. 439 ord. 1).

3.3.3. FASE DEL JUICIO ORAL

Esta fase, denominada también de juicio o de procedimiento principal (Maier, p. 109) es el núcleo del proceso. En ella alcanzan su máxima intensidad los principios que informan todo el proceso.

Así, el juicio debe realizarse con la presencia ininterrumpida de los jueces y de las partes (inmediación). Si el imputado, después de su declaración, se niega a permanecer en la sala de audiencia, será trasladado a una sala próxima y es representado por su defensor. Si el querellante se retira sin autorización del tribunal, se considera que ha desistido de su acusación o adhesión.

El debate es público, garantía republicana de vieja data, salvo decisión del tribunal, que deberá ser fundada en alguno de los supuestos legales de excepción (v. gr., afecta vida privada, seguridad del Estado, declaración de un menor de edad). El debate debe realizarse en un solo día (concentración). De no ser ello posible se continuará en días consecutivos hasta su término (continuidad). La suspensión está re-

glada y su plazo máximo es de 10 días continuos, so pena de repetir el juicio oral (v. gr., ausencia de testigo o experto, ampliación de la acusación por el Ministerio Público). La audiencia pública se desarrolla en forma oral en todos los actos que la componen (alegatos, recepción de pruebas, declaración del imputado, resoluciones del tribunal). No se admitirán escritos ni minutas. El carácter definitivo de esta fase estriba, *inter alia*, en que "sólo se apreciarán las pruebas incorporadas en la audiencia", en la forma dispuesta por la ley (arts. 340 y 14).

Excepcionalmente pueden incorporarse por su lectura en audiencia: la prueba anticipada (salvo posibilidad de asistencia); prueba documental o de informes y actas de pruebas practicadas durante el juicio, pero fuera de la sala de audiencias. Los jueces deberán ser celosísimos en la mantención de esta excepcionalidad de la incorporación por la lectura, cualquier relajación significaría una ventana abierta para que se regrese al procedimiento inquisitivo ("los muertos que vos matáis...").

Dentro de esta fase de juicio oral conviven tres subfases: preparación del debate, debate y sentencia.

La subfase de preparación del debate comprende varias actividades destinadas a descargar al debate de posibilidades de incidentes que no estén relacionados con la decisión sobre el fondo del objeto justiciable. Las actividades elementales son la integración del tribunal indicando el nombre de los jueces; el señalamiento de la fecha para la celebración de la audiencia pública (menor plazo si se trata de un tribunal unipersonal o mixto, y mayor si es de jurados) y la citación de todos los intervinientes. Se faculta a las partes para promover pruebas que han conocido con posterioridad a la audiencia preliminar y para reiterar la promoción de la declarada inadmisibles (caso de control horizontal).

La integración del tribunal podría generar actividades para resolver incidentes de recusación. Cabe, todavía, la posibilidad de prueba anticipada.

La subfase de debate propiamente tal puede sistematizarse en su desarrollo así: apertura, producción de la prueba, conclusiones y clausura (Binder, pp. 233 y ss.).

La vista principal, como también se denomina al debate (Maier, p. 110), comienza con la toma de juramento a los es-

cabinos o jurados, cuando la competencia es de un tribunal mixto o de jurados respectivamente. Sigue la constatación de la presencia de los sujetos procesales, expertos y testigos. De seguidas, el juez declara abierto el debate y advierte al imputado y a los demás presentes sobre la importancia y significado del acto que se desarrollará. La pauta sobre el "orden y decoro durante el debate" dependerá en gran medida de la forma y contenido que el juez dé a la "advertencia".

Luego, el juez ofrece la palabra al fiscal (y al querellante) y al defensor para que, sucintamente, expongan la acusación y la defensa. Hechas las respectivas exposiciones, el juez recibe la declaración del imputado si éste ejerce su derecho de declarar, aspecto positivo de su "libertad de declaración" (Eser), a fin de poder resistir la sospecha, a través de la "defensa activa" (ibídem). Previamente, el juez le advierte al acusado que puede abstenerse de declarar, sin que su silencio lo perjudique (aspecto negativo de la libertad de declaración: "derecho de no declarar" (Eser). Si el acusado opta por declarar, se le permitirá manifestar todo lo que estime conveniente en relación a la acusación. Terminada su declaración puede ser interrogado por el fiscal, el querellante, el defensor y el juez, en ese orden (art. 340). El acusado podrá declarar cuantas veces le parezca, siempre que el contenido se refiera al objeto del debate. Durante su declaración o antes de responder a una pregunta, el acusado no puede consultar con su abogado; en otro momento sí. Podría, además, recibirse nueva declaración al acusado si el Ministerio Público amplía la acusación, incluyendo un hecho que modifica la calificación jurídica o la pena del hecho objeto del debate.

Recibida la declaración se procede a la recepción de pruebas. Primero los expertos y luego los testigos del Ministerio Público, del querellante y, finalmente, los del acusado. El juez puede alterar este orden si lo considera conveniente para el mejor esclarecimiento de los hechos.

Tanto expertos como testigos declaran primero lo que saben acerca del hecho propuesto como objeto de prueba; concluida sus exposiciones se pasa al interrogatorio directo por las partes. Lo inicia el proponente y continúan las otras partes en el orden que fije el juez, quien procurará que la defensa interrogue en último término. Los documentos son leídos y exhibidos en el debate, indicando su origen. Por acuer-

do de todas las partes puede el juez prescindir de la lectura íntegra de un documento, informes o reproducción total de una grabación, siempre que dé a conocer su contenido esencial u ordene su lectura o reproducción parcial. Nunca podrán "darse por reproducidos" pura y simplemente. Los objetos y otros elementos ocupados son exhibidos en el debate. Pueden ser presentados a los expertos y a los testigos durante sus declaraciones para que los reconozcan o informen sobre ellos. Las grabaciones, incluso audiovisuales, se reproducirán en la audiencia de la manera habitual.

El juez puede decretar una inspección y ordenar lo necesario para llevarla a cabo, dentro o fuera del lugar de la audiencia. En este último caso debe informar sobre la diligencia realizada.

El principio de la investigación de la verdad permite al juez que, excepcionalmente, de oficio o a petición de parte, ordene la recepción de cualquier prueba, si en el curso de la audiencia surgen hechos o circunstancias nuevos que requieran su esclarecimiento.

Terminada la recepción de las pruebas, el juez abre la oportunidad procesal de conclusiones concediendo la palabra al fiscal, al querellante y al defensor. Existe el derecho de réplica limitado a las conclusiones de la contraria. Si se encuentra presente la víctima se le ofrece la palabra, aunque no haya presentado querrela. La última palabra la tiene siempre el acusado. Hecho efectivo o no este derecho, el juez declara cerrado el debate.

Clausurado el debate el juez pasa a decidir (o los jueces, y jurados a deliberar y decidir). Comienza así, la última subfase del juicio oral. La deliberación es secreta. Esta fase, que se traduce en un ir y venir la mirada de los hechos a la norma y de ésta a aquellos (Engisch, pp. 102 y ss.), corresponde a los jueces en conjunto si se trata de un tribunal mixto (escabinos) o a los jurados en su caso, ello respecto a la culpabilidad o inculpabilidad del acusado.

Si la deliberación afirma la culpabilidad, la decisión sobre la calificación jurídica del hecho y la pena aplicable es privativa del juez presidente (profesional), solución que, en lo atinente al escabinado, es un tanto heterodoxa, pero que traduce normativamente lo que sucede en la práctica forense de otros países. Se prevé la posibilidad de que cualquiera de los miembros del tribunal mixto pueda salvar su voto.

Se regulan los requisitos de la sentencia, la que se pretende no tenga la desmesurada extensión de las actuales. El tribunal debe enmarcar la base fáctica del juicio y determinar los hechos que estima acreditados, exponiendo los fundamentos de hecho y de Derecho pilares de su decisión absolutoria (o sobreseimiento) o condenatoria. La base de la sentencia es su motivación, no sólo porque en ella el juez expone el *iter* lógico que lo conduce a la decisión, sino porque sin ella la crítica de la decisión sería imposible dada la fugacidad del juicio oral.

La sentencia debe dictarse terminada que sea la votación o concluido el proceso de formación de la convicción si el tribunal es unipersonal. El tribunal, previa convocatoria verbal de las partes, se constituye en la sala de audiencias y lee el texto de la sentencia.

Si por la complejidad del asunto o en razón de la hora es menester diferir la redacción de la sentencia, el juez lee sólo la parte dispositiva y expone los fundamentos de hecho y de derecho que constituyen su motivación. En este caso la publicación íntegra se hace dentro de los diez días posteriores (art. 366).

Si estamos en presencia de un tribunal de jurados esta subfase tiene algunas especificaciones, propias de la naturaleza del órgano. Así, la deliberación se centra en el objeto del veredicto que el juez presidente por escrito, que también se comunica a las partes, indica a los jurados. Este escrito contiene los hechos y circunstancias sobre los cuales deben decidir los jurados en relación con el acusado. El veredicto del jurado debe ser escrito y responder a cada una de las cuestiones enunciadas en el objeto del veredicto condensado por el juez. Se especifica si la votación fue unánime o por mayoría (resultado con incidencia para el recurso de casación, como se explicará *infra*). El veredicto de extiende en un acta que se entrega al juez. Éste puede devolverla si no llena los extremos de ley (v. gr., no se pronuncia sobre la totalidad de los hechos, no se obtuvo la mayoría necesaria en alguna de las votaciones). Si no se produce una subsanación de los defectos después de una tercera devolución, o no se obtiene la mayoría necesaria (dos terceras partes) para declarar la culpabilidad o inculpabilidad después de una tercera deliberación, el juez presidente ordena la disolución del jurado y con-

voca a juicio oral con nuevos jurados. De repetirse la situación reseñada, el juez disuelve el nuevo jurado y dicta sentencia absolutoria.

Cuando el veredicto es de culpabilidad, el C.O.P.P. apunta hacia una especie de cesura del debate en cuanto el juez concede la palabra al fiscal y al acusado para que "debatan sobre la pena o medida de seguridad a imponer" (art. 182). Esta disposición cobrará real y efectiva vigencia cuando se reforme el Código Penal y la aplicación de las penas deje de ser una operación aritmética. Luego el juez procede a dictar sentencia en la forma ya descrita, incluyendo como hechos probados y delitos objeto de condena o absolución el contenido del correspondiente veredicto.

3.3.4. FASE DE IMPUGNACIÓN

En sede de "crítica de la decisión" (Carnelutti, pp. 101 y ss.) el C.O.P.P. construyó un sistema de recursos que significa: *i*) un control serio sobre las decisiones más importantes del proceso (v. gr., la que lo decide, las que sin decidirlo le ponen fin o hacen imposible su continuación, las relativas a la libertad personal); *ii*) un ámbito de protección comprensivo de las reglas del debido proceso legal (garantías mínimas reconocidas por el P.I.D.C.P. y por la C.A.D.H.), y la correcta aplicación de las normas sustanciales de decisión del caso penal; *iii*) un respeto consecuente de los principios que informan la reforma procesal penal, fundamentalmente los de oralidad e inmediación; principios que no podían ser sacrificados en los altares de la doble instancia.

El legislador diseñó un sistema acorde con los pactos suscritos por la República (art. 14 ord. 5, P.I.D.C.P. y art. 8° ord. 2 literal "h", C.A.D.H.), al concretar el "derecho al recurso" mediante el establecimiento de un recurso de apelación y de un recurso de casación (aparte del recurso de revocación frente a los autos de mera sustanciación, y del recurso de revisión, único que ataca la cosa juzgada).

El recurso de apelación no implica la repetición del juicio oral ante la alzada (recurso amplio sobre hechos y derecho), sino la posibilidad de corregir agravios que tengan relación con la violación de las normas relativas a la oralidad, inmediación, concentración y publicidad del juicio; ilogicidad

de la motivación; prueba prohibida o ilegalmente incorporada; indefensión; violación de ley. Se estimó que un recurso de apelación amplio, propio de los procedimientos inquisitivos, equivalía a renunciar a la reforma: a dar primacía a la doble instancia sobre la inmediación y la oralidad. La médula de un sistema acusatorio la conforman la inmediación y la oralidad, prueba de ello que juicios orales y públicos han existido durante siglos sin "doble instancia" (Inglaterra, Estados Unidos, Alemania, España); en cambio, no constituiría ni siquiera una caricatura de sistema acusatorio aquel en que estuvieran ausentes inmediación y oralidad, o cualquiera de ellas.

El legislador optó por lo esencial, por lo insito a la naturaleza del sistema acusatorio. *Binding dixit* respecto de la repetición del juicio oral: sería no una doble instancia, sino una segunda primera instancia. Fugacidad del juicio oral denota espontaneidad, de imposible repetición idéntica.

Se innova al hacer que el recurso sea fundado en alguno de los motivos legales, procesales o sustanciales. La traducción se simplifica notablemente al disponerse que el tribunal *a quo* no dicta resolución sobre la admisibilidad del recurso, sino que se limita a emplazar a las demás partes para que lo contesten, y a enviar las actuaciones a la alzada. En el tribunal *ad quem* se convocará a una audiencia oral y pública en donde se verá la causa. La convocatoria es obligatoria si la decisión apelada es la sentencia del juicio oral y público, y condicional si se trata de autos. La decisión dependerá del agravio invocado. Si se violó alguna regla del debido proceso legal, la causa se reenviará para un nuevo juicio, o se repondrá a un estado anterior si el vicio ocurrió antes. El juicio oral se celebrará ante un juez distinto del que la pronunció, pero del mismo Circuito Judicial. Será procedente una decisión propia cuando los principios de inmediación y contradicción no exijan un nuevo debate. En suma, este recurso de apelación, así concebido y normado, aunque pueda ser titulado de "paracasacional" o "extraordinario", constituye un control serio sobre la regularidad del proceso y su mérito.

El recurso de casación, que se atribuye constitucionalmente y en forma exclusiva y excluyente a la Corte Suprema de Justicia (art. 215 ord. 10), se desformaliza y su tramitación se simplifica en la manera vista para la apelación. Sus

causales son las clásicas: quebrantamiento de formas esenciales y violación de ley. Al igual que en el recurso de apelación se menciona separadamente la ilogicidad de la motivación, pese a su perfecta cabida en las cláusulas generales, para señalar a los jueces del mérito la importancia que tiene para las partes y para la ciudadanía el saber las razones de una decisión, única forma de posibilitar un control procesal y uno público sobre la actividad jurisdiccional. A la vez, la mención autónoma es una señal dirigida a las cortes (de apelaciones y Suprema) de que la libre convicción, obtenida conforme a las reglas de la sana crítica, no la hace intangible al control lógico, esto es, al control sobre la infraestructura racional del juicio de formación de la convicción judicial (Bacigalupo, p. 29). La decisión de la Corte Suprema de Justicia podrá ser *de ius rescindens*, reenvío para un nuevo juicio oral y público (o reposición a una etapa anterior en su caso); o además contentiva del *ius rescissorium*, decisión propia si los principios de inmediación y contradicción no tornan imperioso un nuevo debate.

La sentencia dictada por un tribunal de jurados tiene también, en lo relativo a la impugnación, algunas especificidades. Así, es inapelable, sólo casable. Si el veredicto de culpabilidad se pronuncia por unanimidad, el recurso puede fundarse en la indefensión producto de un quebrantamiento u omisión de formas sustanciales; o en la violación de ley consistente en considerar el juez presidente como ilícito un hecho lícito, o en un error *turis* de calificación del delito, de participación del acusado o en la determinación de la pena. El abanico se abre si el veredicto fue emitido por mayoría. En este caso el recurso puede fundarse, además, en la insuficiencia de prueba, o en la errónea apreciación de la practicada, que evidencie la existencia de un duda razonable sobre la culpabilidad de acusado. No rige el principio de la bilateralidad.

La lectura jurisprudencial y doctrinaria de estos textos les dará su conformación definitiva.

3.4. Procedimientos especiales

En el Libro Tercero del C.O.P.P. se contemplan los siguientes procedimientos especiales: abreviado; por admisión

de los hechos; juicios contra el Presidente de la República y otros altos funcionarios del Estado; en ausencia; de faltas; de extradición; en delitos de acción dependiente de instancia de parte; para la aplicación de medidas de seguridad y para la reparación del daño y la indemnización de perjuicios.

De estos procedimientos especiales presentan algunas particularidades: *i)* El procedimiento abreviado que se aplicará a los delitos flagrantes (cualquiera sea su pena); a los delitos con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años en su límite máximo; y cuando se trate de delitos que no ameriten pena privativa de libertad. Será el juez de control el que declarará, a petición de Ministerio Público, la viabilidad de este procedimiento. En caso afirmativo convoca directamente al juicio oral y público ante un tribunal unipersonal. De modo que se obvia la fase intermedia. Si no concurren los supuestos el juez de control dispone la continuación conforme a las normas del procedimiento ordinario. *ii)* El procedimiento por admisión de los hechos podrá plantearse por el imputado en la audiencia preliminar. Para ello debe admitir (no necesariamente confesar) los hechos objeto del proceso. La admisión tiene como consecuencia la aplicación inmediata de un pena rebajada. La rebaja es obligatoria, facultándose al juez para rebajar la pena desde un tercio a la mitad de la que haya debido imponerse atendidas todas las circunstancias. El juez tiene como parámetros para ejercer su facultad "el bien jurídico afectado y el daño social causado" (art. 376 C.O.P.P.). Si se trata de delitos en los cuales haya habido violencia contra las personas, la rebaja sólo puede alcanzar un tercio. Este dispositivo procede en todos los delitos. *iii)* En los juicios contra el Presidente de la República y otros altos funcionarios del Estado se abre la posibilidad de defensa (hoy se declara que hay méritos para el enjuiciamiento sin audiencia de la parte afectada por la decisión) al establecerse una audiencia oral y pública para que el imputado dé respuesta a la querrela (art. 379, C.O.P.P.). *iv)* El procedimiento de faltas se desarrolla en una sola audiencia teniendo las partes la carga de la presentación de los medios de prueba, pudiendo el imputado pedir el auxilio público cuando no pueda presentar alguna. *v)* El procedimiento en los delitos de acción dependiente de instancia de parte se inicia necesariamente por querrela ante el tribunal de juicio. En

ella puede solicitarse el auxilio judicial si se requiere llevar a cabo una investigación sobre la identificación del querrelado o para acreditar el hecho punible. Admitida la querrela, el tribunal fija la audiencia y, abierta ésta, se llama a un acto privado de conciliación. Si en dicho acto no se obtiene un resultado continúa el juicio oral y público. *vi)* El procedimiento para la reparación del daño y la indemnización de perjuicios se inicia con la demanda civil que debe presentarse una vez firme la sentencia condenatoria y ante el juez que la dictó. Declarada admisible el juez ordena la reparación del daño o la indemnización de perjuicios. Si el demandado es el condenado sólo podrá objetar la legitimación del demandante para pedir la reparación o indemnización, u oponerse a su clase, extensión o monto. Si se trata de un tercero, puede objetar además la legalidad del título invocado para alegar su responsabilidad.

Las objeciones se resuelven en una audiencia. La ejecución forzosa se rige por el Código de Procedimiento Civil.

El C.O.P.P. dispone de soluciones alternativas al sistema penal. Ellas son el principio de oportunidad, los acuerdos reparatorios y la suspensión condicional del proceso.

El principio de oportunidad se encuentra reglado tomado en consideración criterios de bagatela, de política criminal ("testigo de la corona") y de concurrencia de presupuestos que darían lugar a la suspensión condicional de la pena (art. 32). La iniciativa es del fiscal y se desarrolla ante el juez de control, de quien depende la autorización.

Los acuerdos reparatorios entre el imputado y la víctima sólo son admisibles cuando el hecho punible recaiga sobre bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial. La intervención de fuerza, violencia o intimidación impiden la disponibilidad del bien jurídico afectado por ellas. Estos acuerdos son procedentes desde la fase preparatoria y deben ser aprobados por el juez. Éste velará porque el consentimiento haya sido prestado libre e informadamente. El cumplimiento del acuerdo extingue la acción penal. La reparación admite plazo, que no puede sobrepasar los 6 meses.

La suspensión provisional del proceso es una anticipación de la suspensión que procedería respecto de la ejecución de la pena (pena menor de 8 años, no haber sido condenado anteriormente a pena corporal, sujeción a condiciones).

El imputado puede solicitar esta medida ante el juez de control, admitiendo el hecho que se le atribuye. El juez convoca a una audiencia para resolver. Si la suspensión es admitida, el juez fija el plazo del régimen de prueba (entre 2 y 5 años) y determina la condición o condiciones a cumplir por el imputado (v. gr., residencia en un lugar determinado; participar en programas especiales de tratamiento de la adicción a las drogas o al alcohol; comenzar o finalizar la escolaridad básica; no conducir vehículo si éste hubiere sido medio de comisión del delito). Si el imputado cumple las condiciones el juez decreta el sobreseimiento de la causa. Caso contrario se reanuda el proceso.

3.5. Participación del ofendido en el procedimiento

El C.O.P.P. ha devuelto a la víctima su papel de actor principal en el escenario procesal. Su menguado papel de denunciante y de testigo en el C.E.C., se transforma en derechos procesales concretos y efectivos; la protección y reparación del daño sufrido son elevados a la categoría de objetivo del proceso penal. Son derechos de la víctima, aunque no se haya constituido como querellante, entre otros, los siguientes: ser informada de los resultados del proceso; solicitar medidas de protección; adherir a la acusación del fiscal o presentar una propia; ser notificada de la resolución del archivo y pedir al juez que ordene continuar la investigación; impugnar el sobreseimiento o la sentencia absolutoria siempre que el fiscal haya recurrido. En definitiva, el C.O.P.P. permite "que la víctima deje de ser un sujeto absolutamente marginal y extraño al proceso penal" (Guía).

3.6. Ejecución penal

En sede de ejecución, el C.O.P.P. da pasos en la dirección correcta: dar primacía a lo jurisdiccional sobre lo administrativo. Se crea la figura del juez de ejecución a quien le corresponde la ejecución de las penas y medidas de seguridad y, en general, todo lo relacionado con la libertad del penado (rebaja de pena, suspensión condicional de su ejecución, redención de la pena por el trabajo y el estudio, extinción de la pena). Se reconoce al condenado su derecho de defensa para plantear al

tribunal de ejecución todas las observaciones que estime convenientes. Todos los incidentes relativos a la ejecución de la pena y los que, por su importancia, el tribunal estime necesarios, serán resueltos en audiencia oral y pública. La decisión es apelable. El juez de ejecución controla el cumplimiento adecuado del régimen penitenciario. Puede inspeccionar los establecimientos penitenciarios y hacer comparecer ante sí a los penados. Con motivo de las visitas el juez puede dictar los pronunciamientos que juzgue convenientes para corregir y prevenir las faltas que observe, y exhortar a la autoridad (administrativa) competente para que expida las resoluciones necesarias. Dadas las ingentes carencias materiales de los establecimientos carcelarios, dar características de obligatoriedad a los pronunciamientos del juez respecto de la administración, le pareció al legislador que sería crear una norma inefectiva. El tribunal de ejecución tiene a su cargo lo relativo a la libertad condicional (cumplimiento de a lo menos las dos terceras partes de la pena impuesta y pronóstico favorable sobre el comportamiento futuro).

3.7. Organización judicial y del Ministerio Público

El C.O.P.P., a pesar de las recomendaciones que emanan de los cánones académicos, emprendió junto con la reforma del proceso penal la de la organización judicial. La célula básica de ésta es el juez, que hoy "tiene su propia oficina judicial, su propio personal y su propio mobiliario" (Rosell, p. 91). Despacho judicial más expediente resumen la organización y el procedimiento de hoy. En la práctica diaria el juez dedica más tiempo a lo administrativo que al oficio de juzgar.

La organización proyectada en el C.O.P.P. tiene como núcleo al Circuito Judicial Penal. Éste es "una organización jurisdiccional y administrativa, integrada por los jueces penales de igual competencia territorial" (art. 515). Cada Circunscripción Judicial (cuya base es el territorio de cada Estado) tendrá a lo menos un Circuito Judicial Penal, que estará formado por una corte de apelaciones y un tribunal de primera instancia. La corte de apelaciones estará integrada a lo menos por una sala de 3 jueces profesionales. A su vez, el tribunal de primera instancia contará con jueces profesionales que ejercerán las funciones de control, de juicio y de eje-

cución de sentencia, en la forma rotativa que se establezca. El control de la investigación y la fase intermedia están a cargo de un tribunal unipersonal denominado tribunal de control. La fase de juicio corresponde a los tribunales de juicio que se integran con jueces profesionales que pueden actuar como tribunal unipersonal; o como presidentes de un tribunal mixto o de un tribunal de jurados. Los jueces de control y los de juzgamiento se rotarán anualmente. El juez en el ejercicio de la función de control es el juez de las garantías constitucionales y procesales. Tiene como funciones privativas el decretar las medidas de coerción en la fase en que interviene; el realizar la audiencia preliminar y aplicar el procedimiento por admisión de los hechos (este último es el único caso en que dicta sentencia). El juez en el ejercicio de la función de juicio es competente: *i*) como juez unipersonal en las causas por delitos que no tengan asignadas pena privativa de libertad y en aquéllas en que ésta no sea mayor de cuatro años; asimismo tiene competencia para conocer de los procedimientos abreviado y de faltas; *ii*) como juez presidente de un tribunal mixto cuando la pena privativa de libertad sea mayor de 4 años y no exceda de 16; y *iii*) como juez presidente de un tribunal de jurados cuando la pena privativa de libertad sea superior a 16 años.

Los jueces en el ejercicio de la función de ejecución de sentencia velarán por el cumplimiento de las penas y medidas de seguridad. La dirección administrativa del Circuito Judicial Penal estará a cargo de un juez presidente (y por un vicepresidente que lo suple) designado por el Consejo de la Judicatura. Debe ser juez titular de Corte de Apelaciones y tener formación en administración.

El juez presidente supervisa la administración del Circuito y propone el nombramiento del personal auxiliar. Debe también supervisar el funcionamiento del sistema de distribución de causas. Se designará también un vicepresidente para suplirlo. En cada Circuito existirá un Director de Servicios Administrativos que tendrá a su cargo los servicios judiciales y los servicios generales del Circuito. Los jueces presidentes de los Circuitos Judiciales Penales constituyen el Consejo Judicial Penal, que dirige el juez presidente de mayor antigüedad judicial. El Consejo tiene facultades para aprobar el reglamento interno de los Circuitos, evaluar el des-

empeño de éstos y elaborar el proyecto del presupuesto anual de los Circuitos judiciales penales. Corresponde a la Corte de Apelaciones aprobar anualmente, en cada Circuito, el programa de rotación de los jueces del tribunal de primera instancia y el sistema de distribución de causas.

Cada sala de audiencias tendrá un secretario permanente que actuará como secretario del tribunal en los juicios que son realizados en ella. Se dispondrá de los secretarios necesarios para refrendar las decisiones en ejercicio de control o de ejecución de sentencia. Los secretarios deben ser abogados. Existirá un servicio de alguacilazgo para la recepción de la correspondencia, transporte y distribución de documentos, seguridad en las salas de audiencias, y en la sede de los tribunales y práctica de las citaciones y ejecución de las órdenes de los tribunales.

El Ministerio Público venezolano es constitucionalmente independiente y autónomo de los poderes públicos. Constituye una mixtura heterodoxa de acusador y *ombudsman*. Se aprobó por el Congreso de la República una Ley de Reforma a la Ley Orgánica del Ministerio Público, que se encuentra actualmente en poder del Presidente de la República para su promulgación o veto. Esta reforma contiene importantes avances en la dirección de desconcentrar su organización centralista y otorgar a los fiscales una mayor independencia interna en el desempeño de sus funciones. Así, se crea en cada circunscripción judicial la figura de un fiscal superior, lo que permitirá un mayor contacto de la institución con las respectivas comunidades. Se legisla sobre la vinculación a instrucciones, obligatorias cuando se trata del ejercicio de la acción penal o de la renuncia al enjuiciamiento. Frente a un caso concreto, los fiscales no pueden ser obligados a requerir o a dictaminar en contra de su interpretación. El fiscal superior, en tal caso, solicita opinión al fiscal general de la República, cuya decisión será vinculante. En supuestos de urgencia el fiscal superior puede pedir a otro fiscal que se encargue del asunto, o hacerlo personalmente, pero en todo caso debe consultar posteriormente su decisión. Dentro de la misma perspectiva, de la independencia interna de los fiscales, se dispone que, dentro de un plazo no mayor de 90 días contado desde la entrada en vigencia de la ley, el fiscal general de la República dictará el Estatuto de Personal que regirá la carrera de los fiscales del Ministerio Público.

Finalmente, para garantizar la autonomía funcional del Ministerio Público, se le autoriza para preparar su proyecto de presupuesto de gastos, el que será remitido al Ejecutivo nacional para su incorporación sin modificaciones al correspondiente Proyecto de Ley de Presupuesto que se someterá al Congreso de la República. Se establece que el Ministro de Hacienda, junto al mencionado Proyecto de Ley de Presupuesto, deberá presentar al Congreso de la República la opinión razonada del Ministerio acerca del Proyecto de Presupuesto del Ministerio Público.

Debe hacerse constar que el legislador venezolano, como parte de la reforma procesal penal, aprobó las siguientes leyes: Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura (Gaceta Oficial 8/9/98), en vigencia a partir del 23/1/99; Ley de Reforma de la Ley Orgánica del Ministerio Público (Gaceta Oficial 11/9/98), en vigencia a partir del 23/1/99; Ley de Reforma de la Ley de Carrera Judicial (Gaceta Oficial 11/9/98), en vigencia a partir del 23/1/99; Ley de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Gaceta Oficial 11/9/98), en vigencia a partir del 1/9/99; Ley de Reforma de la Ley de Policía Judicial (Gaceta Oficial 11/9/98), en vigencia a partir del 1/9/99; Ley de Reforma Parcial del Código de Justicia Militar (Gaceta Oficial 17/9/98), en vigencia a partir del 1/9/99.

Hasta aquí este Informe sobre Venezuela, pasado y presente de su proceso penal.

4. Apéndice de bibliografía

4.1. Sobre el proceso penal anterior

- ANGULO ARIZA, F. S.: *Cátedra de enjuiciamiento criminal*, Caracas, 1973.
- CHIOSSONE, Tulio: *Manual de Derecho procesal penal*, 3ª ed., Caracas, 1981.
- FIERRO HERRERA, Helena: *A instancia de parte agraviada*, Caracas, 1984.

4.2. Sobre el proceso penal reformado

- BACIGALUPO, Enrique: *La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios*, Buenos Aires, 1994.

- BINDER, Alberto M.: *Justicia penal y Estado de Derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.
- *Introducción al Derecho procesal penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.
- *Política criminal. De la formulación a la praxis*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997.
- BROWN CELLINO, Sergio: *El sistema de impugnación en el Código Orgánico Procesal Penal*, Caracas, 1998.
- , y ROSELL SENHENN, Jorge: "Proceso inquisitivo escrito versus proceso acusatorio oral", *Contribuciones 3/1996*, año XIII, n° 3 (51) julio-septiembre, Buenos Aires, 1996, pp. 23-37.
- CALAMANDREI, Piero: *Proceso y democracia*, Buenos Aires, 1960.
- CARNELUTTI, Francesco: *Lecciones sobre el proceso penal*, t. IV, Buenos Aires, 1950.
- ENGISCH, Karl: *Introducción al pensamiento jurídico*, Madrid, 1997.
- ESER, Albin: "La posición jurídica del inculcado en el Derecho Procesal Penal de la República Federal alemana", separata del *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*.
- FAUNDEZ LEDEZMA, Héctor: *Administración de justicia y Derecho internacional de los derechos humanos*, Caracas, 1992.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La Constitución como norma jurídica*, Madrid, 1980.
- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: *Sistemas penales y derechos humanos en América latina* (Informe final), Buenos Aires, 1986.
- MAIER, Julio B. J.: *La Ordenanza Procesal Penal Alemana*, Buenos Aires, 1978.
- *Derecho Procesal Penal*, t. I, Buenos Aires, 1996. 2ª ed.
- NIKKEN, Pedro: *Código de Derechos Humanos*, Caracas, 1991.
- ROSELL SENHENN, Jorge: *Los principios y las garantías en el proceso penal*, Barquisimeto, 1998.
- ROXIN, Claus: "Posición jurídica y tareas futuras del Ministerio Público". *Conferencia con motivo de los 100 años del Ministerio Público*, Hamburgo, 1969.
- ARZT, Gunther, y TIEDEMANN, Klaus: *Introducción al Derecho penal y al Derecho penal procesal*, Barcelona, 1989.
- SCHMIDT, Eberhard: *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1957.

5. Apéndice de legislación

5.1. Constitución de la República (1961)

Art. 50. — “La enunciación de los derechos y garantías contenida en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella.

La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.”

Art. 58. — “El derecho a la vida es inviolable. Ninguna ley podrá establecer la pena de muerte ni autoridad alguna aplicarla.”

Art. 60. — “La libertad y seguridad personales son inviolables, y en consecuencia:

Primero. 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. El sumario no podrá prolongarse más allá del límite máximo legalmente fijado.

Tercero. Nadie podrá ser incomunicado ni sometido a tortura o a otros procedimientos que causen sufrimiento físico o moral. Es punible todo atropello físico o moral inferido a persona sometida a restricciones de su libertad.

Cuarto. Nadie podrá ser obligado a prestar juramento ni consreñido a rendir declaración o a reconocer culpabilidad en causa penal contra sí mismo, ni contra cónyuge o la persona con quien haga vida marital, ni contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

Octavo. Nadie podrá ser sometido a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgado anteriormente.”

Art. 68. — “Todos pueden utilizar los órganos de administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses, en los términos y condiciones establecidas 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”

Art. 136. — “Es de la competencia del Poder Nacional:
Vigésimocuarto. La legislación reglamentaria de las garantías que otorga esta Constitución...”

Art. 204. — “El Poder Judicial se ejerce por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que determine la ley orgánica.”

Art. 205. — “En el ejercicio de sus funciones, los jueces son autónomos e independientes de los demás órganos del poder público.”

Art. 217. — “La ley orgánica respectiva creará el Consejo de la Judicatura, cuya organización y atribuciones fijará con el objeto de asegurar la independencia, eficacia, disciplina y decoro de los tribunales y de garantizar a los jueces los beneficios de la carrera judicial. En él deberá darse adecuada representación a las otras ramas del poder público.”

Art. 218. — “El Ministerio Público velará por la exacta observancia de la Constitución y de las leyes, y estará a cargo y bajo la dirección y responsabilidad del fiscal general de la República, con el auxilio de los funcionarios que determine la ley orgánica.

Art. 220. — “Son atribuciones del Ministerio Público:
Cuarto. Velar por el correcto cumplimiento de las leyes y la garantía de los derechos humanos en las cárceles y demás establecimientos de reclusión.”

Art. 241. — “En caso de emergencia, de conmoción que pueda perturbar la paz de la República o de grave circunstancias que afecten la vida económica o social, el Presidente de la República podrá restringir o suspender las garantías constitucionales, o alguna de ellas, con excepción de las consagradas en el art. 58 y en los ordinales tercero y séptimo del art. 60...”

5.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley Aprobatoria publicada en Gaceta Oficial 28/1/78)

Art. 14. —

1. “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 sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil...”
5. “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.”
7. “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia

firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país."

5.3. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José. Ley Aprobatoria publicada en Gaceta Oficial 14/6/77)

Art. 8° — "Garantías Judiciales"

1. 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 sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter."
4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5.4. Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia

Artículo 1° — "La Corte Suprema de Justicia es el más alto tribunal de la República y la máxima representación del Poder Judicial. Contra las decisiones que dicte, en pleno o en alguna de sus salas, no se oír ni admitirá recurso alguno."

5.5. Código de Enjuiciamiento Criminal

Art. 34. — "Son causas legítimas de recusación:

6°.omissis... No constituirán causal de inhibición o recusación las razones que hayan debido expresar los jueces como fundamento de las decisiones dictadas durante la etapa sumarial."

Art. 50. — "Toda sentencia definitiva en primera instancia es apelable dentro de las 5 audiencias siguientes a la notificación que se haga de ella al reo si estuviere detenido o a su defensor; y si no estuviere, a partir del día del pronunciamiento, y la apelación se oír en ambos efectos."

Art. 68. — "Son causas de reposición de oficio:

1°. No haber tenido defensor el reo, o no haberse juramentado el nombrado, o no haber asistido a la indagatoria o al acto de cargo."

Art. 71. — "Constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a averiguar y hacer constar la perpetración de los hechos

punibles, con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los presuntos agentes, con el aseguramiento de sus personas y de los objetos activos y pasivos de la perpetración.

Después de la detención judicial del indiciado, el sumario debe estar concluido dentro de los 30 días siguientes. Las citas y diligencias que no hayan podido evacuarse en este término, se evacuarán en el plenario."

Art. 73. — "Las diligencias del sumario, ya empiezan de oficio, ya a instancia de parte, serán secretas hasta que éste se declare terminado, menos para el representante del Ministerio Público..."

Art. 74. — "Todo funcionario de instrucción está en el deber de dictar sin pérdida de tiempo, auto de proceder a la averiguación sumaria, cuando según las disposiciones del Capítulo I, Título II, de este Código, de cualquier modo supiere que en su jurisdicción se ha cometido un hecho punible que no sea de los que sólo pueden enjuiciarse por acción dependiente de la acusación o querrela de la parte agraviada o a instancia del Ministerio Público..."

Art. 75-D. — "La policía judicial, en la consecución de elementos probatorios, practicará las siguientes actuaciones:

- a) Tomar declaración informativa a los sindicados, con las formalidades establecidas en el art. 193."

Art. 115. — "La base del procedimiento en materia penal, es la comprobación o la existencia de una acción u omisión previstos expresamente por la ley, como delito o falta."

Art. 135. — "Los objetos robados, hurtados o sustraídos deberán evaluarse por peritos; y si aquellos efectos no se encuentran, los peritos harán un avalúo prudencial, tomando para ello los informes necesarios y aun las estimaciones que les den los interesados.

Este mismo procedimiento tendrá lugar en las causas por estafa y daños comunes."

Art. 182. — "Siempre que resulte plenamente comprobado que se ha cometido un hecho punible que merezca pena corporal, sin estar evidentemente prescrita la acción penal correspondiente, y aparezcan fundados indicios de la culpabilidad de alguna persona, el tribunal instructor decretará la detención del indiciado por auto razonado, que contendrá:

- 1°. El nombre y apellido del indiciado y cualesquiera otros datos que sirvan para su identificación.
- 2°. Una relación sucinta de los fundamentos de hecho y de derecho del auto de detención y la calificación provisional del delito."

Art. 193. — "En cualquiera de los casos del artículo anterior y siempre que hubiere de oírse al reo, en persona, se le impondrá del hecho punible que se inquiriere y se le leerá el precepto de la Constitución que garantiza al enjuiciado 'no será obligado a prestar juramento ni a reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge o contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad'."

Art. 204. — "Luego que se hayan practicado todas las diligencias conducentes a comprobar el cuerpo del delito y a descubrir al culpable, o cuando, aun sin haberse podido evacuar toda, hubieren transcurrido 30 días después de efectuada la detención judicial del procesado, el funcionario de instrucción pasará el expediente al tribunal de la causa, cuando él mismo no lo sea, junto con el procesado."

El tribunal de la causa revisará el expediente, y si no encontrare faltas, declarará concluido el sumario por auto expreso."

Art. 227. — "En el mismo acto a que se refiere el artículo anterior, el encausado, por sí o por medio de su defensor, podrá oponer las excepciones dilatorias siguientes:

1°. La declinatoria de la jurisdicción del tribunal que conoce del juicio, por incompetencia del mismo, por litispendencia o por haberse acumulado el proceso a otro de que esté conociendo un tribunal distinto."

Art. 228. — "En el mismo acto, y juntamente con las dilatorias podrá el procesado oponer las excepciones de inadmisibilidad:

3°. Cosa juzgada."

Art. 244. — "En el enjuiciamiento penal, las pruebas podrán apoyarse:

1°. En la confesión espontánea del procesado y en las posiciones de las partes acusadora y civil.

2°. En la inspección ocular.

3°. En documentos públicos o privados.

4°. En declaraciones de testigo, facultativos o peritos.

5°. En indicios y presunciones."

Art. 247. — "La confesión hecha por el procesado ante el tribunal en el sumario, antes o después del auto de detención, o en el plenario, hará prueba contra él, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

1°. Que se haya rendido libremente y sin juramento.

2°. Que el cuerpo del delito esté plenamente comprobado.

3°. Que haya además en los autos algún indicio o presunción, por lo menos, contra el procesado."

Art. 248. — "La confesión extrajudicial y la rendida ante las autoridades de policía judicial, no podrá apreciarse sino como un indicio más o menos grave, según el carácter de la persona que la hizo y los motivos y las circunstancias en que se encontraba y que pudo tomar en cuenta."

Art. 249. — "En ningún caso se acordará que el reo absuelva posiciones, aun cuando haya parte civil en el juicio."

Art. 253. — "Los documentos privados reconocidos por el reo, tienen valor probatorio y podrán ser así considerados a los efectos de la comprobación del hecho punible y la culpabilidad del encausado."

Art. 349. — "Los errores en la motivación del fallo impugnado y las erróneas indicaciones de disposiciones legales, que no hayan tenido influencia decisiva sobre la parte dispositiva de aquél, no darán lugar al recurso, pero la Corte deberá expresar en su sentencia las censuras y rectificaciones necesarias."

Art. 358. — "Terminada una causa en última instancia y devueltos los autos al tribunal que conoció en primera, éste mandará a cumplir la sentencia y procederá inmediatamente a su ejecución, sujetándose para ello a las determinaciones del fallo y a lo que para el efecto dispone el Código Penal."

Art. 412-A. — "Las disposiciones del presente Capítulo fijan las reglas que deben seguirse en materia de enjuiciamiento de los delitos cuya pena sea de prisión o de arresto hasta por 4 años en su límite máximo, relegación a una colonia penitenciaria, confinamiento, expulsión del territorio de la República o pena no corporal, cuando el juez optare por este procedimiento en vez del ordinario."

Art. 420. — "La sentencia la dictará verbalmente el juez en la misma audiencia o en la que haya destinado para la evacuación de las pruebas indicadas por el procesado."

5.6. Código de Justicia Militar

Art. 163. — "El fiscal militar no podrá iniciar ninguna investigación sin la orden previa de apertura dictada por la autoridad competente.

Son funcionarios competentes para ordenar que se abra averiguación militar:

1°. El Presidente de la República, en el caso del ordinal 1° del art. 54 de este Código;

- 2°. El Ministro de la Defensa,
- 3°. Los Jefes de Regiones Militares;
- 4°. Los Comandantes de Guarnición;
- 5°. Los Comandantes de Teatros de Operaciones;
- 6°. Los Jefes de Unidades Militares en Campaña.

5.7. Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas

Art. 58. — "Por ninguno de los delitos previstos en el presente Título se concederá el beneficio de la libertad provisional bajo fianza de cárcel segura, salvo que exista una sentencia absolutoria de primera instancia..."

Art. 74. — "Se permite el procedimiento de entrega vigilada de drogas no así el de la entrega controlada de droga, con autorización previa del juez de primera instancia en lo penal y notificación al fiscal del Ministerio Público..."

5.8. Código Orgánico Procesal Penal

Art. 1° — "Juicio previo y debido proceso. Nadie podrá ser condenado sin un juicio previo, oral y público, realizado, sin dilaciones indebidas, ante un juez imparcial, conforme a las disposiciones de este Código y con salvaguarda de todos los derechos y garantías del debido proceso, consagrados en la Constitución de la República, las leyes, los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República."

Art. 8° — "Presunción de inocencia. Cualquiera a quien se le impute la comisión de un hecho punible tiene derecho a que se le presuma inocente y a que se le trate como tal, mientras no se establezca su culpabilidad mediante sentencia firme."

Art. 10. — "Respeto a la dignidad humana. En el proceso penal toda persona debe ser tratada con el debido respeto a la dignidad inherente al ser humano, con protección de los derechos que de ella derivan, y podrá exigir a la autoridad que le requiera su comparecencia el derecho de estar acompañada de un abogado de su confianza.

El abogado requerido, en esta circunstancia sólo podrá intervenir para garantizar el cumplimiento de lo previsto en el art. 1°."

Art. 12. — "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."

Art. 13. — "Finalidad del proceso. El proceso debe establecer la verdad de los hechos por las vías jurídicas, y la justicia en la aplicación del Derecho, y a esta finalidad deberá atenerse el juez al adoptar su decisión."

Art. 14. — "Oralidad. El juicio será oral y sólo se apreciarán las pruebas incorporadas en la audiencia, conforme a las disposiciones de este Código."

Art. 15. — "Publicidad. El juicio oral tendrá lugar en forma pública."

Art. 16. — "Inmediación. Los jueces que han de pronunciar la sentencia deben presenciar, ininterrumpidamente, el debate y la incorporación de las pruebas de las cuales obtienen su convencimiento."

Art. 17. — "Concentración. Iniciado el debate, éste debe concluir en el mismo día. Si ello no fuere posible, continuará durante el menor número de días consecutivos."

Art. 18. — "Contradicción. El proceso tendrá carácter contradictorio."

Art. 20. — "Única persecución. Nadie debe ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho.

Sin embargo, será admisible una nueva persecución penal:

- 1°. Cuando la primera fue intentada ante un tribunal incompetente, que por ese motivo concluyó el procedimiento;
- 2°. Cuando la primera fue desestimada por defectos en su promoción o en su ejercicio."

Art. 117. — "Derechos de la víctima. Quien de acuerdo con las disposiciones de este Código sea considerado víctima, aunque no se haya constituido como querellante, siempre que lo solicite, podrá ejercer en el proceso penal los siguientes derechos:

- 1°. Presentar querrela e intervenir en el proceso conforme a lo establecido en este Código;
- 4°. Adherir a la acusación del fiscal o formular una acusación propia contra el imputado."

Art. 121. — "Imputado. Se denomina imputado a toda persona a quien se le señale como autor o participe 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 a juicio, el imputado adquiere la calidad de acusado."

Art. 122. — "Derechos. El imputado tendrá los siguientes derechos:

3°. Ser asistido, desde los actos iniciales de la investigación, por un defensor que designe él o sus parientes y, en su defecto, por un defensor público."

Art. 127. — "Oportunidades. El imputado declarará durante la investigación ante el funcionario del Ministerio Público encargado de ella, cuando comparezca espontáneamente y así lo pida, o cuando sea citado por el Ministerio Público.

Si el imputado ha sido aprehendido, se notificará inmediatamente al juez de control para que declare ante él, a más tardar en el plazo de doce horas a contar desde su aprehensión; este plazo se prorrogará por otro tanto, cuando el imputado lo solicite para nombrar defensor.

Durante la etapa intermedia, el imputado declarará si lo solicita y la declaración será recibida en la audiencia preliminar por el juez.

En el juicio oral declarará en la oportunidad y formas previstas por este Código.

El imputado tendrá derecho de abstenerse de declarar como también a declarar cuantas veces quiera, siempre que su declaración sea pertinente y no aparezca sólo como una medida dilatoria en el proceso.

En todo caso, la declaración del imputado será nula si no la hace en presencia de su defensor."

Art. 182. — "Veredicto de culpabilidad. Cuando el veredicto es de culpabilidad, el juez presidente concederá la palabra al fiscal y al acusado para que en ese orden, debatan sobre la penal o medida de seguridad a imponer.

El juez presidente podrá limitar equitativamente el tiempo de las intervenciones."

Art. 252. — "Estado de libertad. Toda persona a quien se le impute participación en un hecho punible permanecerá en libertad durante el proceso, con las excepciones establecidas en este Código.

La privación de libertad es una medida cautelar, que sólo procederá cuando las demás medidas cautelares sean insuficientes para asegurar las finalidades del proceso."

Art. 293. — "Investigación de la policía. Si la noticia es recibida por las autoridades de policía, éstas la comunicarán al Ministerio Público dentro de las 8 horas siguientes y sólo practicarán las diligencias necesarias y urgentes."

Art. 301. — "Legitimación. Sólo la persona natural o jurídica, que tenga la calidad de víctima podrá presentar querrela."

Art. 312. — "Formalidades. Las diligencias practicadas constarán, en lo posible, en una sola acta, con expresión del día en que se efectúan, y la identificación de las personas que proporcionan información.

El acta resumirá el resultado fundamental de los actos realizados y con la mayor exactitud posible, describirá la circunstancia de utilidad para la investigación.

El acta será firmada por los participantes y por el funcionario del Ministerio Público que lleve a cabo el procedimiento."

Art. 321. — "Duración. El Ministerio Público procurará dar término al procedimiento preparatorio con la diligencia que el caso requiera.

Pasados 6 meses desde la individualización del imputado, éste podrá requerir al juez de control la fijación de un plazo prudencial para la conclusión de la investigación.

Vencido el plazo fijado, el Ministerio Público deberá, dentro de los 30 días siguientes, presentar la acusación o solicitar el sobreseimiento."

Art. 376. — "Solicitud. En la audiencia preliminar, el imputado, admitidos los hechos objeto del proceso, podrá solicitar al tribunal la imposición inmediata de la pena. En estos casos, deberá el juez rebajar la pena aplicable al delito desde un tercio a la mitad de la pena que haya debido imponerse atendidas todas las circunstancias, tomando en consideración el bien jurídico afectado y el daño social causado. Sin embargo, si se trata de delitos en los cuales haya habido violencia contra las personas, el juez sólo podrá rebajar la pena aplicable hasta en un tercio."

Art. 379. — "Procedimiento. Recibida la querrela, la Corte Suprema de Justicia convocará a una audiencia oral y pública dentro de los 30 días siguientes para que el imputado dé respuesta a la querrela. Abierta la audiencia, el fiscal general de la República explicará la querrela. Seguidamente, el defensor expondrá los alegatos correspondientes. Se admitirán réplica y contrarréplica. El imputado tendrá la última palabra. Concluido el debate la Corte declarará, en el término de 5 días siguientes, si hay o no mérito para el enjuiciamiento.

Art. 515. — "Circuito Judicial Penal. En toda Circunscripción Judicial se creará, por lo menos 90 días antes de la entrada en vigencia de este Código, una organización jurisdiccional y administrativa, integrada por los jueces penales de igual competencia territorial, que se denominará Circuito Judicial Penal. El Consejo de

la Judicatura podrá crear más de un Circuito Judicial Penal en una Circunscripción Judicial, cuando por razones de servicio sea necesario. Su organización, composición y funcionamiento se regirán por las disposiciones establecidas en este Código, en las leyes orgánicas correspondientes y en el Reglamento Interno de los Circuitos Judiciales Penales.

En los casos en los cuales por razones del servicio en un Circuito Judicial Penal no se disponga del número de jueces superiores necesarios para integrar al menos una corte de apelaciones, ésta podrá constituirse con miembros de la corte de apelación del Circuito Judicial Penal vecino, en la forma que lo acuerde el Consejo de la Judicatura.”

RESUMEN COMPARATIVO DE LOS INFORMES NACIONALES

LAS REFORMAS PROCESALES PENALES EN AMÉRICA LATINA

POR KAI AMBOS Y JAN WOISCHNIK

En los últimos años, el proceso de democratización en América latina ha recibido nuevos impulsos a partir de importantes proyectos nacionales de reforma del sistema judicial.¹ En el ámbito del Derecho procesal penal se observa una tendencia a reemplazar el tradicional proceso inquisitivo escrito por formas de juicio oral propios de un Estado de Derecho.² Se reduce la característica posición de poder del juez y como contrapartida mejora la posición del imputado que en los sistemas tradicionales era considerado esencialmente como objeto³ del proceso penal iniciado en su contra.

¹ Comp. Comisión Andina de Juristas (ed.): *Reforma del Estado y derechos humanos*, Lima, 1999; Corporación Excelencia en la Justicia (ed.): *Reforma judicial en América latina: una tarea inconclusa*, Bogotá, 1999, ambos con numerosas contribuciones.

² Comp. AMBOS: "Strafprozeßreform in Lateinamerika. Normalverfahren und abgekürztes Verfahren in den neuen Strafprozeßordnungen von Chile, Bolivien, Venezuela, Paraguay und Uruguay. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", *ZStW*, 110 (1998), pp. 225-251; versión ampliada en: AHRENS-NOLTE (ed.): *Rechtsreformen und Demokratieentwicklung in Lateinamerika*, Francfort del Meno 1999, pp. 175-206. En edición en español: *El proceso penal alemán y la reforma en América latina*, Gusato Ibañez, Bogotá, 1998; idem, *Procedimientos abreviados en el proceso penal alemán y en los proyectos de reforma sudamericanos. Contribuciones, KAS/CIEDLA*, Buenos Aires, 3 (1996), pp. 83-131; versión revisada en: *Revista de Derecho Procesal* (España) n° 3 (1997), pp. 545-597; *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal* (Argentina) n° 4/5 (1997), pp. 275-326; *Revista Peruana de Ciencias Penales* n° 5 (1995, publicado 1997), 11-69; *Revista Peruana de Derecho Procesal* n° II (1998), pp. 173-208.

³ J. Bofill define al imputado como al "verdadero ofendido del proceso penal" ("Die Strafprozeßreform in Chile: ein Sprung in die Gegenwart", en GÖSSEL/TRIFFTERER (eds.): *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf*, Heidelberg, 1999, pp. 435-449, 441).

La reforma, en cambio, le garantiza determinados derechos.⁴ Pese a que el *Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica*, presentado en 1988 por los profesores Jaime Bernal Cuéllar, Fernando de la Rúa, Ada Pellegrini Grinover y Julio B. J. Maier,⁵ puede ser considerado el punto de partida central del movimiento reformador, los legisladores de los diferentes países fueron apartándose y continúan haciéndolo en muy diversa manera de las estructuras tradicionales.

El siguiente Resumen Comparativo intenta brindar al lector un panorama general sobre la evolución y el estado actual de las reformas procesales penales en América latina en virtud de los 15 Informes Nacionales que le anteceden. En una *primera parte* se hará referencia en una introducción comparativa a las bases de los sistemas procesales penales. Pese a que muchos de los Informes Nacionales hacen debido hincapié en las pertinentes disposiciones de los acuerdos sobre derechos humanos, en particular en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (C.A.D.H.),⁶ el análisis dedica especial interés a las respectivas disposiciones *constitucionales*. El Derecho constitucional permite obtener una impresión de las particularidades nacionales y establece la base para una mejor comprensión de los capítulos siguientes, en particular en cuanto a la correlación de las reformas con estas disposiciones.

Dado que cuando se procede a analizar un sistema jurídico ajeno, el lector extranjero por naturaleza tiene poca sensibilidad por las raíces y tradiciones que le subyacen, y las conquistas de una reforma sólo se tornan comprensibles ante el marco referencial de su punto de partida, en una *segunda parte* se esboza —con la debida brevedad— el tradicional proceso penal inquisitivo. Según cual sea el estado de la reforma al momento del Informe (comienzos a mediados de 1999), es actualmente parte del pasado, subsiste en forma frag-

⁴ Esa misma evolución tuvo lugar en Europa continental en el siglo XIX (comp. Roxin: *Strafverfahrensrecht*, 25ª ed., Munich, 1998, p. 117).

⁵ Comp. respecto de la génesis del Código Procesal Penal Modelo: Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (ed.): *Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica*, Buenos Aires 1989, pp. 7 y ss.

⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), OEA, Official Records, OES/Ser.K/XVI/I.I, Documento 65, Rev. 1, Corr. 2; comp. también <http://www.oas.org>. Comp. además Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (IPbPR), UN Treaty Series (UNTS) t. 999, 171; <http://www.un.org/Depts/Treaty> así como Convención Europea de Derechos Humanos, UNTS, t. 213, 221; <http://www.coe.fr>.

mentaria pese a reformas básicas, o se mantiene vigente sin mayores variantes. En el primero de los casos, es decir si las reformas ya cobraron vigencia, sólo interesa la situación jurídica *previa* a la entrada en vigor de las reformas.⁷

En una *tercera parte* se ofrecerá una síntesis precisa del avance de las reformas en cada uno de los países estudiados al momento de escribir el presente Resumen y qué reformas entrarán en vigor en un futuro inmediato (*sub.* 3.1.). En un segundo paso se analizarán las conquistas de la reforma que son típicas del Estado de Derecho (3.2.). Quedará demostrado que no existe una "reforma procesal penal latinoamericana" homogénea.⁸ Demasiado grandes son las diferencias entre aquellos países que se han apartado del Derecho tradicional en todos sus aspectos, o que aspiran a hacerlo, y aquellos otros que han impulsado o proyectan introducir sólo reformas parciales. Especial énfasis se hará en aquellos problemas que surgen con vistas al Derecho constitucional o a los derechos humanos en los países pertenecientes al segundo grupo. Por fin se hará hincapié en las estructuras procesales y en algunos detalles relacionados con las mismas (3.3.7.).

No será posible, en cambio, realizar una descripción comparativa de *datos empíricos* sobre el proceso penal. Por un lado, sólo algunos Informes Nacionales brindan estos datos,⁹ por el otro, los datos disponibles no permiten hacer una comparación consistente.

1. **Bases político-jurídicas y principios constitucionales del procedimiento penal**

Con la sola excepción de Cuba, todos los países incluidos en el estudio cuentan hoy con constituciones liberales y

⁷ Las informaciones se extraen de todas las partes pertinentes de los respectivos Informes Nacionales y no limitativamente de la segunda parte. No se trata de hacer una comparación de extrema exactitud de cada uno de los puntos del Temario, sino brindar una descripción fácilmente entendible de la situación jurídica antes y después de la reforma.

⁸ No obstante, presentan una homogeneidad considerable los países que se guiaron en forma sustancial por el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica.

⁹ Comp. en particular los Informes de Argentina, Bolivia, Costa Rica y Colombia con 4 cada uno.

de Estado de Derecho¹⁰ y son Estados signatarios de diferentes tratados internacionales sobre derechos humanos que —en forma más o menos explícita— contienen importantes principios referidos al procedimiento penal, además de datos sobre los derechos que le asisten al imputado (comp. más abajo 1.2.). La C.A.D.H. es ciertamente el pacto más importante de este tipo en América latina.¹¹ A menudo se lo define como la "columna vertebral de la defensa regional de los derechos humanos";¹² en parte prevalece sobre las constituciones o tiene rango constitucional.¹³

Además, en América latina se ha adoptado en general el principio del debido proceso legal proveniente del Derecho estadounidense (*due process of law*), aunque sólo algunas constituciones hacen expresa referencia al mismo. Ejemplos son las constituciones de México, Perú y Brasil.¹⁴ En Guatemala tiene carácter tácito de principio constitucional.¹⁵

No obstante, no todas las estipulaciones son recogidas en forma explícita en las leyes, en particular en las leyes procesales penales, ni implementadas en forma implícita. En muchos casos deben lamentarse —aun después de la reforma— contradicciones considerables entre lo estipulado en la Constitución y los tratados sobre derechos humanos y el De-

¹⁰ En muchos casos se remontan a constituciones de la primera mitad del siglo XIX (comp. por ej. Uruguay, 1.), que tomaron como modelo a la Constitución de los Estados Unidos.

¹¹ Comp. n.a.p. 6.

¹² ZAFFARONI, R.: "La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el sistema penal", *Revista de Derecho Público*, n° 2, Buenos Aires, 1987, pp. 49 y s.; igualmente: CASAL, E.: "Los tratados de derechos humanos y su incidencia en el Derecho procesal penal", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, n° 3, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 165. Comp. también AMBOS: *Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen*, Friburgo, i. Br., 1997, pp. 19, 165; el mismo autor: *Impunidad y Derecho penal internacional*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pp. 46, 66 y ss.

¹³ En algunos casos prevalece por sobre la Constitución, como en Guatemala cuando se trata de los derechos humanos (art. 46, C.N.); rango constitucional por ej. en Argentina (art. 25, n° 22 C.N., 1.4.). Comp. también la documentación en AMBOS: n.a.p. 12, p. 165, n.a.p. 14; el mismo autor, pp. 67 y s., n.a.p. 13.

¹⁴ Perú, II. § 1B 1; México, 1.2.1.; Brasil, 1. El Informe de Colombia contiene una extensa explicación sobre la interpretación conceptual de este principio (1.1.).

¹⁵ Guatemala, 1.2.

recho procesal penal vigente. El Informe de Venezuela habla en este contexto del "reino del fraude de etiquetas".¹⁶ En relación al Brasil se habla de "marcante contradição".¹⁷

1.1. Persecución penal

1.1.1. PERSECUCIÓN PENAL PÚBLICA Y PRIVADA

En todos los países latinoamericanos la acción pública es la norma. Al respecto los delitos se clasifican en diferentes grupos: la acción pública se presenta en la mayoría de los delitos. Se trata de los llamados *delitos de acción pública*. Se conocen además como casos de excepción los *delitos dependientes de instancia privada*¹⁸ o *delitos semipúblicos*¹⁹ y/o los *delitos de acción privada*.²⁰

Al igual que en el Derecho alemán, en los *delitos dependientes de acción pública*, la presentación de la querrela es condición para el proceso. En el caso de los *delitos de acción privada* la víctima tiene mayor influencia sobre la marcha del proceso además de otros derechos de intervención, que adoptan formas bastante diversas.

Particularmente definida es la posición del ofendido en Argentina. En este país, el ofendido no sólo decide sobre el

¹⁶ Venezuela, 1.2. Comp. también Chile, 1.2.

Estas contradicciones sólo se comprenden ante el marco referencial de la noción latinoamericana de Constitución. Por un lado existe una enorme confianza en la Constitución, que es considerada uno de los principales factores para la regulación de la vida social. Por el otro parece prevalecer en general la convicción de que la ruptura existente entre orden jurídico y realidad social, no es motivo de preocupación. Por el contrario, esta ruptura es considerado un hecho más o menos lamentable pero bastante intrascendente (comp. GARZÓN VALDÉS, E.: "Rechtsphilosophische Überlegungen über Verfassungsreformen in Lateinamerika", en AHRENS/NOLTE: n.a.p. 2, pp. 110 y ss.

¹⁷ Brasil, 1.

¹⁸ Es el caso en Argentina (ibidem, 1.1.), Brasil (1.1.1.), Chile (1.1.), Costa Rica (1.1.1.), Guatemala (1.1.), Colombia (1.1.1.), México (1.1.6.), Paraguay (1.1.), Uruguay (1.1.) y Venezuela (1.1.).

¹⁹ Perú, II. art. 3 A.2.

²⁰ Delitos de acción privada existen en Argentina (ibidem, 1.1.), Bolivia (1.1.1.), Brasil (1.1.1.), Chile (1.1.), Cuba (1.1.), Honduras (1.1.1.), Paraguay (1.1.), Perú (1.3.1.), Venezuela (1.1., referido a la situación jurídica al 1/7/1999).

También en Colombia existe un procedimiento de acción privada; no obstante no se conoce la subdivisión en *delitos de acción pública* y *delitos de acción privada* (Colombia, 1.1.1.).

inicio de la acción, sino que además puede renunciar a la persecución ya iniciada y extinguir la pena decidida en la sentencia condenatoria. En ningún momento del proceso está previsto una intervención del Ministerio Público.²¹ El panorama es distinto en *Bolivia*, donde el Ministerio Público posee importantes derechos de injerencia y donde el rol del ofendido queda fuertemente relegado.²² En *Brasil* se distinguen los delitos de acción penal privada pura y delitos de acción penal privada subsidiaria de pública ("ação penal privada subsidiária da pública"); en este caso, el ofendido sólo pueda actuar en la medida en que el Ministerio Público dicta la clausura de la causa. Sin embargo, la posibilidad de control que ello implica es prácticamente insignificante, porque el ofendido no es informado acerca de la decisión del Ministerio Público de proceder a cerrar las actuaciones.²³

1.1.2. MONOPOLIO ACUSATORIO DEL MINISTERIO PÚBLICO²⁴

En la mayoría de los países analizados, el Ministerio Público posee el monopolio acusatorio.²⁵ En parte así lo establece expresamente la Constitución,²⁶ en parte está consignado en las leyes de nivel inferior o está reconocido como principio tácito.²⁷

²¹ Argentina (1.1.) Tampoco en Costa Rica (1.1.1.) y en Perú (1.3.1.) se da intervención al Ministerio Público.

²² Bolivia, 1.1.1.

²³ Crit. Brasil, 1.1.1.

²⁴ El concepto de "monopolio acusatorio", que fuera indicado a los relatores nacionales en el Temario general es ambiguo. Gran parte de los relatores entendieron que existía un monopolio acusatorio cuando —al margen de procedimientos especiales como el proceso penal privado—, sólo el Ministerio Público puede formular la acusación (comp. n.a.p. 26 y 27). El presente Resumen coincide con esta interpretación. No obstante, algunos relatores han interpretado el concepto en sentido estricto, y negado la presencia de un monopolio acusatorio del Ministerio Público cuando existe un proceso penal privado (comp. Honduras, 1.1.)

²⁵ Sólo en principio, ya que en algunos países este monopolio es quebrado, por ejemplo cuando se trata de procesos políticos (comp. p. ej. Guatemala, 1.1.; Colombia, 1.1.6.; México, 1.1.6.).

²⁶ Argentina, 1.1.; Brasil, 1.; El Salvador, 1.1.; Colombia, 1.1.6.; Cuba, 1.1.; México 1.1.2.; Uruguay, 1.1.

²⁷ Bolivia, 1.1.1.; Costa Rica, 1.1.1.; Guatemala, 1.1.; Honduras 1.1.; Perú, 1.3.1. § 6.; aparentemente también en Venezuela (ibidem, 1.1.).

Chile, en cambio, sigue plenamente enraizado en la tradición del proceso inquisitivo. También en Chile existe un Ministerio Público, pero la acción es formulada básicamente en forma de decisión judicial por parte del juez que ha llevado las actuaciones en el procedimiento preliminar y que una vez concluida la etapa de juicio también dictará la sentencia.²⁸ En el *Paraguay*, el procedimiento principal también puede ser abierto por decisión de un juez y sin que necesariamente el Ministerio Público deba formular previamente una acusación.²⁹

1.1.3. LEGALIDAD/OPORTUNIDAD

En los países latinoamericanos, tradicionalmente rige el principio de legalidad procesal sin que se admitan los actos de potestad discrecional basados en el principio de oportunidad. Al momento de rendirse este Informe, los órganos de la persecución penal están obligados a la investigación frente a todos los casos en los que se toma noticia de presunta comisión de un delito en *Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Guatemala, Honduras, Colombia, México, Paraguay y Venezuela*.³⁰ Sin embargo, en algunos Informes Nacionales se hace hincapié en que en la práctica a menudo se prescinde de la persecución *praeter legem*.³¹

En *Costa Rica, Cuba, El Salvador, Perú y Uruguay*,³² en cambio, al momento del Informe ya existe la posibilidad de desistir de una persecución, pese a la sospecha de criminali-

²⁸ Chile, 1.1.

²⁹ Paraguay, 1.1.

³⁰ Argentina, 1.2.; Bolivia, 1.1.; Brasil, 1.1.2.; Chile, 1.1.; Guatemala, 1.1.; Honduras, 1.1.; Colombia, 1.1.1. y 1.1.6.; México, 1.1.3.; Paraguay, 1.1.; Venezuela, 1.1. Algunos Informes Nacionales hacen referencia a diferentes tipos de procedimientos abreviados, posibilidades de diversión, etc. En el presente aporte, en cambio, se partirá *strictu sensu* sólo en aquellos casos de "oportunidad", cuando queda a criterio del órgano encargado de la persecución penal, prescindir de la misma.

³¹ Honduras, 1.1.; México, 1.1.3.; Paraguay, 1.1. Pese a que los restantes Informes no recogen este aspecto, seguramente es de rigor en muchos otros países. En efecto: la permanente sobrecarga de trabajo muchas veces obliga a la justicia a renunciar a una persecución, al menos en caso de delitos menores.

³² Costa Rica, 1.1.1.; Cuba, 1.1.; El Salvador, 1.1.; Perú, 1.3.1. § 4.; Uruguay, 1.1.1.

dad objetiva. Esta normativa está prevista ante todo para casos de delitos menores o casos en los que el imputado mismo se ha visto perjudicado sensiblemente por su acto delictivo (*poena naturalis*).

En *Costa Rica* existe, además, una interesante disposición respecto del imputado que colabora eficazmente con la investigación. En efecto: cuando se trata de asuntos de delincuencia organizada el fiscal puede prescindir de ejercer la acción penal si el imputado brinda información esencial para evitar que continúe el delito o se perpetren otros, ayude a esclarecer el hecho investigado o proporcione información útil para probar la participación de otros imputados, siempre que la acción penal de la cual se prescinde resulte considerablemente más leve que los hechos punibles cuya persecución facilita o cuya continuación evita.³³

1.1.4. ORGANIZACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO³⁴

En numerosos países latinoamericanos, específicamente en *Argentina, Bolivia, Brasil, Guatemala, Honduras y Venezuela*, en los últimos años se estableció por Constitución o ley simple el rango de órgano de Estado para el Ministerio Público, que es independiente y actúa con autonomía funcional y autarquía financiera.³⁵ En *Bolivia*, país en el que se dictó la norma correspondiente en 1993, continúa prevaleciendo en la práctica la tradicional dependencia del Ejecutivo.³⁶

En *Chile*, en cambio, son funcionarios del sistema judicial los que cumplen las (escasas) funciones del Ministerio Público.³⁷ También los Ministerios Fiscales de *Costa Rica, Colombia, México y Paraguay* dependen administrativamente

³³ Costa Rica, 1.1.1.

³⁴ En el punto "Organización del Ministerio Público" del Temario general, los Informes en parte tratan su posición en la organización del Estado, en tanto que otros tratan su estructura interna y en algunos casos se hace referencia a ambos aspectos.

³⁵ Argentina, 1.1.; Brasil, 1.1.4.; Guatemala, 1.1.; Honduras, 1.1.; Venezuela, 1.1.

³⁶ Bolivia, 1.1.

³⁷ Chile, 1.1.

de la Justicia, aunque gozan de independencia funcional.³⁸ Diferente es la situación en *Uruguay*, donde el Ministerio Público depende del Ejecutivo y actualmente está asignado al Ministerio de Educación y Cultura.³⁹ El Ministerio Público tampoco es independiente en *Cuba*: en ese país está subordinado a la Asamblea Nacional del Poder Popular así como al Consejo de Estado. El Consejo de Estado posee facultades para impartir al fiscal general instrucciones directas.⁴⁰

En cuanto a la *estructura* interna de las fiscalías latinoamericanas, cabe mencionar que son de tipo jerárquico. Están encabezadas por un fiscal general de la República (procurador-geral da República). Asimismo, en muchos Estados latinoamericanos se observa el fenómeno de que en las diferentes etapas del procedimiento penal actúan diferentes fiscales. El fiscal responsable por cierta causa en la etapa preliminar no continúa interviniendo hasta que se cierra el caso. En la etapa de enjuiciamiento interviene un fiscal especialmente competente para esta etapa del proceso.⁴¹

1.1.5. FUNCIONES Y ORGANIZACIÓN DE LA POLICÍA

En la medida en la que los Informes Nacionales hacen mención a las funciones de la policía, surge de los mismos que la policía tiene asignadas tanto funciones preventivas como represivas.⁴² En parte, los aspectos represivos forman parte de las competencias de la llamada policía judicial.⁴³

³⁸ Costa Rica, 1.1.2.; Colombia, 1.1.6.; México, 1.1.4.; Paraguay, 1.1. Tal parece ser también el caso del Perú (1.3.1. § 6.).

³⁹ Uruguay, 1.1.2. a).

⁴⁰ Cuba, 1.1.

⁴¹ Es el caso de Bolivia, p.ej. (1.1.). Lo mismo se aplica también a otros países, como Argentina, p. ej., sin que el Informe Nacional así lo haga notar expresamente en el punto pertinente.

⁴² Argentina, 1.3.; Brasil, 1.1.6.; Chile, 1.1.; Uruguay, 1.1.2. El Informe sobre Costa Rica, en cambio, sólo hace referencia a un "Organismo de Investigación Judicial", que actúa en el ámbito de la persecución penal (Costa Rica, 1.1.3.).

⁴³ Brasil, 1.1.5.; México, 1.1.5.; Venezuela, 1.1. En *Colombia*, las funciones de la policía judicial las cumplen tanto la Policía Nacional como los demás órganos obligados por ley a cumplir dichas funciones. La Procuraduría General de la Nación, coordina las actividades de los diferentes organismos (Colombia, 1.1.7.).

Pese a que en general los Informes no aluden a la existencia de una *policía militar*, de hecho existe un cuerpo de estas características en la mayoría de los países.

En verdad sólo en *El Salvador* y *Honduras* se descarta expresamente su existencia.⁴⁴ En cambio se la menciona en forma explícita en el caso de *Brasil*.⁴⁵ Desde el *Paraguay* se informa que la policía de ese país ya no lleva los rasgos que identifican a una policía militar.⁴⁶ Lo contrario surge del Informe de *Perú*: la policía de este país continúa presentando rasgos fuertemente militares.⁴⁷ En *Chile* existen dos unidades policiales separadas en su organización. El Cuerpo de Carabineros de Chile cumple fundamentalmente funciones preventivas, en tanto que la policía civil denominada Investigaciones de Chile actúa sobre todo en la persecución del crimen.⁴⁸

Numerosos Informes nacionales mencionan que la policía actúa en el cumplimiento de su tarea represiva como órgano auxiliar en la investigación criminal.⁴⁹ Desde *Colombia* se informa, que la policía puede actuar tanto durante las actuaciones preliminares como en el procedimiento principal sólo por orden del fiscal.⁵⁰ En *Brasil*, la policía judicial está sujeta al control externo del Ministerio Público.⁵¹

Las facultades concretas de la policía represiva varían considerablemente entre los diferentes países latinoamericanos. En general, puede constatarse que las reformas impulsadas tienden a disminuir sus facultades.

Argentina y *Guatemala* son ejemplos de países en los que en la actualidad las facultades policiales se han reducido considerablemente; en estos países la policía ni siquiera posee la facultad de interrogar a un imputado. Existen numerosos recursos que tanto en estos países como en *Paraguay* sólo pueden aplicarse excepcionalmente en caso de peligro

⁴⁴ El Salvador, 1.1.3.; Honduras, 1.1.

⁴⁵ Brasil, 1.1.5.

⁴⁶ Paraguay, 1.1.

⁴⁷ Perú, 1.3.1. § 7.

⁴⁸ Chile, 1.1.

⁴⁹ Argentina, 1.3.; Costa Rica, 1.1.3.; Guatemala, 1.1.; México, 1.1.5.; Venezuela, 1.1.

⁵⁰ Colombia, 1.1.7.

⁵¹ Brasil, 1.1.5. (art. 129, C.N.).

en la demora.⁵² Amplias facultades posee, en cambio, la policía *peruana*. En la medida en que se dio intervención al fiscal y al abogado defensor, los resultados de sus investigaciones pueden ser aplicados en forma directa por el juez de la causa como medios probatorios y utilizados como base para el fallo.⁵³ Igual situación regía en *Uruguay* antes de la reforma; en la actualidad, las averiguaciones policiales sólo pueden ser utilizadas como sugerencia para una eventual diligencia de pruebas, pero no en forma directa como prueba.⁵⁴

Desde el punto de vista de la organización, en general la policía depende del Ejecutivo, diferenciándose en cuanto a la cartera ministerial competente.

En *Brasil* el jefe de la policía provincial es nombrado por el gobernador y en el nivel federal por el Ministerio de Justicia.⁵⁵ En *Argentina*, *Cuba*, *Perú* y en *Uruguay* la policía depende del Ministerio del Interior; en *Bolivia* y *Guatemala* del Presidente de la República, ubicándose en *Bolivia* entre ambos el Ministerio de Gobierno.⁵⁶ Los dos cuerpos policiales de *Chile* dependen administrativamente del Ministerio de Defensa y operativamente del Ministerio del Interior. La policía militar cuenta con amplia autonomía, descrita exhaustivamente en el Informe Nacional de Chile. Su control democrático se ve significativamente reducido, debido a que sólo está sujeto a la justicia militar.⁵⁷ El "Organismo de Investigación Judicial" de *Costa Rica* forma parte de la justicia y depende administrativamente de la Corte Suprema de Justicia.⁵⁸ En *Venezuela* depende a nivel nacional del Ministerio de Justicia.⁵⁹ En *Colombia* y *México* las tareas policiales son conducidas por la Fiscalía General de la República,⁶⁰ en *Honduras* por la Secretaría de Estado en los Despachos de Seguridad.⁶¹

⁵² Argentina, 1.3; Guatemala, 1.1.; Paraguay, 1.1.

⁵³ Perú, 1.3.1. § 7.

⁵⁴ Uruguay, 1.1.2.

⁵⁵ Brasil, 1.1.5.

⁵⁶ Argentina, 1.3.; Bolivia, 1.1.; Cuba, 1.1.; Guatemala, 1.1.; Perú, 1.3.1. § 7.; Uruguay, 1.1.2.

⁵⁷ Chile, 1.1.

⁵⁸ Costa Rica, 1.1.3.

⁵⁹ Venezuela, 1.1.

⁶⁰ Colombia, 1.1.7.; México, 1.1.5.

⁶¹ Honduras, 1.1.

Teniendo en cuenta la situación reinante en América latina, llama la atención que tan sólo el Informe de México hace referencia a que en la práctica existen numerosas transgresiones cometidas por la policía.⁶² Es de suponer que lo señalado en este Informe Nacional puede hacerse extensivo a otros países y que muchos relatores lo han dado por sabido.⁶³

1.2. Garantías individuales del imputado

Tal como fuera señalado, casi todos los países latinoamericanos cuentan con constituciones liberales de Estado de Derecho y son signatarios de los acuerdos internacionales correspondientes, que en forma más o menos explícita también contienen referencias a las garantías individuales del imputado. En cierta medida se agregan⁶⁴ evoluciones del Derecho a partir de la jurisprudencia sentada.

1.2.1. DERECHO DE DEFENSA

En la mayoría de los países, la Constitución garantiza el derecho a la defensa.⁶⁵ En Argentina a partir de la norma constitucional correspondiente se deducen tres garantías individuales: en primer lugar el derecho a ser informado de la imputación, ya que de lo contrario es imposible ejercer en forma efectiva la defensa; en otras constituciones, como la

⁶² México, 1.1.5.

⁶³ Comp. fundamentalmente SCHMID, C.: "Justiz im Alltag: Die Rolle der Polizei in Lateinamerika", en AHRENS/NOLTE: n.a.p. 2, pp. 240 y ss. (pp. 246 y s.); WALDMANN, P. (ed.): *Justicia en la calle. Ensayos sobre la policía en América latina*, Medellín, 1996, *passim*.

⁶⁴ Esto es así sólo hasta cierto punto, dado que en la mayoría de los países no existe un tribunal de constitucionalidad y, por lo tanto, el imputado no puede presentar un recurso de amparo constitucional para hacer valer sus derechos y depende, en cambio, de la vía judicial ordinaria (comp. p. ej. Cuba, 1.2.). Sin embargo, la reforma constitucional, en particular la institución de Cortes Constitucionales, es una de las prioridades de las reformas de los sistemas judiciales (comp. Comisión Andina de Juristas: *Democracia en la encrucijada. Informe conjunto sobre la región andina*, Lima, 2000, pp. 117 y ss.; SALIGMANN: "Verfassungsgerichtsbarkeit in Lateinamerika", en AHRENS/NOLTE: n.a.p. 2, pp. 133 y ss. (135-37).

⁶⁵ Argentina, 1.4.1.; Bolivia, 1.2.; Brasil, 1.2.1.; Costa Rica, 1.2.1.; Cuba, 1.2.; Guatemala, 1.2.; Honduras, 1.2.; México, 1.2.1.; Paraguay, 1.2.; Perú, 1.3.2. § 1.; Uruguay, 1.2.; Venezuela, 1.2.

de *El Salvador*,⁶⁶ por ejemplo, incluso se menciona expresamente este derecho. En segundo lugar el derecho a defensa técnica, incluso el derecho a un defensor de oficio en caso de ser necesario; este derecho se enuncia explícitamente en la Constitución boliviana, por ejemplo.⁶⁷ Y en tercer lugar el derecho a obtener la comparecencia de testigos y de contradicción.⁶⁸

Este último aspecto, sin embargo, se ve cercenado en muchos casos, al menos en las investigaciones preliminares.⁶⁹ En algunos casos las posibilidades de la defensa no sólo se ven extremadamente reducidas en las actuaciones preliminares sino también durante el juicio mismo. El Informe de Chile hace referencia a que la defensa en la instancia de juzgamiento debe limitarse a comentar los medios de prueba exhibidos.⁷⁰

1.2.2. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Todos los países reconocen el principio de presunción de inocencia. En parte está consagrado en la Constitución,⁷¹ en parte en el Código Procesal Penal,⁷² en parte es tomado en

⁶⁶ El Salvador, 1.2.1.

⁶⁷ Bolivia, 1.2.

⁶⁸ Argentina, 1.4.1. puntos 1 a 3. Una clasificación similar plantea también el Informe sobre Colombia (1.2.).

⁶⁹ Ver p. ej. Argentina, 1.4.1. punto 3. En particular, cuando el derecho de defensa solo comienza a ser efectivo a partir de cierto momento de las investigaciones preliminares —p. ej., a partir de la declaración indagatoria, ver además punto 2.2.—, aunque previo a ese momento se adoptan sustanciales acciones investigativas (tal el caso de Honduras, 1.2.). Otro aspecto esencial es en este contexto el derecho a contar o no con defensa técnica durante la declaración indagatoria (la Constitución uruguaya así lo prevé, comp. Uruguay, 1.2.) y en qué medida puede intervenir en la indagatoria. Haciendo un análisis más profundo surge que la pregunta verdaderamente relevante es cuál es el sentido de la declaración indagatoria. En el pasado servía fundamentalmente para diligenciar pruebas de cargo porque el imputado era considerado un objeto del proceso, actualmente el fin primordial de la declaración del imputado como sujeto del proceso provisto de derechos, sirve ante todo a su defensa (comp. BINDER, A.: *Introducción al Derecho procesal penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, S. 310 f.).

⁷⁰ Chile, 1.2.

⁷¹ Ver p. ej. Bolivia, 1.2.; Brasil, 1.2.2.; Guatemala, 1.2.; Honduras, 1.2.; Paraguay, 1.2.; Perú, 1.3.2. § 1. y Venezuela, 1.2.

⁷² Por ej. en Colombia (Colombia, 1.2.)

consideración en la jurisprudencia, invocando, por ejemplo a la C.A.D.H.⁷³

Muchos Informes hacen referencia a sus consecuencias más importantes, específicamente a la regla *in dubio pro reo*, la división de la carga de la prueba vigente en el proceso penal, así como el carácter de excepción de la prisión provisional; el Informe de *Argentina* hace una descripción pormenorizada.⁷⁴ Una caracterización adicional se encuentra en el derecho *cubano*. La declaración del imputado, de su cónyuge y, hasta cierto punto, de sus parientes, no es nunca prueba suficiente para demostrar su culpabilidad. Para demostrar la culpabilidad se requiere de otros medios probatorios adicionales.⁷⁵

Sin embargo, en el nivel legal inferior existen disposiciones difícilmente compatibles con la presunción de inocencia. El Derecho procesal penal *paraguayo* permite presuponerlo.⁷⁶

1.2.3. NEMO TENETUR

En todos los países latinoamericanos se conoce el principio de *nemo tenetur se ipsum accusare* y del *se ipsum prodere*, respectivamente. El art. 60 inc. 4° de la Constitución *venezolana* recoge una versión particularmente extensa: "Nadie podrá ser obligado a prestar juramento ni constreñido a rendir declaración o a reconocer culpabilidad en causa penal contra sí mismo".⁷⁷ En otros países como *Brasil*, *Cuba*

⁷³ Por ej. en *Argentina* (*Argentina*, 1.4.2.) o *México* (*México*, 1.2.).

⁷⁴ *Argentina*, 1.4.2. En consideración a la presunción de inocencia, algunas constituciones establecen que quienes cumplen prisión preventiva deben permanecer separados de los condenados (comp. p. ej. *Guatemala*, 1.2.). Comp. respecto de la prisión preventiva desde la perspectiva latinoamericana en general LLOBET RODRÍGUEZ, J.: *Die Unschuldsvermutung und die materiellen Voraussetzungen der Untersuchungshaft*, Friburgo, i. Br. 1995; *el mismo autor*, *La prisión preventiva (límites constitucionales)* San José (Costa Rica) 1997.

⁷⁵ *Cuba*, 1.2.

⁷⁶ *Paraguay*, 1.2.

⁷⁷ Tanto en *Venezuela* (1.2.) como en *Colombia* (1.2.), *Honduras* (1.2.), *Bolivia* (1.2.) y *Guatemala* (1.2.), las disposiciones pertinentes son extensivas a los cónyuges y parientes hasta cierto grado. En estos países nadie puede ser obligado a declarar en contra de estas personas.

o *Uruguay*, por ejemplo, el principio está consagrado en el nivel de leyes simples.⁷⁸ *Perú* es un ejemplo de aquellos países cuya legislación nacional no contempla expresamente el referido principio pero en los que lo dispuso en el art. 8° inc. 2 g) del Pacto de San José determina su vigencia a nivel nacional.⁷⁹ El art. 127 del Código Procesal Penal *peruano* ha caído en desuso por encontrarse reñido con la citada norma del Pacto de San José.⁸⁰

El principio de *nemo tenetur* presenta dos consecuencias. Por un lado, la facultad del imputado de abstenerse de declarar sin que su silencio pueda producir consecuencias negativas para su persona. Por el otro lado, el derecho de declarar durante todas las etapas del procedimiento.⁸¹

1.2.4. FACULTADES DE INJERENCIA ESTATAL Y SISTEMA DE CONTROL JUDICIAL⁸²

Todas las constituciones latinoamericanas contemplan disposiciones tendientes a proteger la esfera individual. Se establece que son inviolables la libertad personal, la corres-

⁷⁸ *Brasil*, 1.2.3.; *Cuba*, 1.2.; *Uruguay*, 1.2. c). Sin embargo, en el Informe de *Brasil* se hace notar que en la práctica este principio se ve vaciado en la medida en que la (primera) indagatoria del imputado sirve para introducir pruebas y no es interpretada como ejercicio de su derecho de defensa.

⁷⁹ *Perú*, 1.3.2. § 4.

⁸⁰ La norma reza: "Si el inculpado se niega a contestar alguna de las preguntas, el juez instructor las repetirá aclarándolas en lo posible, y si aquél se mantiene en silencio, se dejará constancia en la diligencia. El juez le manifestará que su silencio puede ser tomado como indicio de culpabilidad".

⁸¹ *El Salvador*, 1.2.5.2.

⁸² En principio bajo este punto del Temario general debían exponerse las facultades de injerencia en el proceso penal sobre todo del *injerencia estatal* (...) de modo diferente —por cierto nada descabellada— y se ha referido a la influencia en la elección de los jueces (*Cuba*, 1.2.) o a la suspensión de garantías constitucionales en el caso de un estado de emergencia nacional (*Venezuela*, 1.2.). Este punto del Temario general muestra una vez más (ver ya n.a.p. 24), que en proyectos de Derecho comparado no es conveniente indicar los puntos a ser tratados sin ningún tipo de aclaración. Parece más razonable formular a los relatores preguntas específicas, formuladas en forma precisa. Es la única forma de evitar malentendidos en el tratamiento de los puntos y de poder comparar las informaciones brindadas.

pondencia, las comunicaciones privadas y el domicilio y sólo admiten injerencias excepcionales, ejecutadas con arreglo a la ley.⁸³

Sin embargo, en algunos países las reglamentaciones que facultan las injerencias estatales son tan amplias que la instrucción puede ordenarlas arbitrariamente, de modo que de hecho se desvirtúa la garantía correspondiente.⁸⁴ En algunos países la garantía de la libertad personal también se ve socavada porque no están dadas las condiciones necesarias para regular la prisión preventiva. En ciertos casos la prisión preventiva no es la excepción sino la regla.⁸⁵

Un segundo problema surge porque en algunos casos y a fin de garantizar la legalidad de estas injerencias, las mismas sólo pueden hacerse en base a una autorización judicial previa⁸⁶. En el Informe de *Argentina* esta disposición es considerada como "principal mecanismo de control" de las injerencias que afectan las garantías fundamentales. En *Argentina* ese control es ejercido (o no ejercido) precisamente por el juez de instrucción que como dueño de la instrucción tiene un interés considerable en el esclarecimiento de los hechos y por lo tanto también en las medidas que interfieren con el ámbito de intimidad protegido frente a injerencias estatales.⁸⁷ En consecuencia, el juez de instrucción difícilmente pueda ser imparcial en su juicio acerca de la legalidad de una cierta

⁸³ Comp. p. ej. los Informes de Argentina, 1.4.5.; Bolivia, 1.2. (la Constitución boliviana prohíbe cualquier injerencia en la esfera privada); El Salvador, 1.2.5.1.; Guatemala, 1.1. (en Guatemala un fallo emitido por la Corte de Constitucionalidad prohíbe cualquier intervención de los teléfonos, ver *ibidem*.); Honduras, 1.2.; Colombia, 1.2.; México, 1.2.2. (hasta el momento, en México ciertas medidas como por ejemplo la intervención de los teléfonos sólo están permitidas cuando se trata de combatir al crimen organizado); Paraguay, 1.2.; Perú, II. § 3 B. 5.; Uruguay, 1.2.

⁸⁴ Argentina, 1.4.5. En Argentina, por ejemplo, la reglamentación que faculta a intervenir en la integridad y reserva de las comunicaciones telefónicas es el art. 236, Código de Procedimiento Penal de la Nación - C.P.P.N.): "El juez podrá ordenar, mediante auto fundado, la intervención de comunicaciones telefónicas o cualquier otro medio de comunicación del imputado para impediría o conocerla." No se contemplan otros requisitos.

⁸⁵ Bolivia, 2.2.; Chile, 2.2.; El Salvador, 2.2. (en este país en el 95 % de los casos se dicta prisión preventiva); Honduras, 2.2.; Colombia, 1.2.; Uruguay, 2.2. Respecto de los datos sobre prisión preventiva ver AMBOS: *ZStW*, 1998, n.a.p. 2, 225 n.a.p. 1.

⁸⁶ Argentina, 1.4.5.; Bolivia, 1.2.

⁸⁷ Es el caso de Argentina (Argentina, 1.4.5.).

injerencia, siendo cuasi "juez en propia causa". En particular desde la perspectiva del imputado, su evaluación de la situación no constituye una garantía de la legalidad de la injerencia. Algo semejante ocurre en *Brasil*, donde el juez es el garante de los derechos fundamentales del imputado,⁸⁸ pero su imparcialidad es cuestionable debido a que el mismo juez que está a cargo de la investigación preliminar es también el juez a cargo de la instancia de juicio.⁸⁹

También es problemático en este contexto que a menudo los jueces muestran escasa voluntad de insistir en una autorización judicial previa frente a la policía (en la medida en que no existe un estado de excepción que de por sí faculta a la policía a una injerencia sin necesidad de contar con una orden emitida por un juez). En la práctica a menudo se toleran los excesos policiales.⁹⁰ Aún subsiste la imagen del Estado todopoderoso y absolutista, cuyos personeros no están dispuestos a que sus esfuerzos por esclarecer un delito se vean trabados por "engorrosas" formalidades.

Una imagen realmente positiva se observa sólo en *Costa Rica*. En este Informe se alude a numerosas posibilidades de control que pueden ser consideradas efectivas. Dentro del fuero penal está prevista la queja frente al juez que ordena la injerencia, la casación así como la revisión del caso; asimismo existen diferentes posibilidades de dar intervención al tribunal de constitucionalidad.⁹¹

1.2.5. PROHIBICIONES PROBATORIAS⁹²

En la medida en que los relatores se manifiestan sobre este punto, se conocen en los respectivos países diferentes prohibiciones probatorias.⁹³ En general se deducen del Cód-

⁸⁸ Brasil, 1.2.4., 2.2.

⁸⁹ Brasil, 1.3.

⁹⁰ El Salvador, 1.2.5.1.

⁹¹ Costa Rica, 1.2.1.

⁹² También en este caso la especificación del Temario general, obviamente dio lugar a malentendidos. Bajo el punto "Prohibiciones probatorias" el Informe de Venezuela (1.2.) no trató prohibiciones de utilizar pruebas, sino sólo prohibiciones de pruebas. En ese sentido ciertas pruebas son improcedentes en determinadas situaciones al margen de haber sido diligenciadas en forma legal o no.

⁹³ Argentina, 1.4.5.; Bolivia, 1.2.; Brasil, 1.2.4.; Cuba, 1.2.; Honduras, 1.2.; México, 1.2.; Paraguay, 1.2.; Uruguay, 1.2.

go Procesal Penal o de la jurisprudencia. Un ejemplo típico se encuentra en el art. 181 del Código Procesal de *Costa Rica*, que establece que los medios probatorios obtenidos aplicando tortura, malos tratos, coacción, amenaza, engaño o injerencias indebidas en la esfera privada sólo podrán usarse si redundan en beneficio del imputado.⁹⁴ En algunos casos aislados, la Constitución recoge disposiciones comparables.

El art. 29 de la Constitución *colombiana*, por ejemplo, establece que es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.⁹⁵ El art. 5º, nº 56 de la Constitución *brasileña* establece que es nula toda prueba obtenida violando el Derecho procesal.⁹⁶ Asimismo se prevén regulaciones específicas. El art. 20 de la Constitución *boliviana* y el art. 2.10 de la Constitución *peruana* establecen que no producen efectos legales los documentos que fueren violados o sustraídos.⁹⁷ También el art. 24 de la Constitución *guatemalteca* apunta en esa misma dirección y agrega las pruebas derivadas de violación de la correspondencia.⁹⁸

Las legislaciones y jurisprudencias de *Argentina*, *Brasil* y *El Salvador* se sirven de la doctrina americana del *fruto del árbol venenoso*.⁹⁹ Según este principio son nulas también aquellas pruebas obtenidas en forma indirecta.¹⁰⁰

Otro tema es determinar hasta qué punto efectivamente se observan estas disposiciones en la práctica. El Informe *Honduras* hace especial referencia a que los jueces que entienden en el juicio muchas veces fundamentan sus fallos en pruebas obtenidas violando la ley.¹⁰¹

1.2.6. *NE BIS IN IDEM*

De los Informes que hacen referencia a este punto se desprende la aplicación del principio de *ne bis in idem* o *bis de eadem*

⁹⁴ Costa Rica, 1.2.1.

⁹⁵ Colombia, 1.1.3.

⁹⁶ Brasil, 1.2.4.

⁹⁷ Bolivia, 1.2.; Perú, 1.3.2. § 2.

⁹⁸ Guatemala, 1.2.

⁹⁹ Argentina, 1.4.5.; Brasil, 1.2.4.; El Salvador, 1.2.3.

¹⁰⁰ ROXIN, anterior n.a.p.: 4, pp. 193 y s.

¹⁰¹ Honduras, 1.2.

re ne sit actio respectivamente.¹⁰² En general no se desprende expresamente de la Constitución sino del principio del debido proceso.¹⁰³ El art. 11 inc. 1º de la Constitución de *El Salvador*, el art. 95 de la Constitución de *Honduras*, el art. 23 de la Constitución de *México* así como el art. 60 inc. 8º de la Constitución de *Venezuela* hacen explícita referencia a este principio.¹⁰⁴ Establecen que nadie podrá ser sometido a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiera sido juzgado anteriormente. Una revisión del juicio sólo es posible cuando favorece al imputado.¹⁰⁵

Un problema interesante surge en este contexto en un Estado federal como *Argentina*, país en el que tanto el Estado Nacional como las provincias cuentan con códigos procesales penales propios así como también con un fuero penal propio. El principal problema lo constituye en ese sentido el concurso formal o ideal de delitos en un hecho único, siendo uno de ellos de competencia de la organización judicial provincial y el o los restantes de competencia de la justicia federal. Así por ejemplo, un hecho delictivo perpetrado en un territorio provincial contra un agente federal, es de competencia de la justicia *local*, pero al mismo tiempo actúa la competencia *material* de los tribunales federales. El problema se soluciona concediendo a los tribunales federales prioridad de juzgamiento y unificando las penas.¹⁰⁶

En algunos casos se relata que la prohibición de una doble persecución no rige cuando el mismo hecho es al mismo tiempo un acto delictivo y una contravención.¹⁰⁷

1.2.7. DEFENSA PÚBLICA

Frente a la imposibilidad material del imputado de costearse un abogado particular, en muchos países latinoameri-

¹⁰² Algunos Informes omiten ciertos puntos por completo o simplemente los nombran (es el caso de Costa Rica, 1.2.1., p. ej.). En todos estos casos se ha optado por la fórmula "(...)" en la medida en que los Informes lo tratan" o similar. Es una evidencia más de la conveniencia de un desglose más detallado (ver anteriores n.a.p. 24 y 82).

¹⁰³ Argentina, 1.4.4.; Bolivia, 1.2.; Brasil, 1.2.5.; Cuba, 1.2.; Colombia, 1.1.; Uruguay, 1. i).

¹⁰⁴ El Salvador, 1.2.4.; Honduras, 1.2.; México, 1.2.1.; Venezuela, 1.2. Las constituciones de Guatemala y Perú contienen al menos una definición del *ne bis in idem* (Guatemala, 1.2.; Perú, 1.3.2. § 3.).

¹⁰⁵ Argentina, 1.4.4.; El Salvador, 1.2.4.; Guatemala, 1.2.

¹⁰⁶ Argentina, 1.4.4.

¹⁰⁷ Argentina, 1.4.4.; El Salvador, 1.2.4.

canos existe el sistema de la defensa pública. A tal efecto, además del Ministerio Público existe un órgano de defensoría, organizado en muchos casos en forma muy similar al Ministerio Público.¹⁰⁸ Al igual que los fiscales, los defensores están asignados a los respectivos tribunales y a las diferentes etapas del proceso.¹⁰⁹

En la mayoría de los países, los defensores públicos están crónicamente sobrecargados de trabajo y deficientemente equipados.¹¹⁰ Para solucionar este problema, se emplean para la defensa egresados de las escuelas de derecho¹¹¹ que carecen de experiencia, o que incluso aún no han completado sus estudios.¹¹² En Chile existe además la alternativa de los llamados abogados de turno que consiste en que el juez puede designar un defensor oficial de la lista de abogados de la ciudad de acuerdo con un sistema de turno.¹¹³ No sorprende, pues, que ambas soluciones redundan cualitativamente en detrimento del imputado.

En términos positivos, en cambio, se informa desde Costa Rica. En este caso la defensa pública parece funcionar muy bien. Su compromiso ha generado decisiones de trascendencia a cargo de la más alta instancia judicial. Los defensores oficiales son descritos como independientes y "combativos".¹¹⁴

¹⁰⁸ Argentina, 1.4.6.; Brasil, 1.2.1. y 1.2.6.; Costa Rica, 1.2.2.; El Salvador, 1.2.1.; Colombia, 1.2.; México, 1.2.2.; Paraguay, 1.2.; Uruguay, 1.2. En el Perú, la ley prevé la institución de la defensa pública, pero hasta el momento no ha sido puesta en funcionamiento por falta de recursos (Perú, 1.3.1.). Comp. también Comisión Andina de Juristas: *Los sistemas de defensa pública en Bolivia, Colombia y Perú*, Lima 1998; los mismos autores, n.a.p. 64, pp. 130 y ss.

¹⁰⁹ Costa Rica, 1.2.2. comp. también n.a. p. 41.

¹¹⁰ Brasil, 1.2.1.; Paraguay, 1.2., en la capital uruguaya, Montevideo, 13 defensores públicos tienen que asumir aprox. el 80 % de todos los casos. En el estado de San Pablo (Brasil) con 30 millones de habitantes, el organismo de defensa pública cuenta 600 abogados, entre ellos estudiantes de Derecho. Cifras similares son de lamentar también en Buenos Aires, Argentina; en este país el 80 a 90 % de todos los casos son atendidos por tan sólo 21 defensores oficiales (Argentina, 1.4.6.). El Informe de México habla de "organismo administrativo más" (México, 1.2.2.).

¹¹¹ Chile, 1.2.

¹¹² Brasil, 1.2.1.; El Salvador, 1.2.1.

¹¹³ Chile, 1.2.

¹¹⁴ Costa Rica, 1.2.2. La interpretación de su función así como la "ética profesional" personal del defensor público es de gran importancia para la eficiencia de la defensa. A diferencia de Costa Rica, en Argentina, por ejemplo, se aprecia el problema de que muchos defensores se muestran sumisos al

En Cuba no existe la institución de la defensa pública. Si el imputado no cuenta con la necesaria defensa, el Estado puede dirigirse a la *Organización de Bufetes Colectivos*, que pasa a facilitarle un abogado. Una vez por año, el Estado abona el total de los costos generados.¹¹⁵

1.3. Imparcialidad de los jueces

En algunos países, la Constitución consagra el principio de imparcialidad de los jueces,¹¹⁶ aunque en la mayoría de los países la imparcialidad rige en virtud de la ratificación de la C.A.D.H. (art. 8º, nº 1). En parte es deducida en forma directa de la definición misma de juez que por su naturaleza debe ser imparcial.¹¹⁷ No obstante, la mayoría de los relatores describen un cuadro más bien negativo en lo que se refiere a la imparcialidad objetiva¹¹⁸ —sobre todo del juez juzgador— en el sentido de ecuanimidad e imparcialidad en el momento de dictar la sentencia.¹¹⁹

En Brasil, Honduras, México, Paraguay, Uruguay y Venezuela la imparcialidad objetiva del juez juzgador, se ve normalmente afectada porque juzga en la misma causa en la que también tuvo a su cargo la investigación preliminar.¹²⁰

tribunal y a la Fiscalía y que interpretan su función defensora no como un deber sino más bien como una interferencia con la administración de Derecho. Algunos defensores se resisten a obstaculizar al juez en la persecución penal a partir de un "espíritu corporativo" mal interpretado (comp. MARTINEZ, S. Maris: "Algunas reflexiones sobre el derecho de defensa en juicio", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, nº 8/C, 1999, pp. 237 y ss.). El Informe de El Salvador lamenta en este contexto la deficiente formación profesional de los defensores penales (El Salvador, 1.2.1.).

¹¹⁵ Cuba, 1.2.

¹¹⁶ Brasil, 1.3.; México, 1.3.; Paraguay, 1.3.

¹¹⁷ Argentina, 1.4.7.

¹¹⁸ En la verificación de la imparcialidad de un juez se puede partir de un enfoque *objetivo* o de un enfoque *subjetivo*. En la imparcialidad subjetiva se trata de la actitud personal del juez en un caso concreto; ésta corre peligro cuando está emparentado o mantiene una amistad con una de las partes. Para el presente estudio sólo resulta de interés interrogar acerca de la imparcialidad *objetiva*, funcional. Puede resultar dudosa cuando uno y el mismo juez interviene en el mismo caso en diferentes etapas del proceso. Respecto de esta distinción ver también el Informe sobre Brasil, 1.3.

¹¹⁹ En tal sentido El Salvador, 1.4.1.

¹²⁰ Brasil, 1.3.; Honduras, 1.3.; México, 2.2.; Paraguay, 2.2. así como 1.3.; Uruguay, 2.2.; Venezuela, 1.3.

En Perú se trata exclusivamente del "juicio sumario", aunque es de destacar que ese proceso está previsto para la inmensa mayoría de infracciones penales. Otro aspecto problemático, aunque de menor entidad es que en el proceso penal peruano normal, los jueces del juicio han intervenido en la etapa intermedia del procedimiento.¹²¹ Particularmente problemática es la situación jurídica en *Bolivia* y *Chile*, donde el juez que entiende en la causa también formula la acusación.¹²²

En la medida en que los Informes Nacionales hacen referencia a este punto, la legislación nacional prevé razones para la recusación de jueces fundada en causa legal y la recusación a pedido de parte.

Un enfoque positivo por lo equilibrado plantea *Costa Rica* donde puede ser recusado aquel juez que dictó en el procedimiento intermedio la resolución de apertura de juicio, pero no el juez que intervino como juez investigador en la instancia preliminar.¹²³ En *Paraguay*, los jueces que en la etapa preliminar se han manifestado sobre los hechos relevantes, luego no pueden decidir sobre los mismos.¹²⁴ En *Guatemala* existen razones de recusación muy amplias: cabe recusar todo juez que ha intervenido en algún otro período del procedimiento.¹²⁵ En *El Salvador* y *Honduras* un juez sólo es excluido, cuando previamente actuó en el proceso como parte o como juez de una instancia previa.¹²⁶ En *Argentina* ha merecido conceptos críticos, el que sólo exista un catálogo taxativo de motivos para un apartamiento pero sin que se haya previsto una cláusula general que pueda suplir eventuales vacíos legales. El catálogo no incluye, por ejemplo, el caso en el que el juez que integra el tribunal de juicio haya actuado en una etapa anterior del procedimiento. Esto genera el proble-

¹²¹ Perú, 1.3.4. § 3.

¹²² Bolivia, 1.3.; Chile, 1.3.

¹²³ Costa Rica, 1.3.

¹²⁴ Paraguay, 1.3. El Informe de Paraguay no explica cómo esta causa de inhabilitación se compadece con el hecho de que en Paraguay el mismo juez indaga y juzga (comp. Paraguay 1.3., 2.2. y más abajo n.a.p. 148).

¹²⁵ No queda claro, sin embargo, si esta constatación refleja efectivamente la situación jurídica vigente o sólo la opinión personal del relator (Guatemala, 1.3.). Un informe extenso presenta Brasil, 1.3.

¹²⁶ El Salvador, 1.4.1.; Honduras, 1.3.

ma de que en el caso de causas penales correccionales¹²⁷ no existe una regla que impida al juez que intervino en alguna etapa anterior de la causa sea también uno de los jueces del juicio, sobre todo siendo que de ordinario el tribunal del juicio es unipersonal.¹²⁸

1.4. Independencia política de los tribunales

La independencia de los tribunales queda garantizada, al menos en teoría, de diversa manera. En los países en los que se hizo el estudio, la Constitución en general consagra el principio de la división de poderes, cuya principal finalidad es garantizar la independencia del Poder Judicial del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo.¹²⁹ Cuanto menos los jueces no son destituibles y cuentan con un sueldo fijo.¹³⁰

En *Costa Rica*, la independencia que proclama la Constitución no encuentra ningún tipo de limitaciones.¹³¹ También el Informe de *El Salvador* es positivo en ese sentido.¹³² En la mayoría de los países, en cambio, la realidad jurídica marca un cuadro diferente. En la práctica, los poderes Ejecutivo y Legislativo con frecuencia ejercen influencia sobre las decisiones de los jueces.¹³³

En este contexto el *nombramiento* de los jueces constituye un problema ampliamente discutido. Con el objetivo de acotar el peligro de la influencia política sobre los tribunales,

¹²⁷ El juez correccional argentino investiga y juzga en única instancia en una parte considerable de todos los delitos, más precisamente en todos aquellos que son reprimidos con pena no privativa de la libertad y en los delitos reprimidos con una pena privativa de la libertad cuyo máximo no exceda los tres años (art. 27, 33 en relación con art. 405 y ss.).

¹²⁸ Argentina, 1.4.7.

¹²⁹ Argentina, 1.4.8.; Brasil, 1.4.; Bolivia, 1.4.; Chile, 1.4.; Costa Rica, 1.4.; Cuba, 1.4.; Guatemala, 1.4.; Colombia, 1.4.; México, 1.4.; Paraguay, 1.4.; Uruguay, 1.4.; Venezuela, 1.4.

¹³⁰ En particular el Informe de Honduras hace hincapié en el aspecto de la destitución (Honduras, 1.4.). Plantea como problemático en relación con la independencia de los jueces el hecho de que los funcionarios afectados por una destitución tienen derecho a recurrir ante el llamado Consejo de la Carrera Judicial, el que es dirigido por magistrados de la Corte Suprema de Justicia, organismos que tiene la facultad de nombrar y destituir a los jueces.

¹³¹ Costa Rica, 1.4.

¹³² El Salvador, 1.4.2.

¹³³ Bolivia, 1.4.

un número creciente de países latinoamericanos ha instituido Consejos de la Magistratura, integrados en forma pluralista.¹³⁴ Un punto particularmente crítico es el tema del nombramiento de los jueces de la Corte Suprema. En parte se informa que juegan un papel importante motivaciones políticas, lo que afectaría su independencia.¹³⁵

Numerosos informes, sobre todo los de *Argentina, Bolivia, Chile, El Salvador, Honduras y Venezuela*, hacen referencia a limitaciones *internas de la justicia* con respecto a la independencia de los jueces.¹³⁶ El Informe de *Chile* menciona que la independencia, sobre todo de los juzgados de primera instancia, se ve fuertemente cercenada desde adentro del Poder Judicial, debido a que los jueces que se desempeñan en esa instancia son evaluados anualmente por los jueces de las instancias superiores que le asignan un cierto puntaje. El informe señala que el sistema es extremadamente jerárquico y con considerable influencia de los tribunales superiores.¹³⁷ También desde *Bolivia* se informa de la existencia de tal jerarquía.¹³⁸ En *Honduras*, toda sentencia, absolutoria o condenatoria, cuando ninguna de las partes recurre en apelación, debe ser enviada en consulta a la respectiva corte de apelaciones, la cual puede confirmar, revocar o reformar el fallo de primera instancia.¹³⁹ Pese a los inconvenientes que plantea una excesiva jerarquización del aparato judicial no debemos olvidar que una cierta jerarquía es necesaria para preservar la unidad jurídica.¹⁴⁰

Finalmente existen normas legales para preservar la independencia de los jueces. En *Colombia*, una ley prohíbe a

¹³⁴ Ver p. ej. *Argentina*, 1.4.8.; *Guatemala*, 1.4.; *México*, 1.4.; *Paraguay*, 1.4. A modo de ejemplo valga citar que en el "Consejo de la Magistratura" paraguayo están representados, diputados parlamentarios, senadores, miembros de las universidades estatales y privadas, miembros del gobierno, integrantes de la Corte Suprema así como abogados (*Paraguay*, 1.4.).

¹³⁵ *Honduras*, 1.4.

¹³⁶ *Argentina*, 1.4.8.; *Bolivia*, 1.4.; *Chile*, 1.4.; *El Salvador*, 1.4.2.; *Honduras*, 1.4.; *Venezuela*, 1.4. El Informe de *Cuba* también alude cuanto menos a esta problemática (1.4.).

¹³⁷ *Chile*, 1.4.

¹³⁸ *Bolivia*, 1.4.

¹³⁹ *Honduras*, 2.2.

¹⁴⁰ Acertadamente *Uruguay*, 1.4.

los jueces de las instancias superiores a ejercer influencia sobre los jueces de las instancias inferiores.¹⁴¹ En *Paraguay* debe destituirse aquel juez que ha recibido instrucciones que puedan afectar sustancialmente en su independencia.¹⁴²

2. *El procedimiento tradicional (y en parte todavía) vigente*

2.1. *Fuentes strictu sensu del Derecho procesal penal nacional*

En América latina la única fuente de Derecho penal es la ley. No reviste carácter de fuente la jurisprudencia.¹⁴³ Además de la Constitución nacional y de los tratados internacionales, se considera "ley" sólo una ley formal, es decir sancionada por el Poder Legislativo con arreglo al procedimiento previsto a tal efecto. Una particularidad constituye en este contexto el (antiguo) Código Procesal Penal *boliviano*, aprobado durante la dictadura militar del general Banzer no como ley formal, sino como decreto del Poder Ejecutivo.¹⁴⁴

2.2. *Estructura del procedimiento común*

Dado que el procedimiento penal tradicional de los países estudiados, tiene sus raíces en el procedimiento inquisitivo español, presenta en todos los casos rasgos y características similares. En la primera instancia¹⁴⁵ se divide en dos

¹⁴¹ *Colombia*, 1.4.

¹⁴² *Paraguay*, 1.4.

¹⁴³ Señalado expresamente en los Informes Nacionales de *Argentina* (2.1.), *Bolivia* (2.1.) y *Cuba* (2.2.). Los restantes informes no hacen referencia explícita al tema, limitándose a enumerar los mencionados conjuntos de normas. El Informe de *México* (2.1.) cita una opinión minoritaria divergente. Respecto de la evolución histórica del proceso penal, comp. *Brazil*, 2.

¹⁴⁴ *Bolivia*, 2.1.

¹⁴⁵ En *Perú* el mismo tribunal colegiado que actúa en el procedimiento principal, también tiene a su cargo una etapa intermedia, en la que se establece si existe fundamento suficiente para enjuiciar a una persona. Emitida la acusación fiscal, se emite un auto de enjuiciamiento (*Perú*, 2. § 2 c). 2). En *México*, el juicio consta de dos partes: las actuaciones preliminares a cargo del fiscal, las investigaciones del juez y el procedimiento principal (*México*, 2.2.). El derecho *uruguayo* también contempla una fase de investigaciones preliminares (*Uruguay*, 2.2.).

fases procesales a saber, la etapa de la investigación preliminar y la etapa del plenario. Ambas fases están en manos del juez, debiéndose concluir la etapa preliminar dentro de un cierto plazo.¹⁴⁶ En parte actúan jueces diferentes,¹⁴⁷ en parte el mismo juez investiga y juzga.¹⁴⁸ En algunos casos, la ley prevé ambas opciones y hace depender el procedimiento del delito perseguido.¹⁴⁹

Un caso extremo es Chile, país en el que el mismo juez no sólo está a cargo de las investigaciones preliminares y del juicio, sino que además formula la acusación.¹⁵⁰ La concepción opuesta es la de Costa Rica. En este caso el procedimiento preliminar estaba ya desde 1973 en manos de la Fiscalía para delitos sancionados con penas privativas de libertad inferiores a los 3 años.¹⁵¹

También son muy amplias las atribuciones de la policía, actuando en detrimento de los derechos del acusado. Una confesión policial ya puede tener normativamente¹⁵² efecto probatorio, y en cualquier caso tiene un considerable efecto probatorio en los hechos.

La Fiscalía se limita esencialmente a promover la iniciación del procedimiento principal formulando la "acusación".¹⁵³ En algunos casos, se requiere de una iniciativa fiscal para iniciar la instrucción, aunque en general el juez de instrucción puede iniciar el sumario *de oficio*.¹⁵⁴ En el procedimien-

¹⁴⁶ En la práctica en muchos casos no se cumple el plazo que la ley fija para la clausura de la investigación (comp. p. ej. Honduras, 2.2.). A menudo es arbitrariamente prorrogable (Uruguay, 2.2.).

¹⁴⁷ Bolivia, 2.2.; Perú, 2. § 1 a) y d). En Perú existen numerosas disposiciones especiales, según las cuales el procedimiento normal es modificado cuando se trata de perseguir determinados delitos (p. ej. delitos sexuales o de drogas) o determinados grupos de autores (p. ej. funcionarios) (Perú, 2. § 2 a).

¹⁴⁸ Brasil, 1.3.; Honduras, 1.3.; México, 2.2.; Paraguay, 2.2. así como 1.3.; Uruguay, 2.2.; Venezuela, 2.2.

¹⁴⁹ Argentina, 2.2.1.

¹⁵⁰ Chile, 2.2. También en Paraguay la acusación puede ser presentada por el juez mismo (2.2.).

¹⁵¹ Costa Rica, 2.2. La medida recorta considerablemente el tradicional poder del juez de instrucción. En la actualidad, en Costa Rica todas las causas son investigadas por el Ministerio Fiscal.

¹⁵² Uruguay, 2.2.

¹⁵³ Argentina, 2.2.1.; Costa Rica, 2.2. En Uruguay no se precisa de un requerimiento del fiscal para la apertura del juicio (2.2.).

¹⁵⁴ Argentina, 2.2.2.; Bolivia, 2.2.; Honduras, 2.2.; Paraguay, 2.2.; Uruguay, 2.2.

to preliminar mismo la Fiscalía tiene ciertos derechos de presencia y de solicitud de recibimiento de pruebas.¹⁵⁵ Es decir que la posición de la Fiscalía pasa notoriamente a segundo plano frente a la posición casi omnimoda del juez.

El proceso penal latinoamericano tradicional tenía como base la *escritura* y el *secreto*.¹⁵⁶ Si bien la ley prevé un juicio oral, debido a la importancia medular de la investigación preliminar, esta etapa reviste escasa importancia. Las pruebas obtenidas en el sumario revestían carácter definitivo y eran centrales para determinar la culpabilidad o no del acusado en el juicio, no respetándose debidamente el principio de inmediatez.¹⁵⁷ El juez de instrucción tiene jurisdicción investigativa en el sumario. Un aspecto problemático es sobre todo la amplia libertad que tiene para ordenar la instrucción, y en particular el no estar obligado a solicitarla ante un órgano imparcial.¹⁵⁸ Se corresponde con estas facultades un uso excesivo de la prisión preventiva que constituye la regla más que la excepción.¹⁵⁹

En términos globales, el *imputado goza de pocos derechos* en el proceso penal latinoamericano tradicional. Prevalce la concepción de objeto del procedimiento, y el imputado no es visto como un sujeto procesal dotado de derechos. Esta posición se refleja en que la declaración indagatoria como aspecto central del procedimiento, en el Derecho tradicional tiene la función del diligenciamiento de prueba de cargo y no de defensa del imputado.¹⁶⁰ En consecuencia, en ciertos paí-

¹⁵⁵ Uruguay, 2.2.

¹⁵⁶ Argentina, 2.2.4. y 5.; Bolivia, 2.2.; Chile, 2.2.; Costa Rica, 2.2.; El Salvador, 2.2.; Perú, 2. § 1 a); Uruguay, 2.2.

¹⁵⁷ Argentina 2.2.3.; Bolivia, 2.2. (el Informe habla de la "incorporación automática" de las pruebas obtenidas en el sumario a la etapa de enjuiciamiento; Chile, 2.2.; Perú, III. § 1 g.; Uruguay, 2.2. En vista al persistente dominio de la instrucción y la consecuente deficiente implementación del principio de inmediatez el informe de Bolivia constata que no basta con introducir el juicio oral si al mismo tiempo el sumario estructuralmente sigue en mano de un juez de instrucción casi omnimodo y quienes aplican el Derecho pueden mantener sus habituales costumbres procesales (Bolivia, 2.2.).

¹⁵⁸ Sólo algunos Informes hacen expresa referencia a esta problemática (Argentina, 2.2.2.; Paraguay, 2.2.).

¹⁵⁹ Bolivia, 2.2.; Chile, 2.2.; El Salvador, 2.2.; Honduras, 2.2.; Colombia, 1.2.; Uruguay, 2.2. comp. anterior n.a.p. 85.

¹⁶⁰ Argentina, 2.2.4.; Bolivia, 2.2.

ses la declaración indagatoria se presta sin presencia de un defensor, por lo que se violan gravemente las garantías constitucionales y los derechos humanos.¹⁶¹ Asimismo, el derecho de defensa es insuficiente en otros aspectos.¹⁶² El imputado dispone de pocas posibilidades de intervención y no se garantiza la igualdad de armas con el acusador.¹⁶³ No se conoce el principio de oportunidad.¹⁶⁴ En todos los países prevalece el principio absolutista de *ne delicta remaneant impunita*. Se antepone la condena de un inocente a la impunidad del culpable.¹⁶⁵

No se conoce el principio de la *libre apreciación de la prueba* por parte del juez. En cambio rige el sistema de prueba legal.¹⁶⁶ En Chile, la evidencia circunstancial sólo se admite excepcionalmente.¹⁶⁷ En los Informes de El Salvador y Honduras se señala que es de aplicación el sistema de prueba legal, pese a que la ley también prevé la evidencia circunstancial.¹⁶⁸

Los procedimientos prevén recursos contra la sentencia dictada. Algunos códigos procesales sólo prevén el recurso de casación,¹⁶⁹ otros sólo la apelación,¹⁷⁰ en tanto que en algunos países están abiertos ambos recursos.¹⁷¹

En Bolivia en el procedimiento de apelación no se lleva a cabo un segundo juicio oral, con lo que se viola el principio

¹⁶¹ Honduras, 2.2.

¹⁶² Bolivia, 2.2.

¹⁶³ Argentina, 2.2.4.; El Salvador, 2.2. Según el Derecho *uruguayo* el defensor no tiene derecho alguno de intervenir en la investigación preliminar. Desde la entrada en vigor del Pacto de San José, sin embargo, éstos le son concedidos *praeter legem*, a fin de observar el principio de la igualdad de armas (Uruguay, 2.2.).

¹⁶⁴ Argentina, 1.2.; Chile, 2.2.

¹⁶⁵ En cualquier caso cuando resultado deseable desde el punto de vista (criminal) político. Respecto de la otra cara de la moneda, la ampliamente difundida impunidad, en particular la violación de los derechos humanos, comp. AMBOS: n.a.p. 12.

¹⁶⁶ Argentina, 2.2.6.; Bolivia, 2.2. (como ejemplo se enuncia que en el sistema probatorio se asigna máxima importancia a la confesión del imputado). El informe de Paraguay contiene una exhaustiva enumeración de las reglas de evidencia (2.2.).

¹⁶⁷ Chile, 2.2.

¹⁶⁸ El Salvador, 2.2.; Honduras, 2.2.

¹⁶⁹ Costa Rica, 2.2.

¹⁷⁰ Paraguay, 2.2.

¹⁷¹ El Salvador, 2.2.; Honduras, 2.2.

de intermediación.¹⁷² En el "complejo" sistema de recursos del Brasil está prevista básicamente la posibilidad de apelar los fallos, pero tratándose de fallos dictados por un Tribunal de Jurados ("Tribunal do Júri"), el recurso sólo se puede interponer cuando existe evidencia de que el fallo se contradice con las pruebas aportadas.¹⁷³ En Honduras no rige en la apelación la prohibición de *reformatio in peius*.¹⁷⁴ En Perú no está previsto ni la apelación ni la casación, existiendo únicamente el llamado recurso de nulidad.¹⁷⁵ El recurso de nulidad es un instituto vastamente difundido en América latina, con el que se puede hacer valer la nulidad de las actuaciones procesales. En Brasil, Uruguay y Venezuela, existen además otros recursos como la revisión del juicio, además de las instancias de apelación y casación.¹⁷⁶

2.3. Procedimientos especiales. Soluciones alternativas al sistema penal

El modelo procesal tradicional prevé procedimientos especiales para ciertos delitos específicos (por ejemplo delitos de acción privada,¹⁷⁷ delitos sorprendidos en flagrancia) o de escasa gravedad o cuando en la persona del imputado se dan ciertas condiciones, como por ejemplo ser menor de edad o funcionario.¹⁷⁸ Asimismo, en general están previstos procedimientos especiales para contravenciones.

Cuando se está en presencia de un *delito de menor gravedad*, los derechos del imputado se ven limitados más de lo normal. En el caso de delitos que se sancionan con una pena privativa de libertad menor, las funciones de investigar y de decidir se concentran en un mismo magistrado —también en aquellos países, en los que normalmente ambas funciones están separadas—. De esta manera se viola el derecho a ser

¹⁷² Bolivia, 2.2.

¹⁷³ Ver exhaustivamente y en tono crítico Brasil, 2.6.; respecto del Tribunal do Júri más adelante 3.2. n.a.p. 241.

¹⁷⁴ Honduras, 2.2.

¹⁷⁵ Perú, 2. § 1 c).

¹⁷⁶ Brasil, 2.6.; Uruguay, 2.2.; Venezuela, 2.2.

¹⁷⁷ Comp. al respecto punto 1.1.1.

¹⁷⁸ Comp. p. ej. Bolivia, 2.3.; Brasil, 2.4. y 2.5.; Cuba 2.3.

juzgado por un juez imparcial.¹⁷⁹ En muchos casos se pasa a juicio en forma directa, es decir sin una instrucción previa. Los actos de "prueba" realizados por la policía constituyen la base sobre la que se emite posteriormente la sentencia.¹⁸⁰

En general, en América latina se admite un recorte a los derechos del imputado en el Derecho penal especial, en particular cuando se trata de *delitos cometidos contra la ley de estupefacientes*. En este caso se registra en parte una neta recaída en las estructuras del proceso inquisitivo. A modo de ejemplo, nos detendremos a continuación brevemente en la situación en *Bolivia*. El Informe Nacional señala que las investigaciones en el caso de los delitos contra la Ley del Régimen de la Coca y Sustancias Controladas está a cargo de una unidad policial especial que actúa con total autonomía. Los imputados son detenidos durante meses en sede policial, los allanamientos se practican sin orden judicial y en horas de la noche. El informe señala además que son ilimitados "el ejercicio de la fuerza y la utilización de armas" contra los imputados. Estas actuaciones policiales constituyen en la prueba fundamental en la etapa del juicio plenario. Los imputados se encuentran en un estado de "absoluta indefensión".¹⁸¹

En el proceso penal latinoamericano tradicional no se conocen *mecanismos de solución alternativos al sistema penal*.¹⁸² Sólo recientemente y en el marco del clima general de

¹⁷⁹ Acertadamente Argentina, 2.2.1

¹⁸⁰ Bolivia, 2.3.

¹⁸¹ Bolivia, 2.3. De aplicación general. Comp. en relación con el "triángulo blanco" (Colombia, Perú y Bolivia) AMBOS: *Die Drogenkontrolle und ihre Probleme in Kolumbien, Perú und Bolivien, eine kriminologische Untersuchung aus Sicht der Anbauländer, unter besonderer Berücksichtigung der Drogengesetzgebung*, Friburgo, I. Br. 1993, pp. 181 y ss., pp. 221 y ss., pp. 249 y ss., pp. 301 y ss., pp. 336 y ss.; el mismo autor, *Control de drogas. Política y legislación en América latina, EE.UU. y Europa. Eficacia y alternativas (con anexo legislativo de normas interamericanas y nacionales de América latina, EE.UU. y Europa)*, Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1998, pp. 100 y s., pp. 125 y s.

¹⁸² Chile, 2.3.; Costa Rica, 2.3.; Cuba, 2.3. (salvo para determinados delitos); El Salvador, 2.3.; Guatemala, 2.3.; Honduras, 2.3.; Perú 2. § 5. Una excepción —al menos en cuanto a la concepción normativa— plantean el Derecho mexicano y el paraguayo, que para determinados delitos prevén una conciliación entre autor y víctima con eventual reparación del daño. En la práctica, sin embargo, se hace muy poco uso de esta posibilidad (México, 2.3.; Paraguay, 2.3.). En Venezuela el Derecho procesal tradi-

reforma, éstos despiertan creciente interés. En la práctica del procedimiento tradicional, los esfuerzos de la persecución penal se concentran en delitos menos importantes, en tanto que muchas veces permanecen impunes los delitos capitales.¹⁸³

Un lugar destacado ocupa la *justicia militar* y los códigos y procedimientos penales militares. La existencia de este fuero conduce, por un lado, a una situación de impunidad general y, por el otro, a una considerable limitación de los derechos del imputado, en particular cuando se los utiliza contra la oposición política.¹⁸⁴

En *Chile, Guatemala, México o Perú* los jueces mismos son miembros de las Fuerzas Armadas, con lo que se pone en duda la imparcialidad de los jueces.¹⁸⁵ En el Informe de *Venezuela*, en cambio, se pone en tela de juicio la independencia de los jueces en vista de los derechos de intervención del Presidente de la República.¹⁸⁶ Estas reservas cobran mayor importancia si se considera que la justicia penal militar en casi todos los países se extiende también a ciertos delitos generales (violación a los derechos humanos),¹⁸⁷ y por el otro no sólo pueden ser juzgados miembros de las Fuerzas Armadas sino bajo ciertas condiciones también civiles.¹⁸⁸ Más positivo es el cuadro en *Honduras*, país en el que si bien existe una justicia penal militar, los condenados tienen la posibilidad de recurrir a un tribunal de apelación de la justicia ordinaria.¹⁸⁹ La Corte Suprema de aquel país ha constatado en

cional prevé la posibilidad del sobreesimiento en el caso de delitos menores (en la práctica sin mayor importancia) (Venezuela, 2.3.). Respecto de Brasil ver 3.4. n.a.p. 306.

¹⁸³ Bolivia, 2.3. Comp. en relación con la situación jurídica en Argentina antes de la reforma de 1992, MAIER, J. B. J.: *Derecho procesal penal*, t. I. Fundamentos, 2ª ed. sin cambios, Buenos Aires, 1999, pp. 782 y s.

¹⁸⁴ El fenómeno de la justicia militar es tan complejo que requiere de un estudio por separado; compárese desde la perspectiva de los derechos humanos, AMBOS: *Straflosigkeit*, n.a.p. 12, pp. 115 y ss., pp. 260 y ss.; el mismo autor: *Impunidad*, n.a.p. 12, pp. 56 y ss., pp. 191 y ss. con las respectivas demostraciones.

¹⁸⁵ Chile, 2.3.; Guatemala, 2.3.; México, 2.3.; Perú III. § 5.

¹⁸⁶ Venezuela, 2.3.

¹⁸⁷ Bolivia, 2.3.; Chile, 2.3.; Perú 2. § 5.

¹⁸⁸ Bolivia, 2.3.; Chile, 2.3.; Cuba, 2.3.; Perú 2. § 5.

¹⁸⁹ Honduras, 2.3.5. En Paraguay está abierta la vía judicial hasta la Corte Suprema (Paraguay, 2.3.).

más de una oportunidad que los tribunales militares no son competentes en ningún caso en el que se trata de un "sujeto activo o pasivo".¹⁹⁰ En este contexto también es de celebrar que en *Brasil*, y en virtud de una enmienda legislativa, los delitos dolosos contra la vida entran en la órbita de competencia de los tribunales ordinarios.¹⁹¹

2.4. Ejecución penal

En el modelo tradicional del procedimiento penal latinoamericano, la ejecución de la pena en general¹⁹² es competencia de las autoridades administrativas. Excepcionales mecanismos de control judicial previstos *de lege lata*, son escasamente relevantes en la práctica.¹⁹³

En la ejecución penal es particularmente evidente la tendencia ya mencionada¹⁹⁴ del procedimiento inquisitivo latinoamericano de considerar al autor del hecho un objeto del proceso carente de derechos. En tal sentido, los Informes Nacionales son mayormente críticos.

Desde *Bolivia* se informa que en la práctica, el preso no tiene posibilidad alguna de hacer valer sus garantías individuales.¹⁹⁵ En *Honduras*, el preso no cuenta con defensa técnica.¹⁹⁶ En *El Salvador* se dictó en 1972 una ley, que se orienta por los principios básicos para el trato de presos de las Naciones Unidas de 1956; sin embargo no fue aplicado nunca.¹⁹⁷ Para toda *Costa Rica* existió (hasta la reforma) sólo un único juez de ejecución penal. Sus decisiones en gran parte no eran vinculantes para las autoridades ejecutoras.¹⁹⁸

¹⁹⁰ Honduras, 2.3.5. Este principio está recogido también en la Constitución de México (México, 2.3.). Comp. en cuanto a competencia de los tribunales militares desde la perspectiva de la jurisprudencia y la literatura, AMBOS: *Straftlosigkeit*, n.a.p. 12, pp. 144 y s., pp. 268 y ss.; el mismo autor: *Impunidad*, n.a.p. 12, pp. 57 y s., pp. 199 y ss.

¹⁹¹ Lei 9.299/96 (Brasil, 2.9.).

¹⁹² Una excepción típica es la decisión sobre la libertad condicional (Bolivia, 2.4.; Costa Rica, 2.4.; Guatemala, 2.4.; Honduras, 2.4.; Paraguay, 2.4.; Uruguay, 2.4.).

¹⁹³ Brasil, 2.10.; Chile, 2.4.; Guatemala, 2.4.; Honduras, 2.4.; México, 2.4.; Paraguay, 2.4.; Uruguay, 2.4.; Venezuela, 2.4.

¹⁹⁴ Ver anterior.

¹⁹⁵ Bolivia, 2.4.

¹⁹⁶ Honduras, 2.4.

¹⁹⁷ El Salvador, 2.4.

¹⁹⁸ Costa Rica, 2.4.

La situación que se vive en muchas cárceles latinoamericanas debe ser considerada indigna de la condición humana, sobre todo con vistas a la alimentación, asistencia sanitaria y situación social en particular.¹⁹⁹ En *Brasil* se lamenta el "estado infrahumano" ("estado falimentar") que se vive en el sistema penitenciario en virtud de la falta de infraestructura y recursos.²⁰⁰ En el informe de *Venezuela* el sistema penitenciario es considerado una "máquina de moler carne humana". Este estado de cosas es tanto más preocupante si se considera que en todos los países hay más presos procesados que condenados.²⁰¹

3. La reforma ya vigente o diseñada

3.1. Proyectos actuales y su estado

Hasta el momento de redactar este Resumen Comparativo, las reformas encaradas en los diferentes países registraban diferentes grados de avance, como ya se mencionara. Comúnmente el grado de avance se mide en función de las categorías conceptuales *acusatorio/inquisitivo*, utilizados en forma complementaria ambos términos se han alejado considerablemente de su sentido semántico original.

El adjetivo "acusatorio" ya no describe en primer lugar el inicio del plenario mediante la formulación de la acusación; y por "inquisitivo" ya no se interpreta básicamente la inquisición de la materia procesal. En general, ambas denominaciones se utilizan más bien para calificar al proceso penal en su conjunto. El concepto "acusatorio" tiende a denominar atributos tales como progreso, modernidad y Estado de Derecho. En cambio se define como "inquisitivo" a un proceso cuando el observador lo considera tradicional, conservador y, por ende, y en función del punto de vista personal, preocupante desde la perspectiva del Estado de Derecho. Con frecuencia, de este modo se argumenta unilateralmente a favor de una estructura procesal angloamericana, porque el adjetivo "acusatorio" se interpreta en el sentido de "adversatorio" y como antónimo de "instruccionista".

¹⁹⁹ El Salvador, 2.4.

²⁰⁰ Brasil, 3.1.

²⁰¹ Comp. anterior n.a.p. 85.

En términos estrictos, este desplazamiento semántico se debe a una equivocada traducción del término técnico inglés "adversarial".²⁰² El término "acusatorio" no se refiere según su significado latín original (*accusare* = acusar) a la forma de diligenciar las pruebas sino exclusivamente a que el procedimiento (plenario) sólo puede iniciarse en base a una acusación. En América latina, esta circunstancia rara vez se tiene en cuenta tanto en la acepción general del término como también en el sentido lingüístico científico. Ocasionalmente se habla de "acusatorio en el sentido formal" cuando se utiliza el término en el sentido descrito.²⁰³ Otra razón de la mutación del sentido debe verse en la fuerte politización de esta palabra.²⁰⁴

En esencia, en el debate latinoamericano planteado, se trata de la antinomia entre estructuras procesales instructorias versus estructuras adversatorias. Si nos atenemos al uso sujeto a definiciones de estos dos términos, la característica fundamental de un procedimiento de *instrucción* es que el juez determina o interviene en la determinación de la producción de pruebas en el juicio oral, es responsable por el esclarecimiento total y correcto de los hechos y se prepara debidamente estudiando el expediente.²⁰⁵ En cambio, en el sistema *adversatorio* o de iniciativa de las partes, las partes presentan sus pruebas producidas unilateralmente y bajo su propia responsabilidad ante un jurado, hasta entonces no familiarizado con el caso. El juez profesional que dirige la audiencia, simplemente controla la observancia de las reglas de juego.²⁰⁶

²⁰² Comp. LYNCH, G. E.: "Plea bargaining: el sistema no contradictorio de justicia penal en Estados Unidos", *Nueva Doctrina Penal*, 1998/A, Buenos Aires, 1998, pp. 293-330.

²⁰³ BINDER; anterior n.a.p. 69, S. 219; GIL LAVEDRA, R.: "Legalidad vs. acusatorio. Una falsa controversia", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, n° 7, Buenos Aires, 1997, S. 829-852 (836).

²⁰⁴ Un ejemplo del uso que se le da a los conceptos de acusatorio/inquisitivo en este sentido en CAFFERATA, J. I.: "Proceso penal mixto y sistema constitucional", en *Nueva Doctrina Penal*, 1997/A, Buenos Aires 1997, pp. 73-86.

²⁰⁵ Comp. PERRON, W.: "Rechtsvergleichender Querschnitt und rechtspolitische Bewertung", en ders. (ed.), *Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrecht des Auslands. Rechtsvergleichendes Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz*, Friburgo i. Br., 1995, pp. 559 y ss. (560).

²⁰⁶ *Ibidem*, pp. 562 y s.

Evaluar los diferentes códigos procesales penales sólo según las categorías descritas no se compadece, sin embargo, ni con el actual estado de la investigación ni es particularmente fructífero. Por otro lado, la dicotomía clásica entre procesos de instrucción y juicios de adversación ha perdido importancia para evaluar la calidad de Estado de Derecho de un orden procesal ya que el principio del mismo y las garantías del imputado están consagradas en (casi) todas las constituciones latinoamericanas y han quedado plasmados en los acuerdos internacionales pertinentes. Dado que todos los códigos procesales penales, al margen de su estructura procesal, están comprometidos con la observancia de ciertas normas mínimas, estas diferencias entre los sistemas parecen más bien secundarias.²⁰⁷

Por lo tanto, utilizaremos como criterios referenciales para la evaluación de los sistemas procesales penales, la implementación del principio de Estado de Derecho y la definición exacta de la posición de sujeto²⁰⁸ del imputado, que en el proceso penal se enfrenta como ciudadano a un poder público casi omnímodo. Además se considerará el control y la limitación de los órganos públicos a un ejercicio del poder identificado con el bien común y que actúa en forma prudente y no arbitraria.

Si se toma como base este parámetro, los sistemas procesales penales de *Costa Rica* y *Guatemala* pueden ser considerados precursores del movimiento reformista, al menos en lo que se refiere a la orientación normativa. En estos países, entraron en vigor en 1998 y 1994 códigos penales procesales concordantes con los requerimientos constitucionales y de Estado de Derecho, al menos hasta donde puede apreciarse.²⁰⁹ En la medida en que efectivamente entren a regir las

²⁰⁷ Comp. también PERRON, W.: *Das Beweisantragsrecht des Beschuldigten im deutschen Strafprozeß*, Berlín, 1995, p. 107; MAIER, J. B. J.: "Inviolabilidad de domicilio", *Doctrina Penal*, 8, Buenos Aires, 1985, pp. 59-117 (73).

²⁰⁸ Naturalmente el imputado sigue siendo objeto de la coacción pública, en la medida en que debe soportar el proceso penal. A diferencia del proceso inquisitivo en el Derecho común, en los códigos procesales modernos se lo reconoce fundamentalmente como un sujeto del proceso dotado de derechos procesales propios (comp. ROXIN: n.a.p. 4, p. 117).

²⁰⁹ *Costa Rica*, 3.1.; *Guatemala*, 2.2.

leyes correspondientes, se agregarán a este grupo de países *Bolivia, Chile, Honduras, Paraguay y Venezuela*, cuyos proyectos de reforma se inspiran básicamente en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica.^{210 y 211}

En *Bolivia* se proclamó en 1999 un Código Procesal Penal que recoge estas sugerencias. Entrará en vigor a los dos años de su promulgación.²¹² En *Chile*, la Cámara de Diputados aprobó y remitió al Senado en 1997 un proyecto de ley de reforma del Código Procesal. La comisión correspondiente del Senado aprobó la ley en general y en este momento está abocada al tratamiento de la ley en particular.²¹³ En *Honduras*, la *Corte Suprema* tomó en 1995 la iniciativa legislativa. Al momento de redactarse este Resumen, se aguarda el tratamiento del proyecto definitivo en sesión plenaria del Congreso.²¹⁴ También *Paraguay y Venezuela* han aprobado leyes que suplantán el proceso penal tradicional. Posiblemente entren en vigor en 1999.²¹⁵

En los países enumerados, la entrada en vigor de los respectivos códigos fortalece la posición jurídica del imputado. La jurisdicción de la instrucción pasa del juez al Ministerio Público. Esta reforma fortalece el derecho fundamental del imputado de enfrentarse en la etapa del plenario a un juez objetivamente imparcial, ya que el juez entra por primera vez en contacto con la causa en el plenario. También adquiere importancia el principio de intermediación. Hasta ahora las investigaciones estaban a cargo de jueces y en algunos casos un mismo magistrado concentraba la funciones de investigar y de decidir por lo que consideraba redundante un nuevo diligenciamiento de pruebas en el juicio oral, incorporando directamente los medios de prueba aportados durante el sumario. Otra innovación importante es que el órgano responsable de llevar adelante las investigaciones en la etapa

²¹⁰ Comp. n.a.p. 5.

²¹¹ Respecto de los proyectos de ley en *Bolivia, Chile, Paraguay, Uruguay y Venezuela*, comp. AMBOS: *ZStW* 1998, anterior n.a.p. 2, pp. 227y ss., el mismo autor: *Proceso penal*, n.a.p. 2, pp. 37 y ss.; también *Revista de Derecho Procesal*, anterior n.a.p. 2, pp. 560 y ss.

²¹² *Bolivia*, 3.1.

²¹³ *Chile*, 3.1.

²¹⁴ *Honduras*, 3.1.

²¹⁵ *Paraguay*, 3.1. y 3.3.; *Venezuela*, 3.1.

sumarial, no puede ordenar por su propia cuenta injerencias en la esfera del imputado protegidas por las garantías constitucionales. Según se establece en las nuevas legislaciones, la Fiscalía debe solicitar el diligenciamiento de estas injerencias ante un juez de investigación o garantías, que por lo demás no interviene en las investigaciones.

En los otros países estudiados no se han producido reformas básicas e integrales o éstas aún no han entrado en vigor. Cabe distinguir, sin embargo, entre aquellos países en los que se bloqueó todo intento de reforma (*Cuba, México, Perú, Uruguay*), y aquellos otros que introdujeron "tibias" reformas parciales (*Argentina, Brasil, El Salvador, Colombia*).

Cuba no integra el movimiento reformista sobre el que se informa en el presente trabajo.²¹⁶ En *México* no cabe aguardar reformas significativas. Al momento de redactarse el presente Resumen, en este país se está discutiendo un anteproyecto de ley que no permite esperar "modificaciones sustanciales" respecto de la actual situación jurídica vigente.²¹⁷ En *Perú* ya se ha presentado en 1991 un proyecto de reforma que merece ser calificado de progresista pero cuya entrada en vigor ha sido impedida en reiteradas oportunidades por el Poder Ejecutivo y que a juicio del relator tiene muy escasas posibilidades de ser aprobado (nuevamente) por el Parlamento en su actual versión.²¹⁸ En *Uruguay*, se sometió en 1995 a consideración del Parlamento un proyecto de ley inspirado en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica que, no obstante, fue desestimado. En su lugar se aprobó en 1997, y con consenso de todas las fuerzas políticas, una ley que no introdujo mayores cambios al proceso penal latinoamericano tradicional.²¹⁹ La Comisión para Derechos Humanos de las Naciones Unidas comunicó al Uruguay con fecha 6/4/1998 que la prisión preventiva obligatoria prevista en dicha ley no se compadece con la presunción de inocencia (art. 9° Ipbpr) y que el juez unipersonal responsable

²¹⁶ *Cuba*, 3.1.; comp. también Observación previa.

²¹⁷ *México*, 3.1. y 3.3.

²¹⁸ *Perú*, IV, § 4. Respecto de este proyecto ver AMBOS: *Proceso penal*, anterior n.a.p. 2, pp. 49 y ss.

²¹⁹ Respecto de este proyecto véase AMBOS: *ZStW*, 1998, anterior n.a.p. 2, pp. 242 y ss.

de la instrucción y del plenario no es concordante con el principio de inmediación (art. 14, n° 1 IpbpR). Como consecuencia de dicha comunicación el Parlamento uruguayo pospuso la entrada en vigor de la ley hasta el 1/2/1999. Al momento de redactar el Informe no se sabía con exactitud si se introducirían modificaciones.²²⁰ Por lo tanto, se descarta hacer una descripción detallada de la situación jurídica en estos países.

El Derecho procesal penal de *Argentina* se encuentra "a medio camino" en el proceso de reforma, ya que desde las modificaciones introducidas en 1991, únicamente se ha avanzado a nivel provincial en la puesta en práctica de otros proyectos de reforma.²²¹ En *Brasil*, hasta el momento sólo se intentaron introducir reformas parciales mediante leyes especiales que buscan moderar la anticonstitucionalidad del Derecho procesal penal.²²² En *El Salvador*, un país básicamente progresista, no cabe esperar reformas integrales, luego de la amplia reforma de 1999.²²³ El proceso penal *colombiano* fue reformado ampliamente. No obstante, al momento del Informe en el Congreso se está debatiendo sobre un nuevo proyecto de reforma.²²⁴ A continuación se hará referencia específica a estos países en algunos puntos.

3.2. Correlación de los proyectos con los principios del proceso penal de un Estado de Derecho

Los proyectos de ley de *Bolivia*, *Chile*, *Honduras*, *Paraguay* y *Venezuela* y las reformas de *Costa Rica* y *Guatemala* merecen en todos los casos un juicio positivo en los respectivos Informes Nacionales. En general coinciden —al menos en su orientación normativa— con las condiciones que la Constitución y los derechos humanos que se exigen de un procedimiento penal.²²⁵ Dado que los mismos ya han sido descritos exhaustivamente,²²⁶ nos limitaremos a señalar que el

²²⁰ Uruguay, 3.1.

²²¹ Argentina, 3.

²²² Brasil, 3.2.

²²³ El Salvador, 3.

²²⁴ Colombia, 3.

²²⁵ Bolivia, 3.2.; Chile, 3.2.; Honduras, 3.2.; Paraguay, 3.2.; Venezuela, 3.2.; Costa Rica, 3.2.; Guatemala, 3.2.

²²⁶ Comp. más arriba 1.

proceso penal reformado se basa en los principios de publicidad, oralidad, contradicción y continuidad, con importancia medular del principio de inmediación. A cargo del juicio está el juez natural; se prohíben los tribunales de excepción. Se garantiza la imparcialidad (objetiva) y la independencia política del juez que conoce en la causa. También está previsto el derecho de defensa y de ser oído al igual que el principio de presunción de inocencia y las reglas de *ne bis in idem e in dubio pro reo*. Correlativamente, la prisión preventiva deja de ser la regla general y se convierte en la excepción. Además está sujeta a tiempos máximos. Si durante el diligenciamiento de pruebas se viola la prohibición de tortura, coacción o violencia física y moral, o si se violenta injustificadamente el domicilio o el secreto de correspondencia del imputado, los medios de prueba obtenidos no pueden ser utilizados como base para determinar la culpabilidad o la inocencia. El sistema de prueba legal forma parte del pasado; en su lugar rige el principio de la libre apreciación de la prueba. Se ha fortalecido claramente la posición del ofendido.

La reforma introducida al Derecho procesal penal en *Argentina* constituye una aproximación considerable a los principios constitucionales y de derechos humanos, aunque el Informe también manifiesta críticas justificadas.

En primer lugar se manifiestan reservas respecto de las normas legales sobre *prisión preventiva*. Según el C.P.P., la prisión preventiva es la regla ante la presunta comisión de un delito amenazado con pena privativa de libertad si el juez estima *prima facie* que ésta será de cumplimiento efectivo en caso de recaer sentencia condenatoria. Sólo podrá conceder el beneficio de excepción de prisión bajo ciertas condiciones. Por lo tanto el nuevo Derecho argentino mantiene la prisión preventiva como regla general de la que el juez se aparta sólo en casos excepcionales.²²⁷ Esta sistemática limita considerablemente las garantías constitucionales y convencionales del imputado a la libertad personal y difícilmente sea compatible con la presunción de inocencia.

²²⁷ Argentina, 1.4.2. Esta disposición implica que el intento de eludir la justicia o de entorpecer las investigaciones no son considerados motivos de prisión sino sólo razones para denegar la exención de prisión (arts. 316, 317, 319, C.P.P.N.).

La ley tampoco ha recortado la posición omnimoda que históricamente ha tenido el juez de instrucción y la posibilidad de la arbitrariedad pública respecto de las *garantías* del imputado. El Informe Nacional de Argentina hace referencia al ejemplo de la intervención telefónica. La reglamentación correspondiente se limita a establecer que una injerencia en el secreto de las telecomunicaciones sólo puede hacerse en virtud de una autorización judicial que explica las razones, y sólo en la casa del imputado. No contiene un catálogo de delitos cuya persecución puede dar lugar a la intervención telefónica ni determinar esos hechos en forma abstracta o genérica. Según los términos de la ley, el juez de instrucción está facultado a ordenar medidas de vigilancia ilimitadas en el tiempo ante la presunción de delito de toda índole y sin consideración de la gravedad del mismo.²²⁸ Se destaca que el principal mecanismo de control previsto para el ejercicio de las facultades de injerencia estatal está constituido por el requisito de autorización judicial previa que intenta garantizar la legalidad de las injerencias. Este mecanismo se diluye prácticamente por completo como salvaguarda (...) ya que el mismo juez que autoriza la injerencia es quien está a cargo del desarrollo de la investigación preliminar (*juez de instrucción*)".²²⁹ La violación de los preceptos constitucionales y de derechos humanos aparecen como aún más graves en el análisis del conjunto del procedimiento penal argentino, ya que la ley permite introducir en el juicio oral los medios de prueba obtenidos por esa vía, que de este modo se constituyen en la base directa del fallo.²³⁰

Otro déficit de la reforma del proceso penal argentino radica en que para todos los procedimientos correccionales, que hacen a una parte considerable del conjunto de los procedimientos penales, se mantienen *juces unipersonales*, es decir que un mismo magistrado concentra las funciones de investigar y de decidir. Ya señalamos que este sistema viola el derecho del acusado a ser juzgado por un juez imparcial.²³¹

²²⁸ Comp. n.a.p. 84.

²²⁹ Argentina, 1.4.5.

²³⁰ Argentina, 2.3.

²³¹ Argentina, 1.4.8.

Finalmente también resulta problemático el *derecho de recursos* que concede la ley argentina. El *recurso de casación* está sujeto a considerables limitaciones. El recurso contra la sentencia dictada por el tribunal colegiado de primera instancia (pena privativa de libertad o pena pecuniaria) sólo procede a partir de un monto mínimo de pena. Si la pena es menor, el recurso no procede. En tal caso, el acusado no cuenta con *ningún* recurso dado que el Derecho argentino no prevé la apelación en ese sentido. La Corte Suprema ha reconocido la contradicción con el Derecho del imputado de recurrir la sentencia y declaró anticonstitucional la norma correspondiente.²³²

Menos problemático resulta el nuevo Derecho procesal penal de *El Salvador*. El Informe Nacional sólo menciona las facultades de coordinación casi omnimodas del juez de instrucción en el procedimiento preliminar. Estas facultades se contradicen con la Constitución que establece que la investigación del delito está a cargo del Ministerio Público.

La crítica que se formula a la reforma procesal penal *colombiana* está igualmente referida a la etapa de instrucción que pese a la introducción del juicio oral y público sigue siendo el eje central del proceso.²³³

En este caso se abolió la figura del juez de instrucción, excesivamente poderosa que realizaba las investigaciones sin control alguno y la *instrucción* pasó a manos del Ministerio Público. Se critica la facultad del Ministerio Público de realizar injerencias que afectan garantías individuales tales como el derecho a la libertad personal, sin orden previa de un juez de instrucción.²³⁴ En todo caso se informa que existen numerosas razones para recusar al fiscal y que el fiscal a cargo de las investigaciones no puede actuar en la etapa del plenario.²³⁵ Mientras tanto se han introducido otras correcciones que buscan contrarrestar el poder excesivo del Ministerio Público.²³⁶ Se critica también que la reforma colombiana ha

²³² Argentina, 2.3.

²³³ Colombia, 2.1.

²³⁴ Colombia, 2.1. así como 1.1.7.

²³⁵ Colombia, 1.3. De todos modos el Informe de Colombia se caracteriza por su crítica a la fuerte posición del Ministerio Público.

²³⁶ "Ley estatutaria de la administración de justicia" (comp. Colombia, 1.4.).

preservado ciertas características del proceso penal tradicional. El encarcelamiento preventivo sigue siendo la regla y no la excepción, lo que está reñido con los preceptos constitucionales.²³⁷

Finalmente cabe mencionar que en el debate latinoamericano sobre la reforma procesal penal juega un papel importante el control popular al que puedan estar sometidos los jueces. Pese a que de muchas constituciones latinoamericanas se desprende un derecho del imputado a ser juzgado (al menos como opción) por ciudadanos "ordinarios", los legisladores se muestran más bien reticentes a establecer el *juicio por jurados*.²³⁸

En *Argentina*, el Poder Ejecutivo ha elevado al Congreso un proyecto de ley introduciendo el juicio por jurados. El proyecto otorga a todo imputado el derecho a elegir ser juzgado por un tribunal de jurados una vez concluida la etapa de investigación preliminar y decidido elevar la causa a juicio. En este caso se consagra el sistema de *cross-examination*. El juez que conduce el juicio no puede formular preguntas él mismo. La sentencia recae en los jurados y en manos del juez sólo queda la determinación de la pena concreta. Al momento de elaborarse el Informe, la ley aún no había entrado en vigor.²³⁹ En *Bolivia* ya se ha introducido el juicio por jurados. Sin embargo, sólo se constituyen para ciertos delitos de catálogo como son los delitos contra la vida.²⁴⁰ El *Brasil* es el país en el que el sistema de tribunales de jurados ("Tribunal do Júri") probablemente es el más antiguo en América latina. Sin embargo, los jurados no deciden sobre culpabilidad o inocencia del acusado en función de una discusión de los hechos sino que deben responder por "sí" o por "no" a un catálogo de preguntas de los hechos.²⁴¹ En *Venezuela* existen dos formas de participación de legos, el llamado "Tribunal Mixto", integrado por un juez profesional y dos jueces legos, y el "Tribunal de Jurados" integrado por nueve jurados y un presidente.²⁴²

²³⁷ Colombia, 1.2. (comp. también n.a.p. 159).

²³⁸ Comp. en este contexto AROCA/GÓMEZ COLOMER: *Comentarios a la Ley del Jurado*, Pamplona, 1999.

²³⁹ Argentina, 3.

²⁴⁰ Bolivia, 3.2.

²⁴¹ También se ha expresado en forma crítica Brasil, 2.5.

²⁴² Venezuela, 3.2.

3.3. Estructura del procedimiento común y órganos estatales encargados de llevarlo a cabo

A diferencia del procedimiento tradicional, dividido en dos etapas, el juicio de conocimiento común reformado se subdivide en tres fases, a saber el procedimiento preliminar, el procedimiento intermedio y el procedimiento plenario. Existen variantes entre los diferentes países sobre todo en los procedimientos preliminar e intermedio, en tanto que las normas sobre la etapa del juicio se diferencian muy poco. Una de las diferencias sustanciales radica en que el procedimiento preliminar (instrucción) en algunos países está a cargo del Ministerio Público, en tanto que en otros casos continúa a cargo del juez de instrucción.

3.3.1. PREVALECE LA ESTRUCTURA DE TRES ETAPAS

Seguidamente se hará hincapié en el desarrollo básicamente homogéneo del procedimiento en aquellos países en los que las investigaciones están a cargo del Ministerio Público. Son ellos *Bolivia*, *Chile*, *Costa Rica*, *Guatemala*, *Honduras*, *Paraguay*, *Venezuela* y la legislación de *El Salvador* con algunas ligeras desviaciones.

3.3.1.1. Procedimiento preliminar

En este grupo de países la reforma incluye también la iniciación del procedimiento preliminar. Cobra plena vigencia la regla de *ne procedat iudex ex officio* y el procedimiento preliminar en ningún caso es abierto de oficio por un juez. Las acciones se inician siempre en virtud de una denuncia, en parte también de "investigación por iniciativa propia" del Ministerio Público o querrela presentada por el ofendido.²⁴³ Si la policía actúa por iniciativa propia, debe informar de las actuaciones dentro de un determinado plazo al fiscal competente.²⁴⁴ El imputado tiene derecho a ser informado sobre el

²⁴³ Bolivia, 3.3.1.; Costa Rica, 3.3.1.; El Salvador, 3.2.1.; Guatemala, 3.3.; Paraguay, 3.3.1.; Venezuela, 3.3.1.

²⁴⁴ En Costa Rica la notificación debe hacerse en el término de las seis horas (Costa Rica, 3.3.1.).

delito que se le imputa y a la defensa técnica.²⁴⁵ En *El Salvador*, antes de iniciarse la instrucción, se realizan investigaciones previas y se celebra una "audiencia inicial" en la que el fiscal informa al juez de instrucción que ha iniciado investigaciones contra una cierta persona.²⁴⁶

La *finalidad* del procedimiento preliminar es determinar si el imputado ha cometido un cierto delito. El Ministerio Público o la policía a cargo de las investigaciones²⁴⁷ debe considerar por igual circunstancias incriminatorias y exculpatorias.²⁴⁸ A tal efecto se prevén plazos que bajo ciertas circunstancias, sin embargo, son prorrogables, por ejemplo cuando las investigaciones demuestran ser especialmente difíciles.²⁴⁹ Los plazos relativamente cortos que se han previsto reflejan la voluntad del legislador de eliminar el tradicional dominio del procedimiento preliminar y desplazar la instancia decisiva a la etapa de juicio. Tal como se destaca en numerosos informes, la reforma concede a las investigaciones sólo un carácter *preparatorio* y puede reflejarse en la acusación, pero no constituirse en el fundamento principal del fallo.²⁵⁰ Correlativamente en *Bolivia* la etapa del juicio es definida como la "cumbre" del procedimiento. Sólo excepcionalmente un medio de prueba puede ser elevado en la etapa preliminar ("prueba anticipada"), por ejemplo cuando es conocido de antemano que un testigo no podrá estar presente en el juicio. Esta diligencia, en general, está a cargo de un juez de instrucción denominado "juez de garantía" o "juez de control".²⁵¹

²⁴⁵ Costa Rica, 3.3.1.

²⁴⁶ El Salvador, 3.2.1. Esta audiencia inicial debe distinguirse de la audiencia preliminar (El Salvador, 3.2.3.).

²⁴⁷ La relación entre la Fiscalía y la policía se desarrolla con arreglo a detalladas reglas. En *Bolivia*, por ejemplo, la policía debe informar dentro de las 8 horas al fiscal acerca de eventuales medidas coercitivas (Bolivia, 3.3.1.).

²⁴⁸ Venezuela, 3.3.1.

²⁴⁹ Bolivia, 3.3.1. (6 meses a contar desde que se tomó por primera vez conocimiento del delito); El Salvador 3.2.2. (6 meses); Guatemala, 3.3. (3 meses, siempre que se hubiera dictado prisión preventiva, de lo contrario 6 meses); Paraguay, 3.3.1. (6 meses), Venezuela, 3.3.1. (a los 6 meses de haberse constatado al imputado, éste tiene el derecho de solicitar ante el juez de instrucción que se fije un plazo para la clausura de las investigaciones).

²⁵⁰ Comp. p. ej. El Salvador, 3.2.1.

²⁵¹ Bolivia, 3.3.1.; Chile, 3.3.; Costa Rica, 3.3.1.; Venezuela, 3.3.1. y 3.3.3.

La denominación de juez de garantía o juez de control se explica a partir del hecho de que este juez también es responsable de ordenar medidas investigativas tales como allanamientos domiciliarios, requisas o intervenciones telefónicas a petición del fiscal. El Fiscal General no podrá ordenar por su propia cuenta estas injerencias en los derechos fundamentales, su legalidad debe ser "garantizada" o "controlada" por un juez.²⁵² Esto se aplica también a la prisión preventiva. En el informe de *Bolivia* se destaca que el estado de incertidumbre que debía soportar hasta ahora el imputado cuando era detenido por la policía, forma parte del pasado luego de la entrada en vigor de la reforma. Si el fiscal considera que corresponde que continúe la privación de libertad deberá solicitarlo así con un plazo de preclusión de 24 horas ante el juez de instrucción. De lo contrario debe ordenarse la libertad del imputado.²⁵³

A diferencia de los procedimientos preliminares tradicionales a cargo del juez de instrucción, en *Costa Rica* la diligencia de las investigaciones es definida como "actividad creativa, informal y no sujeta a patrones rígidos".²⁵⁴ También el Informe de *Venezuela* ve en la ruptura con las metodologías tradicionales, formalizadas, la "llave del éxito" de los esfuerzos renovadores.²⁵⁵ La intención de la reforma es que la investigación se distinga por su efectividad y no sea considerada un mero procedimiento rutinario.

Se renuncia a un cumplimiento estricto del principio de *legalidad*, conocido del Derecho tradicional. El Ministerio Público no sólo puede dictar el sobreseimiento de una causa, cuando las investigaciones hacen aparecer como poco probable una condena en el juicio. Bajo ciertas condiciones también se le concede la posibilidad de suspender las actuaciones preliminares por razones de oportunidad.²⁵⁶ Además, el nuevo Derecho prevé bajo ciertas condiciones otras soluciones alternativas como por ejemplo el juzgamiento en *procedimiento abreviado*, la *suspensión condicional* o bien la *conci-*

²⁵² Venezuela, 3.3.1.

²⁵³ Bolivia, 3.3.1.

²⁵⁴ Costa Rica, 3.3.1.

²⁵⁵ Venezuela, 3.3.1.

²⁵⁶ Bolivia, 3.3.1.; Honduras, 3.3.

liación/composición autor-víctima.²⁵⁷ En algunos casos también está prevista la posibilidad de un *archivo fiscal*, cuando las investigaciones no permiten hacer afirmaciones claras sobre la comisión delictiva por parte del imputado. En caso de conocerse nuevas circunstancias, relevantes para los hechos, el procedimiento preliminar puede ser reabierto.²⁵⁸ En el Informe de Chile se hace notar, sin embargo, que una suspensión condicional es considerada automáticamente definitiva una vez transcurridos 6 meses (salvo en el caso de delitos particularmente graves).²⁵⁹

Si el fiscal no solicita ninguna de las alternativas descritas y del resultado de las investigaciones surge motivo suficiente, el Ministerio Público formula la acusación.²⁶⁰ De este modo concluye el procedimiento preliminar y al mismo tiempo se solicita la apertura del juicio.²⁶¹ En cambio, y según se desprende de los Informes, en caso de dictarse un auto de suspensión,²⁶² la víctima puede recurrir el mismo.²⁶³

3.3.1.2. Procedimientos intermedios

Con la formulación de la acusación, el procedimiento pasa a una etapa intermedia no pública.²⁶⁴ Su eje central es una audiencia preliminar de las partes, en las que pueden formularse proposiciones de prueba, objeciones contra medidas coercitivas dictadas, así como solicitudes de ejecución de uno de los procedimientos especiales nombrados anteriormente. La víctima puede adherirse a la ac-

²⁵⁷ Estos tipos de procesos deben solicitarse ante jueces que pueden ser jueces no actuantes (Honduras, 3.3.; Paraguay, 3.3.1.) o ante el juez de instrucción, que fija una "audiencia preparatoria" de las partes (Bolivia, 3.3.1.; Chile, 3.3.).

²⁵⁸ Venezuela, 3.3.1.

²⁵⁹ Chile, 3.3.

²⁶⁰ En Honduras, al culminar la etapa de instrucción, el fiscal formula un requerimiento para apertura del juicio oral. De acuerdo con el Informe Nacional, la acusación recién es formalizada en la etapa intermedia (Honduras, 3.3.).

²⁶¹ Costa Rica, 3.3.1.; Paraguay, 3.3.1.

²⁶² En el Informe Nacional de El Salvador se hace constar que el archivo de una causa no significa la extinción de la acción penal (3.2.1.).

²⁶³ El Salvador, 3.2.1.; Venezuela, 3.3.1.

²⁶⁴ Venezuela, 3.3.2.

ción pública iniciada como parte accesoria o presentar una acción privada.²⁶⁵

En el procedimiento intermedio, la decisión del Ministerio Público es llevada a un control por parte de un juez. Se verifica el sustento de la acusación y en su caso se dicta un "auto de apertura a juicio". En el mismo se establecen las modificatorias con las que se admite la acusación.²⁶⁶ En la medida en que los Informes Nacionales han hecho referencia a este punto, el procedimiento intermedio no es conducido por el juez o tribunal del plenario. En Guatemala y en Venezuela está a cargo de la etapa intermedia el juez de instrucción.²⁶⁷ En Costa Rica, el procedimiento intermedio está a cargo de un juez que no conoce ni en la instrucción ni en el juicio.²⁶⁸

3.3.1.3. Procedimiento principal

Al comienzo del procedimiento principal se fijan en una etapa preparatoria entre otros puntos, la fecha para el juicio oral y la integración del tribunal. A diferencia del procedimiento penal tradicional, que en principio se realizaba en forma escrita y secreta, y en donde el juez en la mayoría de los casos no veía al imputado una sola vez, prevalece ahora un juicio oral y público, continuo y contradictorio. Se realiza con presencia permanente de todas las partes que intervienen en el procedimiento.²⁶⁹

Luego de la apertura de la sesión, lectura de la acusación²⁷⁰ y testimonio del imputado, sigue como eje central del juicio el examen de pruebas. En este caso, el legislador que ha impulsado la reforma parece haber transitado un camino intermedio entre el modelo adversatorio de origen angloame-

²⁶⁵ Venezuela, 3.3.2.

²⁶⁶ Bolivia, 3.3.2.; Costa Rica, 3.3.1.; El Salvador, 3.2.3.; Paraguay, 3.3.1.; Venezuela, 3.3.2.

²⁶⁷ Guatemala, 3.3.; Venezuela, 3.3.2.

²⁶⁸ Costa Rica, 3.3.2. y 3.7.

²⁶⁹ Comp. p. ej. Bolivia, 3.3.2.; Paraguay, 3.3.3. En Venezuela, el imputado que se niega a seguir asistiendo al juicio oral puede ser conducido a una sala contigua. En tal caso basta la presencia de su defensor (3.3.3.).

²⁷⁰ En Venezuela en este momento del juicio se da lectura a los argumentos del defensor (3.3.3.).

ricano y el modelo de la instrucción más bien de origen europeo continental. Por un lado, las partes siguen teniendo un rol gravitante en la medida en que pueden indagar a los imputados y a los testigos aun ante el tribunal sentenciador en forma autónoma ("interrogatorio directo") recolectando de este modo importante material de prueba.²⁷¹ Por otro lado, el juez también puede ordenar exámenes de prueba *de oficio* para investigar la verdad.²⁷² Ante el marco referencial del procedimiento tradicional cabe destacar una vez más que básicamente todas las pruebas deben ser aportadas durante el juicio mismo. Sólo excepcionalmente puede introducirse una prueba obtenida durante la instrucción en forma directa en el juicio, por ejemplo mediante su lectura.²⁷³

El imputado puede prestar declaración sobre los hechos, pero no está obligado a hacerlo.²⁷⁴ La víctima también puede declarar sobre el fondo del asunto cuando no se constituye como querellante.²⁷⁵ Una vez concluida la etapa de recibimiento de pruebas, las partes presentan sus conclusiones finales. El imputado recibe como último la palabra.²⁷⁶

Inmediatamente después del juicio oral, el tribunal se retira para deliberar y al regresar procede a leer al menos la parte dispositiva de la *sentencia*. La lectura de los fundamentos puede diferirse por un determinado plazo.²⁷⁷ En *Venezuela* existe la particularidad de que la apreciación jurídica así como la medida de la pena quedan reservadas al presidente del tribunal.²⁷⁸

En *Costa Rica* y *Paraguay*, el juicio puede dividirse en dos partes, si así se solicita. En la primera parte se constata en el marco de un auto interlocutorio la culpabilidad, en tanto que en la segunda parte se procede a establecer la medida

²⁷¹ Del Informe Nacional de *El Salvador* se desprende que el imputado es interrogado primero por el fiscal, así como por un eventual actor civil, luego por el defensor y finalmente por el tribunal (3.2.4.).

²⁷² *Venezuela*, 3.3.3.

²⁷³ Al momento de confeccionar este informe, el Congreso *chileno* se encuentra inmerso en un fuerte debate sobre la posibilidad o no de permitir este tipo de excepciones (3.3.).

²⁷⁴ *Chile*, 3.3.

²⁷⁵ *El Salvador*, 3.2.4.; *Venezuela*, 3.3.3.

²⁷⁶ *Chile*, 3.3.; *El Salvador*, 3.2.4.

²⁷⁷ *Chile*, 3.3.; *Paraguay*, 3.3.3.; *Venezuela*, 3.3.3.

²⁷⁸ *Venezuela*, 3.3.3.

de la pena. En *Honduras* se procede de esta manera por regla general.²⁷⁹ El fin que se persigue dividiendo en dos partes el juicio oral es generar mejores posibilidades de defensa y una mayor protección del imputado. Se intenta evitar que una decisión de tanta importancia como es la medida de la pena sea sentida como un mero problema de números al final del procedimiento y fijada eventualmente en forma arbitraria.²⁸⁰

El desarrollo de todo el juicio y, en particular, el cumplimiento de las normas procesales quedan documentados en un acta,²⁸¹ al que puede recurrirse en una eventual instancia de recurso. En todos los países del citado grupo están previstos suficientes recursos contra la sentencia. Cabe destacar tan sólo una diferencia importante respecto del Derecho tradicional chileno: la instancia del recurso ya no puede ser abierta de oficio, sino sólo a pedido de una de las partes.²⁸²

3.3.2. OTROS MODELOS

Existen otros países en los que el desarrollo del procedimiento se diferencia del descrito precedentemente y en los que (en parte) las actuaciones preliminares no están a cargo del Ministerio Público.

El proceso penal federal *argentino* ocupa una posición intermedia entre el Derecho tradicional y el Derecho reformado. Se observan ciertas coincidencias pero también considerables desvíos respecto del grupo de países progresistas descrito arriba. En el marco de la reforma, la instrucción no fue derivada al Ministerio Público y continúa a cargo del juez de instrucción, que, sin embargo, ya no puede iniciarlo *de oficio*. No hay diferencia respecto del Derecho de los países descritos arriba en lo referido a los posibles actos de iniciación.

Si se formula una *denuncia*, el fiscal debe examinarla dentro de las 24 horas y, dado el caso, solicitar al juez de instrucción iniciar la instrucción. La ley establece que el juez no puede iniciar por propia cuenta la instrucción, sino que se requiere de un requerimiento fiscal de instrucción. La ins-

²⁷⁹ *Costa Rica*, 3.3.2.; *Honduras*, 3.3.; *Paraguay*, 3.3.3.

²⁸⁰ *Paraguay*, 3.3.3.

²⁸¹ *Comp. p. ej. Honduras*, 3.3.

²⁸² *Chile*, 3.3. (ver también n.a.p. 139).

trucción debe limitarse a los hechos presentados en el requerimiento fiscal. En consecuencia, el principio acusatorio rige en el Derecho procesal penal argentino no sólo para el juicio sino también para la instrucción. Dado que el Derecho procesal argentino reformado no contempla el principio de oportunidad, el fiscal no puede dejar de presentar el requerimiento, aun si a su juicio no existe perspectiva de una condena por parte del tribunal de juicio. Por lo demás y a diferencia del Derecho reformado del grupo de países descrito anteriormente, la instrucción es de neto corte inquisitivo, "formalizada y burocrática".²⁸³

Una particularidad de la investigación preliminar consiste en que el juez de instrucción puede decidir si la dirección de la investigación queda a cargo del agente fiscal o si la asume él mismo. De todos modos, la facultad delegatoria no es ilimitada, dado que la ley ha interpuesto una serie de requisitos judiciales. Medidas especialmente graves como por ejemplo el allanamiento domiciliario u otras medidas coercitivas, exigen una orden previa del juez. En este caso prevalece el principio del juez instructor.

Cuando en función de los conocimientos obtenidos en las actuaciones hay motivo suficiente para *sospechar* que una persona ha participado en la comisión de un delito, el juez procede a interrogarla.²⁸⁴ La indagatoria constituye un punto de inflexión importante en el desarrollo de la investigación preliminar porque a partir de ese momento el imputado y su defensor tienen acceso al expediente. La primera indagatoria a cargo del juez marca también la iniciación de ciertos plazos. La investigación, por ejemplo, debe quedar clausurada dentro de los 4 meses a contar de la indagatoria.²⁸⁵ La ley argentina concede así mayor importancia.²⁸⁶

²⁸³ Argentina, 2.3. Señalamos ya que a diferencia de otros países latinoamericanos, Argentina sólo ha abandonado "a medias" el Derecho tradicional (comp. más arriba 3.1., n.a.p. 223).

²⁸⁴ A diferencia del Derecho tradicional, el Derecho *argentino* reformado asume que el imputado ya no es sólo un objeto del proceso sino ante todo también un sujeto procesal. El objeto de la indagatoria del imputado en la etapa de instrucción, al igual que sus declaraciones en el juicio oral, ya no es el diligenciamiento de pruebas sino ejercer su derecho de defensa.

²⁸⁵ Si el juez de instrucción juzga insuficiente el plazo, puede solicitar en la instancia de apelación una prolongación del plazo de hasta 2 meses más.

²⁸⁶ Comp. n.a.p. 250.

Además, una vez concluida la indagatoria, el juez debe decidir dentro de los 10 días si dicta el sobreseimiento en la causa o el procesamiento del imputado. El auto de procesamiento no es similar al auto de apertura, tal cual fuera mencionado en el grupo de países tratados anteriormente, dado que no implica la apertura del procedimiento principal; se trata simplemente de una etapa previa o condición para el auto de elevación a juicio. El auto de procesamiento sólo determina la persecución formal del imputado, es decir el juez de instrucción declara formalmente que un cierto imputado podría llegar a ser a su juicio el autor del delito (inculpación). El objeto del proceso se establece de hecho y de Derecho. Mientras que para iniciar la etapa de investigación preliminar basta la mera *posibilidad* de la autoría del imputado, un auto de procesamiento sólo puede ser dictado si la misma aparece ahora como *probable*. Correspondientemente, y cuando se trata de un delito no excarcelable, junto con el auto de procesamiento en general se dicta también el auto de prisión preventiva.

Una vez terminadas las investigaciones, el fiscal puede solicitar el sobreseimiento o la *apertura* del procedimiento principal mediante el dictado de un requerimiento de elevación a juicio. Si el Ministerio Público ha solicitado el sobreseimiento, el juez lo cita si está de acuerdo con el requerido. De lo contrario debe dar intervención a la cámara de apelaciones. Si ésta entiende que corresponde elevar la causa a juicio, aparta al fiscal interviniente e instruye a actuar en tal sentido a otro fiscal. No sorprende que en la literatura argentina, esta norma es criticada como violación al principio acusatorio.²⁸⁷

Luego de una fase de actos preliminares se inicia el juicio oral que es el eje central del procedimiento penal, al menos según la intención del legislador. La reforma del Derecho procesal penal argentino introdujo los principios de oralidad, publicidad y continuidad. Dirige el debate, sobre el que debe confeccionarse un acta, el presidente del tribunal. Sin embargo, la implementación de la reforma sólo ha sido parcialmente exitosa en lo que se refiere al juicio oral. Si bien se

²⁸⁷ CAFFERATA: anterior n.a.p. 204, pp. 78 y s.

realizan juicios orales, el eje del procedimiento continúa siendo la etapa preliminar, donde en general se fija el desenlace del procedimiento. También en la etapa del plenario se manifiestan *desvíos* respecto del grupo de países homogéneos tratado más arriba. Por un lado, al comienzo de la etapa del plenario sólo se da lectura al requerimiento de apertura de juicio del fiscal; no se formula hasta ese momento una acusación.²⁸⁸ El examen de pruebas tiene básicamente carácter de instrucción. Rige el principio de la investigación de oficio. Si en el transcurso del juicio oral se conocen nuevas pruebas que hacen a los hechos, el tribunal puede ordenar el examen de oficio. El juicio oral termina con la discusión final en la que se concede la palabra al Ministerio Fiscal, a la defensa y por último al imputado. Tras la clausura del debate el tribunal se retira a deliberar. Redactada la sentencia, el tribunal se constituye nuevamente en la sala y procede a leer la misma. En la sentencia, el tribunal puede dar al hecho una calificación jurídica distinta a la contenida en el requerimiento del fiscal. Dado que no debe advertir previamente de ello al imputado sobre esta posibilidad, existe el peligro de que se vea afectado el derecho de defensa de imputado.²⁸⁹ La ley no prevé suficientes posibilidades de recurrir el fallo, aunque la jurisprudencia ya ha introducido las correcciones necesarias.²⁹⁰

El procedimiento común de cognición *colombiano* consiste sólo de dos etapas, que son la investigación preliminar y el procedimiento principal. No está previsto un procedimiento intermedio. Si al iniciarse la instrucción se conoce muy

²⁸⁸ La lectura no está a cargo del fiscal sino del oficial de justicia. Esta particularidad puede obedecer a dos razones. Por un lado el fiscal de instrucción que ha redactado el requerimiento de elevación a juicio no está presente en el juicio. El fiscal (del juicio oral) tampoco es el representante en la sesión del fiscal de instrucción sino un fiscal exclusivamente competente para la etapa de juzgamiento. Por otro lado, el Código Procesal Penal argentino no considera el requerimiento de elevación a juicio como "acusación" del fiscal. A diferencia de los países descritos más arriba, en los que la Fiscalía está a cargo de la instrucción, en el caso de Argentina, la acusación recién se eleva en el marco de la discusión final, es decir luego del recibimiento de pruebas. La disposición correspondiente habla de *requerimiento fiscal* y la *acusación* sólo se menciona más adelante en relación con el informe final de la Fiscalía.

²⁸⁹ Argentina, 2.3.

²⁹⁰ Comp. n.a.p. 232.

poco acerca del delito, la investigación preliminar puede ser dividida en dos fases, las investigaciones preliminares y la investigación propiamente dicha.

La ley no prevé un juez de instrucción con funciones de control y concede al Ministerio Público amplias facultades investigativas, cuyo alcance ha generado controversia en Colombia; en cualquier caso el juez que conoce en la causa, una vez concluida la instrucción y elevadas las actuaciones, verifica si las investigaciones se realizaron conforme con la ley o si el procedimiento debe declararse nulo por violación al principio del proceso justo. Al igual que en el Derecho tradicional, en el centro de la investigación preliminar está la indagatoria del imputado, que sirve tanto a la defensa del imputado como a la práctica de pruebas. Sin embargo, en la indagatoria sólo puede formular preguntas al imputado el fiscal y no el defensor. El defensor se limita a objetar las preguntas que considera improcedentes. La investigación preliminar concluye con la llamada fase de calificación, en la que se da vista a los medios de prueba disponibles, decidiéndose si y por qué delito se formulará la acusación.

Este modelo merece críticas sobre todo por la forma y el modo en el que se desarrolla la etapa del plenario. En lugar de la oralidad y de un juicio contradictorio se aplica un sistema rígido con carácter casi ritual. La posición del juez en el recibimiento de pruebas se orienta por el modelo europeo continental; el juez está obligado a practicar las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad.²⁹¹

Tampoco el procedimiento de cognición *cubano* forma parte del grupo homogéneo de los códigos procesales precedentemente tratados. Consta de un procedimiento preliminar, de una etapa intermedia y de un procedimiento principal. Pero el procedimiento previo en general está a cargo de un instructor de la policía o de seguridad del Estado o eventualmente puede ser realizado directamente por el Ministerio Público. El Ministerio Público "puede controlar y supervisar" a estos órganos. Asimismo, ciertas medidas sólo pueden adoptarse por orden del Ministerio Público, de modo que esencialmente cumple la función que en otros países ocupa el juez de

²⁹¹ Colombia, 2.1.

instrucción.²⁹² La defensa tiene el derecho a ofrecer pruebas y estar presente cuando se realizan ciertas medidas investigativas, aunque en la práctica hace muy poco uso de este derecho.²⁹³ En el procedimiento intermedio, el Ministerio Público examina si las investigaciones fueron completas y eleva la causa a juicio o dispone la suspensión del procedimiento. Si el Ministerio Fiscal estima que las investigaciones no están completas eleva a la instrucción la solicitud de diligenciar las medidas necesarias. En cuanto al procedimiento principal no se constatan diferencias sustanciales respecto de los países mencionados hasta el momento.

3.4. Procedimientos especiales.

Soluciones alternativas al sistema penal

Ante la elevada tasa de criminalidad²⁹⁴ que se observa en América latina, el legislador se ve obligado por razones económicas a ofrecer a los usuarios del Derecho procedimientos simplificados y soluciones alternativas.²⁹⁵ Entre las principales soluciones alternativas introducidas por la reforma figuran el procedimiento abreviado y la conciliación/composición autor-víctima. También cumplen un rol significativo la suspensión condicional y la introducción del principio de oportunidad, al que ya hemos hecho referencia.²⁹⁶ En la mayoría de los países existen normas sobre otros procedimientos especiales.

Un *procedimiento abreviado* puede ser iniciado, si el fiscal (y eventualmente el querellante accesorio) así lo solicitan y el imputado y su defensor están de acuerdo. Otra condición es que el hecho solo puede estar amenazado con una cierta pena máxima privativa de libertad.²⁹⁷ El juez puede

²⁹² Cuba, 2.2.

²⁹³ Cuba, 1.

²⁹⁴ Comp. AMBOS: "Die Bedrohung Lateinamerikas durch Kriminalität", en WAGNER, W./GRÄFIN DONHOFF, M./HOFFMANN, L./KAISER, K./LINK, W./MAULL, H. W. (eds.): *Jahrbuch Internationale Politik 1995/96*, Munich, 1998, pp. 316 y ss.

²⁹⁵ En tal sentido: Paraguay, 3.4.

²⁹⁶ Comp. más arriba 3.3.

²⁹⁷ Bolivia, 3.4.1. (5 años); Chile, 3.4. (5 años); Guatemala, 3.4. (5 años); Paraguay, 3.4.2. (5 años); Venezuela, 3.4. (4 años, a menos que el imputado fuera sorprendido en flagrancia).

rechazar esta petición cuando considera apropiado el procedimiento común o cuando la víctima rechaza fundadamente la aplicación del procedimiento abreviado.²⁹⁸ En este caso se ejecuta el procedimiento común. La base del procedimiento abreviado es el acuerdo entre el fiscal y el imputado de que este último confiesa el hecho y que a cambio se prescinde de llevar adelante el procedimiento principal. Se investiga en forma directa en virtud de la prueba recolectada en el procedimiento de investigación preliminar.²⁹⁹ Ya que esta mecánica acota derechos procesales esenciales del imputado es importante que el imputado haya accedido en forma voluntaria y sin medidas de coacción.³⁰⁰ La principal ventaja para el imputado es que la pena no puede ser superior a la solicitada originalmente por el Ministerio Fiscal.³⁰¹

Para determinados delitos está prevista la posibilidad de una conciliación autor-víctima. En estos casos se archiva la causa, cuando el imputado ha reparado debidamente el daño infligido al ofendido.³⁰² También en este caso es necesario garantizar que todos los participantes se hayan decidido en forma voluntaria y sin coacción a favor de este procedimiento.³⁰³ La víctima puede exigir este procedimiento en los casos previstos incluso si no ha tenido otra intervención en el procedimiento.³⁰⁴ Cuando se trata de un delito de acción privada la conciliación autor-víctima puede ser obligatoria.³⁰⁵ Un procedimiento consensual de este tipo fue introducido también por una de las numerosas reformas parciales *brasileñas* (Lei 9099/95). Según esta ley, en casos de delitos penales amenazados con penas de prisión inferiores a un año, también puede procederse, *inter alia*, a una conciliación autor-víctima luego de la constatación policial provisoria de los hechos en audiencia única.³⁰⁶

²⁹⁸ Bolivia, 3.4.1. En Costa Rica, la víctima al menos debe ser oída (Costa Rica, 3.4.1.).

²⁹⁹ Chile, 3.4.; Costa Rica, 3.4.1.; Guatemala, 3.4.

³⁰⁰ Paraguay, 3.4.2.

³⁰¹ *Ibidem*.

³⁰² Chile, 3.4. Respecto de los diferentes tipos de reparación, comp. el Informe de El Salvador, 3.3.1.2.

³⁰³ Costa Rica, 3.4.1. Se informa que este procedimiento en la práctica no ha tenido muy buena acogida (3.4.8.).

³⁰⁴ Bolivia, 3.4.3

³⁰⁵ Bolivia, 3.4.4.

³⁰⁶ Comp. en detalle Brasil, 2.8.

El procedimiento puede ser *suspendido* provisoriamente a pedido del Ministerio Público, si es de esperar que en el juicio no se dictará prisión o si se trata de un delito que goza del beneficio de la libertad condicional. Por lo tanto se trata de una suerte de suspensión anticipada de la pena.³⁰⁷ También para ello es condición que el delito sólo esté amenazado por un monto máximo de pena.³⁰⁸ Además es necesario que el imputado no presente antecedentes penales.³⁰⁹ El inculgado debe admitir el delito que se le imputa y someterse por un cierto "período de prueba", entre 2 y 5 años, a determinadas condiciones judiciales.³¹⁰ Si el imputado cumple con las condiciones establecidas durante el período fijado, queda consumida la acción penal.³¹¹

También los "restantes" sistemas conocen procedimientos especiales.

Pese a no estar originalmente prevista en la reforma *argentina*, con posterioridad a su sanción, se ha introducido la llamada instrucción sumaria. En casos particularmente sencillos, como cuando una persona ha sido sorprendida *en flagrancia* de un delito de acción pública y el juez considera *prima facie* que no procede la prisión preventiva, la investigación queda directamente a cargo del fiscal, sin que el juez de instrucción³¹² tenga la posibilidad de optar entre delegar o retener la investigación.³¹³ Con posterioridad a la sanción de la reforma, también se introdujo un procedimiento abreviado.³¹⁴

El derecho *colombiano* también prevé procedimientos especiales, aunque el legislador persigue un objetivo diferente. Pueden ser aplicados en el caso de delitos de drogas o en casos de terrorismo con el propósito de otorgar al usuario del Derecho más seguridad personal, pero no para acelerar el procedimiento.³¹⁵

³⁰⁷ Tal el Informe de Venezuela, 3.4.

³⁰⁸ Chile, 3.4. (cinco años); El Salvador, 3.3.1.2. (3 años); Guatemala, 3.4. (5 años).

³⁰⁹ Costa Rica, 3.4.8.

³¹⁰ Comp. el extenso listado en el Informe de El Salvador, 3.3.1.2.

³¹¹ Chile, 3.4.

³¹² Comp. más arriba 3.3.

³¹³ Comp. arts. 353 bis y 353, C.P.P.N.

³¹⁴ Argentina, 3.

³¹⁵ Colombia, 2.2.

En el Informe Nacional de *Cuba* también se hace referencia a un procedimiento abreviado. Es admisible cuando el criminal fue sorprendido en flagrancia y confiesa el delito que ha cometido según indican todas las evidencias. Debe tratarse de un delito amenazado con pena de prisión entre 1 y 8 años. La aceleración del proceso reside en que las investigaciones tienen que estar concluidas en el término de 72 horas y en el juicio oral básicamente no hay recibimiento de prueba. No se hace referencia a la necesidad de que el imputado preste su consentimiento.³¹⁶

3.5. Participación del ofendido en el procedimiento

En el marco de la reforma, la posición de la víctima en el proceso penal se vio considerablemente fortalecida respecto del Derecho tradicional. En el pasado, el ofendido como querellante exclusivo tenía derechos muy limitados, y como querellante adhesivo³¹⁷ prácticamente ninguno.³¹⁸ Ahora, en cambio, le asisten amplios derechos de participación, aun cuando no se constituye como querellante exclusivo ni adhesivo.

El ofendido puede proceder contra la decisión de dar por concluidas las actuaciones, aun cuando no haya tenido ninguna otra participación activa a lo largo de todo el procedimiento. Tiene derecho a ser informado por el Ministerio Público acerca de sus derechos y por el juez acerca del resultado del proceso. Puede interponer recursos contra un fallo de inocencia. Eventuales soluciones alternativas sólo pueden ser introducidas una vez oído el ofendido.³¹⁹ Cuando no dispone

³¹⁶ Cuba, 2.3.

³¹⁷ El Informe de *Guatemala* detalla los derechos del querellante accesorio. Se hace referencia a que en ciertas condiciones, la Fiscalía puede desistirse en casos que no sean de acción privada a la persecución penal y delegarla en el ofendido (3.5.).

³¹⁸ Paraguay, 3.5. En el Informe de Venezuela se señala que hasta ahora la víctima ha venido siendo una figura absolutamente marginal (Venezuela, 3.5.).

³¹⁹ Bolivia, 3.5.; Chile, 3.5.; Costa Rica, 3.5.; El Salvador, 3.4.; Guatemala, 3.5.; Honduras, 3.5.; Paraguay, 3.5. En *Costa Rica* se editó una publicación informativa que alecciona a la víctima acerca de sus derechos (op. cit.) También Informes de otros países que no fueron incluidos más arriba (3.1.) en el grupo de los países particularmente progresistas, señalan un cierto fortalecimiento de los derechos de la víctima (México, 3.5.).

de los necesarios recursos para una participación propia en el procedimiento puede recurrir a la ayuda de organizaciones sin fines de lucro, si existe el peligro de que el proceso incrementa los daños causados o si eso aparece como lo más indicado para una defensa más efectiva de sus intereses.³²⁰ Además, la víctima tiene la posibilidad de hacer valer el daño ocasionado por la vía del Derecho civil.³²¹

En general se sostiene un *concepto de víctima* amplio. La víctima no es sólo la persona directamente perjudicada: en caso de muerte de la víctima, sus derechos pasan al cónyuge, pareja o parientes cercanos. Si la perjudicada es una persona jurídica y el autor una persona a cargo de su dirección, administración o control, les asisten ciertos derechos a los integrantes de dicha persona jurídica.

3.6. Ejecución penal

En la medida en que fue considerado el Derecho de ejecución penal en el marco de la reforma, se aprecia un cierto *desplazamiento de las competencias* desde las autoridades administrativas³²² hacia los tribunales. Mientras que con anterioridad a la reforma la ejecución de la pena estaba básicamente a cargo de las autoridades administrativas —con graves consecuencias para los afectados—³²³ en la actualidad el control de los derechos del condenado está fundamentalmente a cargo del juez. Según lo establece el derecho *chileno* y *el cubano*, el condenado puede presentar quejas contra el sistema penitenciario directamente ante el juez que lo ha condenado.³²⁴ La legislación de la mayoría de los otros países prevé *jueces de ejecución penal*³²⁵ o también instancias de control integradas en parte por jueces.³²⁶

En el Informe de *Costa Rica* se plantean exhaustivamente las competencias que posee el juez de ejecución de la pena.

³²⁰ Bolivia, 3.5.

³²¹ Costa Rica, 3.5.

³²² Comp. 2.4.

³²³ Comp. Paraguay, 3.6.

³²⁴ Chile, 3.6.; Cuba, 2.4.

³²⁵ Argentina, 2.4.; Bolivia, 3.6.; Costa Rica, 3.3.5.; Guatemala, 3.6.; Honduras, 3.6.; Colombia, 2.3.; Paraguay, 3.6.; Uruguay, 3.6.; Venezuela, 3.6. Por el contrario no se registran cambios en el caso del Perú (3. § 7).

³²⁶ El Salvador, 3.5.

Les corresponde especialmente mantener, sustituir o hacer cesar la pena dictada por el tribunal de juicio o el centro de reclusión previsto. Por otra parte debe visitar los centros de reclusión por lo menos una vez cada 6 meses con el fin de constatar la situación real de los internos y si respetan los derechos fundamentales y penitenciarios.³²⁷

No obstante se hace referencia a que las normas correspondientes no se han implementado en forma insuficiente, sobre todo por razones económicas.³²⁸ Del Informe de *Uruguay* surge, además, la preocupación de que en las cárceles se encuentran reclusos sobre todo presos procesados, para los que no rige el nuevo régimen de ejecución penal.³²⁹

3.7. Organización judicial y del Ministerio Público

Entre las modificaciones más importantes introducidas al Derecho procesal penal de *Bolivia, Chile, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Paraguay y Venezuela* figura por un lado la transferencia del dominio de las investigaciones preliminares del juez de instrucción al Ministerio Público,³³⁰ así como la institución de la figura del juez instructor,³³¹ y por el otro la introducción del juicio oral y público. En algunos países está prevista la participación de jurados en el juicio.³³² La organización y estructura del Poder Judicial y del Ministerio Público está regulada en leyes especiales (*Ley Orgánica del Poder Judicial* o la *Ley Orgánica del Ministerio Público*).

En lo que se refiere a los jueces a cargo del juicio y los procedimientos de recurso, al menos funcionalmente se puede recurrir al régimen judicial tradicional.³³³ La máxima instancia sigue siendo la Corte Suprema, en el peldaño inferior se ubican los tribunales de casación, seguidos por último por los juzgados de primera instancia. Según la importancia

³²⁷ Costa Rica, 3.3.5.

³²⁸ El Salvador, 3.5.; Guatemala, 3.6.; Venezuela, 3.6.

³²⁹ Uruguay, 3.6.

³³⁰ Comp. respecto de su posición más arriba 1.1.4.

³³¹ Comp al respecto más arriba 3.3.

³³² Bolivia, 3.7.; El Salvador, 3.5.; Venezuela, 3.7.

³³³ Paraguay, 3.7.

tradicional del juicio y la posición central del juicio oral, está prevista la creación de tribunales de sentencia, cuya integración en parte depende de la gravedad del delito.³³⁴

En especial las modificaciones introducidas a la investigación preliminar exigen una reorganización fundamental del sistema judicial y del Ministerio Público. El Ministerio Público debe realizar con ayuda de la policía a su cargo las investigaciones y cumplir las tareas administrativas correspondientes, que con anterioridad estaban a cargo del juez de instrucción. En la nueva legislación, la función del juez se limita en la investigación preliminar a decidir acerca de hechos que le someten las partes. Para la percepción de esta tarea es necesario facilitar los jueces o tribunales de instrucción correspondientes.³³⁵

En el momento de realizar el Informe, los respectivos preparativos legislativos y prácticos en los diferentes países se encontraban en una primera etapa.³³⁶ Sin embargo, de la constitución de los órganos necesarios dependerá básicamente si (y en qué plazo) podrá ser implementado con cierto éxito el nuevo Derecho.

4. Observación final

Si tomamos como referencia para una evaluación cualitativa de los modelos procesales penales descritos, su compatibilidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos citados,³³⁷ así como las constituciones nacionales, podemos hacer una primera clasificación de los países en tres grupos.

En la asignación cualitativa de un Código Procesal Penal en uno de éstos grupos en el marco de un Resumen Compa-

rativo, es necesario considerar diferentes factores individuales. Por consiguiente, la clasificación tiene que basarse en la impresión general que resulta de la descripción del respectivo procedimiento y nunca podrá ser totalmente objetiva. Dos aspectos aportan, sin embargo, un parámetro verificable. Por un lado cabe asignar especial importancia a la *imparcialidad* del tribunal de juicio³³⁸ porque se trata de uno de los principales problemas del Derecho procesal tradicional. *Eberhard Schmidt* calificó a esta problemática de "cuestión cardinal" de la discusión sobre la reforma europea del siglo XIX.³³⁹ No podrá afirmarse que ha abandonado el tradicional proceso inquisitivo un país en el que aún juzga en la mayoría de los casos el juez que tuvo a su cargo la investigación preliminar o que ha formulado la acusación. Tampoco se ha dejado necesariamente atrás el proceso inquisitivo sólo porque en el procedimiento preliminar y en la etapa de juzgamiento intervienen jueces diferentes. Será necesario examinar, además, si en la práctica efectivamente se aplica el juicio oral y público para el ofrecimiento y la práctica de pruebas.

Aparecen como particularmente *atrasados* aquellos países en los que hasta el momento de elaborarse el Informe no se habían implementado reformas significativas en dirección al Estado de Derecho y que permanecen enraizados en el proceso inquisitivo tradicional español. Forman parte de este grupo *Bolivia, Chile, Honduras, México, Paraguay, Uruguay y Venezuela*. Una parte de estos países, sin embargo, se separará de este grupo en un plazo no muy largo para sustituir el Derecho tradicional por sistemas procesales de Estado de derecho.³⁴⁰

El *medio campo* lo forman aquellos países que si bien han introducido una reforma básica, sobre todo han producido una separación entre el órgano de instrucción y el órgano de enjuiciamiento, así como el juicio oral y público, pero que aún dejan traslucir las estructuras tradicionales del proceso inquisitivo en ciertos ámbitos. Forman parte de este gru-

³³⁸ Comp. anterior n.a.p. 1.3.

³³⁹ SCHMIDT, E.: *Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, Parte I, 2ª ed. Göttinga, 1964, n° marginal 347.

³⁴⁰ Comp. 3.1.

³³⁴ Tal el caso de *Costa Rica* (tribunal colegiado compuesto por 3 jueces en el caso de una pena privativa superior a los 5 años, de lo contrario juez unipersonal, 3.7.), en *Paraguay* (tribunal compuesto por 3 jueces en caso de que quepa esperar una pena privativa de libertad de más de 2 años, de lo contrario juez unipersonal, 3.7.) o en *Venezuela* (tribunal colegiado en el caso de que deba esperarse una pena privativa de libertad de más de 4 años, de lo contrario juez unipersonal, 3.7.).

³³⁵ Previstos en Chile (3.7.) y Venezuela (3.7.).

³³⁶ Bolivia, 3.7.; Chile, 3.7.; El Salvador, 3.5.; Uruguay, 3.7.

³³⁷ Comp. anterior n.a.p. 6.

po Argentina,³⁴¹ Brasil y Perú, en cierto modo también El Salvador y Colombia.

En el Informe Nacional de Argentina se hace referencia a la neta posición de poder del juez de instrucción que tiene el dominio sobre la etapa de investigación preliminar. Siguiendo el ejemplo del inquisidor de otros tiempos, interfiere en forma arbitraria y sin control en los derechos fundamentales del imputado, para el diligenciamiento de pruebas. Es una circunstancia particularmente grave porque la investigación preliminar tiene gran importancia para todo el procedimiento y el resultado del proceso en general se decide ya en esta etapa.³⁴² En Brasil el actual Derecho procesal penal está marcado por la contradicción entre la Constitución vigente desde 1988 y la ley procesal penal y la práctica procesal.³⁴³ En El Salvador parece no haberse abandonado todavía por completo el modelo tradicional.³⁴⁴ En Perú existe desde 1991 un proyecto de ley que intenta romper con las antiguas estructuras. Sin embargo no se espera su entrada en vigor inmediata.³⁴⁵ Siguiendo la clasificación propuesta, Colombia también debería incluirse en el medio campo, aun cuando por motivos totalmente opuestos. Si bien se abolió el juez de instrucción dotado de excesivo poder y sin estar sujeto a ningún tipo de control, a juicio de las referencias hechas en el Informe Nacional, surgen como excesivas las facultades del Ministerio Público a manos de quien pasó la etapa preliminar.³⁴⁶

Se ubican a la *vanguardia* del movimiento reformador Costa Rica y Guatemala. En este caso se ha abandonado por completo el antiguo proceso inquisitivo.

Una excepción es el caso de Cuba, que no adhiere al movimiento reformador descrito. En este país el proceso inquisitivo tradicional fue sustituido en 1973 por el actual sistema procesal penal que ha tomado como modelo a los ex Estados socialistas de Europa y la Unión Soviética.³⁴⁷

³⁴¹ Los Informes Nacionales comentan el respectivo Derecho nacional, al menos como elemento central, y un eventual Derecho a nivel provincial sólo marginalmente.

³⁴² Argentina, 2.3.

³⁴³ Brasil, 1., 1.2.3., 3.1.

³⁴⁴ Pese a que las investigaciones están en manos del Ministerio Público, el "juez de instrucción" (*sic!*) tiene calidad de coordinador de la investigación (El Salvador, 3.2.2.).

³⁴⁵ Perú, 3. § 1

³⁴⁶ Colombia, 2.1. así como 1.1.7.

³⁴⁷ Cuba, 1.