

ALGUNAS CUESTIONES DEL PROCESO PENAL *

Sergio GARCÍA RAMÍREZ

SUMARIO: I. *Problemas y redefiniciones en el proceso penal.* II. *Proceso penal y democracia.* III. *Algunos datos internacionales del enjuiciamiento penal.* IV. *Organización central o federal.* V. *Principios del proceso y lineamientos constitucionales.* VI. *El debido proceso.* VII. *Legalidad y oportunidad.* VIII. *Sujetos y equilibrio en el enjuiciamiento.* IX. *La verdad y la prueba.* X. *Publicidad.*

I. PROBLEMAS Y REDEFINICIONES EN EL PROCESO PENAL

En la frontera entre dos siglos, un lindero que se relaciona más con nuestras expectativas que con nuestras realidades, la justicia penal atraviesa una etapa de grandes redefiniciones sobre algunos de sus temas fundamentales y tradicionales. A la cabeza figura el papel del sistema penal en el control social —es decir, la misión política de la justicia penal—, con sus amplísimas consecuencias. En cada una de esas redefiniciones queda de manifiesto, con el alcance más radical y profundo, la relación armónica o conflictiva entre las libertades y las garantías, por una parte, y las

* En otras publicaciones, a las que me remito, he analizado previamente los temas que figuran en este trabajo: así, especialmente, “Panorama de la justicia penal”, en varios autores, *La ciencia del derecho penal durante el siglo XX*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 711-757; varios autores, “Reflexiones sobre democracia y justicia penal”, en Arroyo Zapatero, Luis A. y Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio (dirs.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, 2001, vol. I, pp. 299-311, y “Los sistemas de enjuiciamiento penal y sus órganos de acusación”, *Ponencias generales del XII Congreso Mundial de Derecho Procesal. Cuadernos procesales*, año VII, núms. 19-20, marzo-junio de 2003, pp. 259-346, recogido, con adiciones, como *Panorama del proceso penal*, México, Porrúa, 2004 (en prensa).

nuevas exigencias —espontáneas o inducidas— de la seguridad y la paz, por la otra. Se ha construido, de esta suerte, un dilema —que muchos calificamos como “falso”, además de extraordinariamente peligroso— cuya solución gobierna las mayores soluciones penales. Los datos de la agitación autoritaria residen en cierto discurso de la “seguridad ciudadana” y en el proclamado conflicto entre *due process* y *crime control*.

Esta dialéctica ha salido del espacio de los temas nacionales y se ha dispersado sobre el conjunto de las relaciones internacionales. La mundialización, una espada de doble filo, tiene aquí algunas de sus expresiones más inquietantes: lo mismo en la presentación y proliferación de la delincuencia, ingeniosa o violenta, que en las reacciones preventivas y punitivas que han comenzado a caracterizar, en alguna medida relevante, la emergencia internacional de nuestro tiempo. El impacto de nuevas ideas, experiencias y pretensiones —nuevas por la época en la que se plantean, la nuestra, aunque ciertamente antiguas por su signo y sus efectos— ha llegado vigorosamente a los ordenamientos nacionales, no se diga a las prácticas domésticas, y ha orientado algunas de las decisiones más impactantes y aleccionadoras en el plano mundial, como se mira en los casos de la lucha contra el terrorismo —que es una vertiente de la “guerra contra el mal”— y la suerte corrida, entre numerosos avatares, por la Corte Penal Internacional.

Obviamente, esto se proyecta sobre el conjunto de los trabajos penales: la reformulación de tipos, o mejor dicho —y más vagamente también— la caracterización de algunos hechos como punibles, que en ocasiones queda a la discreción de algún órgano del Estado; la previsión de penas —con la persistencia de la sanción capital, que no muere a pesar de las impugnaciones que la demuelen—; la reconstrucción del proceso, al que regresan, de diversas formas, las zonas de claroscuro que el garantismo creyó haber desechado, y la ejecución real, por contraste con la nominal, de las penas y medidas, cuyos rigores más arraigados siguen poblando el horizonte ejecutivo, sobre todo en la privación penal de la libertad, que subsiste y avanza —con salvedades— no obstante sus extravíos y su fracaso, formalmente declarados por la mayor parte de la doctrina.

Si volvemos la mirada hacia el estado que guarda la justicia penal en el alba del siglo XXI, siempre a sabiendas de que no existen uniformidades completas, perfectamente establecidas, sino sólo corrientes más o

menos imperiosas y exitosas, tendencias, predominios, observaremos lo que se podría llamar un “patrimonio común”, depositado en lo que también se ha solido denominar Occidente, un hemisferio cultural, mejor que geográfico, en el que figuran los países más desarrollados de esa relativa mitad del mundo, y aquellos otros sobre los que éstos han ejercido influencia directa a través de un proceso de inicial colonización y posterior solidaridad que ha generado un sistema de valores compartidos y proyectos coincidentes. Todo ello se refugia en conceptos más o menos uniformes sobre derechos humanos y democracia, que se resisten a la relativización abonada por otras corrientes. No sobra recordar, sin embargo, que la existencia de diversidades culturales en un mismo espacio trae consigo variantes significativas.

Ese patrimonio común deriva de las diversas herencias recibidas por la justicia penal en los siglos XVIII y XIX, las llamadas de atención traídas por la primera mitad del siglo XX —a cargo de totalitarismos con pretensión universal, además de las dictaduras nacionales—, la aparente instalación del derecho penal democrático —que preferiría denominar justicia penal democrática, para extender la noción y sus expresiones al conjunto que ahora me interesa—, y la efectiva declinación de algunos datos de esta orientación penal que comenzó a operar manifiestamente en los últimos años del último siglo y se desenvuelve en los primeros de éste.

Por supuesto, esta declinación, que conduce inmediatamente a las grandes redefiniciones que antes mencioné, ha obedecido y sigue obedeciendo a una serie de elementos de la realidad subyacente a la justicia penal, que operan de una vez como caldo de cultivo y arsenal de justificación: crisis en otros instrumentos de control social, crecimiento de la delincuencia tradicional y evolucionada, criminalidad internacional o transnacional, insuficiencia o incompetencia de las instituciones de seguridad, procuración y administración de justicia, alarma social, exigencia de medidas extraordinarias que contaminan el sistema ordinario de justicia penal.

II. PROCESO PENAL Y DEMOCRACIA

Si recordamos el significado que tiene el sistema penal como traducción elocuente de las convicciones y decisiones sociales y políticas, y el escenario que monta para el choque entre el poder extremo del Estado y

el desvalimiento completo del ciudadano, quedará de manifiesto la relevancia de estos acontecimientos y su potencial o actual significado para las vidas comunes y corrientes, es decir, para nuestras propias vidas. Es ahí donde se consolida o se diluye —para todos los fines prácticos— la identidad “antropocéntrica” (Häberle) del Estado social y democrático de derecho, de su ordenamiento y de sus instrumentos, o se aclimata, por contraste, la experiencia del Estado de policía, que primero se “legitima” a sí mismo y luego reacciona con simples reflejos condicionados en un complejo esquema de prejuicios y contragolpes.

Evidentemente, el enjuiciamiento penal no ocurre en el vacío ni se subordina al modelo pensado y escrito, aunque es indispensable que haya claridad, actualidad y suficiencia en éste, localizado en la norma suprema. Reiteraré lo que he afirmado en otra oportunidad:

...la racionalidad y humanización del sistema, la legitimidad de los órganos que tienen a su cargo la función penal y la provisión de libertades y garantías con ese motivo son los puntos de encuentro entre el sistema político-jurídico con pretensión democrática y el proceso penal que responde a éste. Los nuevos tiempos de la democracia han determinado las características del proceso pensado y legislado en varios países... Diversos textos han recogido expresamente la necesidad de adecuarse al “modelo constitucional” y los tribunales han asumido esa misma preocupación. Subsisten, empero, vacilaciones, contradicciones e inconsecuencias en esta materia tan reacia al progreso.

Sean cuales fueren los avances, hay que tomar en cuenta que “los pasos de la democracia no son irreversibles. El retorno pudiera alojarse en propuestas para flexibilizar —como se ha dicho en alguna iniciativa presentada, tiempo atrás, en México— el régimen general de garantías o como introducción de procedimientos o categorías especiales menos exigentes o escrupulosos en la observancia del debido proceso”. Estos datos se hallan presentes en la realidad que he descrito y permean no pocas normas y prácticas de la hora actual. En otros órdenes también se han presentado propuestas de flexibilización, con mayor o menor éxito. Así, en el laboral, cuando se habla de flexibilizar las relaciones de trabajo en aras de ciertas exigencias de la economía “real”. Esa flexibilidad es un eufemismo para designar el retroceso de los derechos acumulados en un largo proceso histórico. Otro tanto puede ocurrir —y está sucediendo— en

el ámbito de la justicia penal: la flexibilidad persecutoria significa erosión, cuando no supresión, de derechos que consideramos básicos y que forman parte del debido proceso legal.

Hay una serie amplia y determinante de factores que permiten, impiden u obstruyen la operación del sistema estatuido, aunque no siempre instituido. La circunstancia del proceso es, por ello, decisiva. Esto tiene que ver con la cultura de la legalidad, la integración de la judicatura, el manejo de la opinión pública y, en alto grado, el efectivo estado de la democracia, con todo lo que ello implica. Es innegable que “la democracia demanda un sistema penal y un tipo de proceso —o unos tipos de proceso— que la expresen y correspondan”. La jurisprudencia interamericana ha señalado:

El concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es... inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática, los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros (opinión consultiva OC-8/87).

III. ALGUNOS DATOS INTERNACIONALES DEL ENJUICIAMIENTO PENAL

Existe un doble panorama relevante para los fines que en este momento nos conciernen. Por una parte, la organización mundial a través de Estados soberanos —cualquiera que sea el alcance contemporáneo de este último concepto, tema que no me corresponde—, y, por la otra, la organización interna de aquéllos, en componentes políticos —estados, provincias, regiones— que reclaman y poseen autonomía, desde muy ligera hasta muy intensa. Por la función de la justicia penal como receptora, administradora y protectora de valores universales supremos, que no pueden atenerse a decisiones reductoras o relativizadoras —los valores de la vida, la libertad, la dignidad, por ejemplo—, es necesario avanzar en la recepción de los principios políticos fundamentales del enjuiciamiento.

De esos principios fundamentales depende, en el fondo, aquella función de la justicia. Otra cosa son las formas para recibir esos principios, que pueden articularse bajo el concepto de principios subalternos o

reglas técnicas. Por supuesto, la armonización del enjuiciamiento que resultaría de esa convergencia esencial no implica la decadencia de particularidades útiles creadas por los sistemas nacionales, y quizá característicos de éstos. La armonía no excluye soluciones específicas ni entraña homologación forzada; menos aún si esta última trae consigo, como a veces se pretende —y en ocasiones se consigue— el retraimiento de las garantías del proceso en una sociedad democrática.

En la actualidad se ha conseguido una considerable convergencia en sistemas globales o regionales que pueden marcar los desiderata —o “estándares”, como se acostumbra decir— a los que conviene ajustar los regímenes nacionales, o a los que es indispensable hacerlo cuando se trate de cuestiones localizadas bajo el concepto de *jus cogens*. Son particularmente estimables y orientadores los desarrollos logrados en el marco del Consejo de Europa y la Organización de los Estados Americanos, con amplitud e impacto diversos, fundados en el solar compartido de los instrumentos mundiales y el cimiento específico de los ordenamientos regionales, como las convenciones europea de 1950 y americana de 1969 sobre derechos humanos y libertades fundamentales.

En este orden, es conveniente mantener el enlace de los sistemas nacionales con la cada vez más abundante y comprensiva jurisprudencia internacional que proviene de las Cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos, en sus propios espacios, y alentar el pronto establecimiento de la africana. Buena parte de esa jurisprudencia se cierne sobre temas penales, y específicamente sobre los concernientes al enjuiciamiento. En fin de cuentas, la eficacia de los sistemas jurisdiccionales internacionales —que corresponde a la voluntad política y al compromiso jurídico de los Estados partes— se muestra, mucho más que en la solución de casos para sus concentrados efectos, en la aptitud que tienen para informar la legislación interna, contribuir al rumbo de la jurisprudencia nacional y reorientar las prácticas domésticas. Esto confiere mayor sentido a la jurisdicción europea, que tiene a la vista a 800 millones de personas, y a la americana, que se puede reflejar sobre 500 millones, número que crecerá notablemente cuando el sistema interamericano de derechos humanos actúe, con plenitud, hacia todos los países del continente.

Entre los datos “internacionalizantes” útiles del sistema penal figuran, con distinto carácter, la uniformidad material, es decir, la coincidencia en la tipificación de delitos; la cooperación persecutoria (que debiera ex-

cluir radicalmente vías *de facto* en la presentación de supuestos infractores ante la justicia: a estas alturas, la cláusula *male captus bene detentum* es inconsecuente con el orden jurídico internacional), y la ejecución extraterritorial de sentencias condenatorias, que se ha extendido considerablemente a través de convenios entre Estados, algunos de ellos con explícito sustento constitucional —como acontece en el caso de México—. También es relevante el traslado internacional de la jurisdicción penal, que tiene bases convencionales en Europa.

Es pertinente mencionar ahora el enlace formal entre los órdenes internacional y nacional, particularmente en lo que atañe a sus implicaciones judiciales, a partir de disposiciones del derecho interno que prevengan conflictos y aporten soluciones funcionales. Aun cuando este punto no tiene repercusión solamente en el enjuiciamiento penal, sino posee mayor amplitud, no sobra reafirmar la necesidad de que la legislación constitucional tienda el puente que permita recibir en el orden nacional las normas y las resoluciones del orden internacional. Así ha sucedido en algunos países americanos, como Argentina, Perú, Costa Rica y Venezuela. El movimiento en este sentido, que es importante por lo que toca a los derechos humanos —referentes, en muchos casos, a la materia penal—, ha avanzado notablemente en el proceso de implementación de la justicia penal internacional.

En cuanto a este último punto, me permitiré mencionar, de manera simplemente enunciativa —porque se trata de una materia incluida bajo otro tema del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados— la necesidad de considerar algunas consecuencias del principio de complementariedad, que no siempre se han examinado y regulado en el ámbito de las relaciones entre justicia penal nacional e internacional. Es costumbre analizar el traslado de la jurisdicción nacional a la internacional, pero no el que pudiera producirse, de regreso, entre ésta y aquélla. Los supuestos dignos de estudio y regulación son: *a)* hipótesis de atipicidad internacional, que determina la absolución por parte del Tribunal Penal Internacional cuando la conducta es penalmente típica a la luz del derecho interno; *b)* situaciones en que opera el principio de oportunidad (“interés de la justicia”) en el plano internacional, pero la conducta pudiera ser perseguible en el nacional; *c)* casos de suspensión del procedimiento en el orden internacional, por decisión del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, cuando se trata de delitos perseguibles

conforme a la ley interna; *d*) responsabilidad colectiva derivada del delito individual, que no es exigible ante el Tribunal Penal Internacional; *e*) supuestos en que la ley nacional permite la reparación de daños a la víctima en forma más amplia que la autorizada por el orden penal internacional, y *f*) enjuiciamiento nacional de otros responsables de los hechos que ya fueron conocidos, en lo que toca a alguno de ellos, por la jurisdicción internacional.

IV. ORGANIZACIÓN CENTRAL O FEDERAL

La decisión sobre la estructura del Estado, que atiende a raíces históricas y aspiraciones políticas, es otro tema a considerar en la construcción del enjuiciamiento penal. Obviamente, éste no puede pronunciar la última palabra sobre las opciones por el régimen central o el régimen federal por ejemplo, sino debe disciplinarse a ellas. Empero, es preciso que esas opciones tampoco entrañen, a su vez, sacrificios para los derechos y garantías del enjuiciamiento en un sistema democrático, ni alteraciones u obstáculos infranqueables para la adopción de una política penal adecuada. En el primer caso, desandarían la historia; en el segundo, generarían condiciones de inseguridad y acaso de injusticia. Es interesante observar —y en mi concepto también lo es acoger— los trabajos conducentes a la armonización de los enjuiciamientos nacionales al amparo de instrumentos modelo, como el Código Procesal Penal del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

Es preocupante que a partir de normas constitucionales únicas se construyan sistemas procesales diferentes que ofrecen flancos sensibles a la arbitrariedad y el autoritarismo, o bien, a la impunidad. Y lo es que se aduzca la organización federal para rehuir el control internacional de las resoluciones jurisdiccionales, argumentando que los compromisos de la federación no lo son, al mismo tiempo, de los estados federados, o bien, absteniéndose de ejercer con oportunidad y suficiencia las iniciativas que debieran conducir a la homogeneización de instituciones, derechos y garantías básicos, sin perjuicio de las peculiaridades que aparezcan en órdenes menores.

En algunos Estados de régimen federal se ha reconocido que esta forma de organización no implica por fuerza una extremada dispersión legislativa. Así, en federaciones de América Latina existen códigos sustan-

tivos únicos y se cuenta con códigos procesales regionales, provinciales o estatales. En los Estados Unidos ha sido útil la experiencia de los “códigos modelo”, además, por supuesto, de la función unificadora de la jurisprudencia constitucional. En México persiste la multiplicidad de códigos penales y procesales, leyes de ejecución de sanciones y normas sobre menores infractores, con diversas soluciones, inclusive, para la edad de acceso al ámbito de validez subjetiva de la norma penal. Estimo conveniente —aunque me parece que no será empresa fácil— reanudar el debate sobre la unificación, más todavía que uniformidad, de la legislación penal a través de ordenamientos únicos para toda la república que abarcaran la triple materia penal, procesal y ejecutiva.

V. PRINCIPIOS DEL PROCESO Y LINEAMIENTOS CONSTITUCIONALES

Mencioné los principios políticos del proceso. Se acogen expresamente en el pórtico de algunos ordenamientos modernos. Varían la relación y algunos contenidos, pero todos coinciden en manifestar las “razones” que guían el enjuiciamiento y el cauce por el que éste transita. Es posible omitirlos, a condición de que, una vez adoptados como conductores del quehacer legislativo, se trasladen fielmente a las instituciones procesales contempladas en los códigos. Luego podrán descubrirlos el estudioso y el práctico, inductivamente, a partir de las normas. Sin embargo, estimo preferible exponerlos en el ordenamiento, como guía para el intérprete. Lo hace, por ejemplo, el Código Procesal Modelo para Iberoamérica. Al proceder de esta manera, aduce que constituyen el “marco ideológico-político en el cual se inserta todo el procedimiento”; y añade que “como valores fundamentales de nuestro orden jurídico, estos principios influyen sobre todo el procedimiento y sobre la interpretación y aplicación de sus reglas”. Son, pues, una confesión de motivos y objetivos y un carril para la marcha en el sentido conveniente: hay en ellos, pues, un designio ideológico-jurídico y un motivo práctico.

En conjunto sobresalen los principios que estructuran el proceso acusatorio, como muestra el derecho comparado, aunque existan, por supuesto, diversidades y matices abundantes que configuran un haz de “procesos predominantemente acusatorios” o “adversariales”, sin que se haya perdido la huella del inquisitivo. Mientras aquel se coloca de plano

en el centro del Estado de derecho, armado con un acervo de derechos y garantías que florecen a partir de la idea de que el inculpado es sujeto, no objeto, de la indagación y el enjuiciamiento, y que le beneficia una presunción de inocencia —figura de naturaleza y denominación controvertidas—, el inquisitivo, que tiene méritos aprovechables, bordea el Estado de derecho y en ocasiones lo excede. En la búsqueda de un orden mixto de enjuiciamiento, se procura acumular los datos del acusatorio y minimizar los del inquisitivo a fin de no caer por la pendiente autoritaria.

Las Constituciones políticas, colmadas de normas de contenido penal, mayoritariamente procesales penales, iluminan éstas con la ideología que se desprende de la opción liberal y democrática. Es natural que abunden, como en ocasiones ocurre, las disposiciones de esa materia, si se toma en cuenta su carácter “crítico” para la preservación de los derechos humanos: en ninguna otra parte se hallan en mayor tensión la autoridad del Estado y la libertad y dignidad de un ciudadano, que en este caso también se ve asediada —y en ocasiones oprimida— por las exigencias que proponen la libertad y la dignidad de otros ciudadanos. Si se analizan los catálogos constitucionales de un buen número de Estados —el mexicano, uno de ellos— aparecen series de prevenciones que tienen contenidos propios, aunque sirvan a la idea común de la justicia penal: legalidad, orientación finalista de las sanciones, debido proceso, “cuerpo de la justicia” —los personajes y los intereses—, medidas precautorias, instrumentos de control y enjuiciamientos especiales.

VI. EL DEBIDO PROCESO

De aquel conjunto de instrucciones constitucionales es conveniente extraer ahora, como eje del proceso moderno y prenda del enjuiciamiento futuro, el concepto del debido proceso. Hay que ponderar su contenido radical, sus dimensiones estática y dinámica, sus salvaguardas y los predicamentos en que se halla, sin perjuicio de examinar su trayectoria histórica-constitucional, en la que domina el dato de la libertad.

El debido proceso es un elemento del acceso a la justicia, aunque ésta no se resuma, obviamente, en aquél: justicia formal y material; condición para esgrimir el derecho y obtener su reconocimiento. Ha evolucionado y se ha instalado en las Constituciones políticas y en los ordenamientos

internacionales, con una misma intención garantista. Es el escudo contra el arbitrio, el cauce para la procuración de la verdad, el espacio de las pretensiones y las actuaciones, la frontera de las decisiones jurisdiccionales. Todo ello sirve a una misma intención garantista: en rigor, el debido proceso incorpora y caracteriza el garantismo en el ámbito del enjuiciamiento.

En la jurisprudencia interamericana se han examinado las vertientes estática y dinámica del debido proceso. En cuanto a la primera, se afirma: para que exista debido proceso “es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. A ese fin tiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal”. Este manto puede cubrir igualmente los contenidos que proponen otras fórmulas constitucionales, al cabo de una tradición jurídica propia, como las “garantías esenciales del procedimiento” que menciona la Constitución mexicana.

Dinámicamente, adviértase que el debido proceso es un concepto en constante evolución, tan intencionada e indefinida como los derechos del ser humano, que siguen proliferando en generaciones complementarias, interdependientes. Constituye la paulatina recepción de esos derechos en el enjuiciamiento, tradicionalmente gobernado por un autoritarismo que ha estado en retirada. El carácter dinámico de los derechos proviene de la ampliación en el espacio de las libertades y en el ámbito de las protecciones y las prestaciones, que resulta de la marcha hacia lo que se diría la “perfección posible”. Se suele invocar el principio *pro homine* como regla de interpretación cuando se analiza una norma de cara a las ventajas o desventajas que pudiera representar, en la especie, para la tutela del individuo. En realidad, *pro homine* es un método de expansión jurídica a partir de una consideración filosófico-política que tiende a extender incessantemente las novedades favorables a la persona, y esta expansión comienza en la formulación misma de las normas y en la construcción de las instituciones, y avanza con toda la fuerza que le permiten las condiciones de la realidad.

En el debido proceso hay nuevos territorios, aunque también pueden perderse los abiertos previamente, como hemos visto y veremos. La misma jurisprudencia interamericana ha explorado la dimensión dinámica del debido proceso legal penal:

El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. Son ejemplo de este carácter evolutivo del proceso los derechos a no autoincriminarse y a declarar en presencia de abogado, que hoy día figuran en la legislación y en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos más avanzados.

La adición de derechos del justiciable concurre a crear el creciente conjunto del debido proceso. Observarlos viene a ser, en tal virtud, nueva condición de legitimidad, cuya afectación puede determinar la invalidez del enjuiciamiento.

La defensa del debido proceso se halla en ciertas garantías irreductibles y expeditas que figuran, constitucional e internacionalmente, en el elenco de lo que he llamado instrumentos de control. Son los procedimientos calificados como “sencillos” o “breves y rápidos” a los que se puede recurrir para la preservación de los derechos humanos y la reposición del sujeto en el aprecio de su dignidad menoscabada. Es aquí donde opera la denominada “jurisdicción constitucional de la libertad”: el *habeas corpus* y/o el amparo del derecho a la libertad. Se ha abierto paso —y conviene afirmarlo— la idea de que estos instrumentos de protección no cesan en ninguna circunstancia, ni siquiera en estados de excepción o suspensión de derechos. Es verdad que en éstos puede reducirse la operación del debido proceso, pero también lo es que no debe desaparecer el instrumento de control sobre la racionalidad y la frontera de la reducción, a fin de que ésta no diluya el imperio de la justicia.

Como dije, ha aumentado la tensión entre el debido proceso, que provee un límite estricto a la acción persecutoria del Estado, y los apremios —reales o supuestos— de la seguridad. Nuevamente acude a este punto la doctrina de la “cuestión de Estado”, que frecuentemente se resuelve conforme al criterio de quien la proclama. Se razona —es un decir— en favor de la retención del debido proceso en la mayoría de las hipótesis y su abolición o relativización —que es una abolición parcial y generalmente inicial, como anuncio de las que vendrán— en otras. Pero la retirada de los derechos humanos en cualquier categoría de casos anuncia un retroceso paulatino y seguro en toda la línea del enjuiciamiento: es la gota que envenena el contenido del vaso. Parafraseando a Hemingway, las campanas habrían comenzado a doblar para todos. A partir de ahí será

posible extremar los motivos que sustentarían idénticas acciones en otras hipótesis y desembocar en nuevas derogaciones. No es fácil prever el punto en el que se detendría el reflujó. La historia sugiere que ese límite no existe, una vez que el mecanismo se pone en movimiento.

La aparición de formas inaceptables y sumamente lesivas de delincuencia organizada, particularmente las que se valen de la mayor violencia y se vuelcan contra personas inocentes, ha traído al debate la subsistencia del debido proceso. Hay ejemplos claros sobre la reanimación del arbitrio sustantivo y procesal para enfrentar conductas de esta naturaleza. En el trance padecen la legalidad penal, la independencia y objetividad de los tribunales, los principios de investigación y prueba, el derecho a la defensa, la garantía de impugnación, la publicidad procesal, para no mencionar sino algunos extremos de esta evidente retirada del debido proceso. Así se conforma “otra versión del proceso”, paralela a la versión ortodoxa, que pasa a ser tradicional y sustituible. Vale decir que la lucha contra la delincuencia organizada también ha traído consigo, en forma menos grave pero no menos disolvente, hipótesis de exclusión del debido proceso.

Se requiere avanzar en el pronunciamiento de fondo de las jurisdicciones nacionales sobre esta materia, arduamente debatida, que fije las fronteras del poder público en el proceso penal, consecuente con las preocupaciones, las convicciones y las garantías de la sociedad democrática. La jurisdicción interamericana ha examinado algunos aspectos de la cuestión. Al respecto, se ha recordado que

...un Estado “tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad”... aunque debe ejercerlos dentro de los límites y conforme a los procedimientos que permiten preservar tanto la seguridad pública como los derechos fundamentales de la persona humana.

Obviamente, nada de esto conduce a justificar la violencia terrorista —cualesquiera que sean sus protagonistas— que lesiona a los individuos y al conjunto de la sociedad y que merece el más enérgico rechazo.

[Está] más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda la sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan resultar los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimien-

to para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Existe un amplio reconocimiento de la primacía de los derechos humanos, que el Estado no puede desconocer ni violentar.

Es pertinente mencionar algunos señalamientos contenidos en la Convención Interamericana contra el Terrorismo, del 3 de junio de 2002. Se dice que “las medidas adoptadas por los Estados de conformidad con esta Convención se llevarán a cabo con pleno respeto al Estado de derecho, los derechos humanos y las libertades fundamentales”, y que nada de lo dispuesto en el tratado menoscaba los derechos y obligaciones reconocidos por el derecho internacional, en particular la Carta de las Naciones Unidas, la Carta de la Organización de los Estados Americanos, el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de los refugiados (artículo 16.1 y 2).

En la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos en la que se suscribió esa Convención Interamericana, México alentó una resolución bajo el rubro “Derechos humanos y terrorismo”. Se resolvió “reafirmar que la lucha contra el terrorismo debe realizarse con pleno respeto a la ley, a los derechos humanos y a las instituciones democráticas para preservar el Estado de derecho, las libertades y los valores democráticos en el Hemisferio” (1); y “corroborar el deber de los Estados miembros de garantizar que todas las medidas adoptadas para luchar contra el terrorismo se ajusten a las obligaciones del derecho internacional” (2). Se trata, en fin de cuentas, de cargar el acento sobre pretensiones que ya figuran —además, con carácter jurídicamente vinculante— en la Convención del 2002. El énfasis agregado por la resolución pone de manifiesto las corrientes preocupaciones en torno a los problemas y peligros que entraña el combate al terrorismo.

VII. LEGALIDAD Y OPORTUNIDAD

Otro campo para el debate contemporáneo es el que proponen el contraste y el conflicto, con diversos grados de intensidad, entre la legalidad y la oportunidad en la persecución penal. Dejo de lado la legalidad penal sustantiva —*nullum crimen sine lege*—, mellada por la admisión de conductas punibles conforme a la costumbre internacional o los principios generales del derecho —tema que se halla en la entraña de la justicia pe-

nal internacional y de la persecución nacional de los crímenes de lesa humanidad—, y me concentro en la legalidad persecutoria, que se explyea en la investigación, la instrucción, el proceso y la sentencia.

Una legalidad completa —que jamás se ha realizado— supone la invariable persecución de todas las conductas punibles: en otros términos, implica que se persigan y sancionen los delitos que se hallan en la enorme “cifra negra” y aquellos otros que finalmente quedan en la sombra, merced al desentendimiento de la víctima o al entendimiento entre ésta y el infractor. La oportunidad, en cambio, supone el juego de la apreciación, la conveniencia, la pertinencia social, política o moral a la hora de resolver sobre la persecución misma o en torno a la condena y a la ejecución de ésta. Por motivos o razones de oportunidad pueden quedar impunes muchas conductas perseguibles y puede retraerse la justicia al tiempo de condenar a quien ha incurrido en aquéllas. Esto último se advierte, con particular acento, en supuestos de exclusión de pena —por las malas condiciones de salud o la avanzada edad del reo, por ejemplo— o de perdón judicial.

En este ámbito vale distinguir, bajo el amplio rótulo de la legalidad, los supuestos de composición —*lato sensu*— entre el Estado que persigue y el sujeto cuya conducta se persigue, y la que puede resultar por el acuerdo de voluntades entre víctima y victimario, con mayor o menor intervención homologadora del Estado. En este amplio arcoiris se inscriben, en una u otra forma, las diversas hipótesis de legalidad que conoce el orden jurídico. La rigurosa razón kantiana, atenta a las incitaciones de la justicia absoluta, llevaría a perseguir a todo trance; la razón humana —que se analiza en vertientes políticas y morales— aconseja no hacerlo en un número de casos que crece constantemente. En algunos países, el reitamiento persecutorio ha tomado carta de naturalización, al punto de que la mayoría o un número importante de las investigaciones culminan en “negociación” sobre el delito, el proceso y la pena, y de que ésta —ha dicho Fairén Guillén— pase a ser contractual, en vez de legal.

Llamaré soluciones verticales a las que provienen de la determinación del Estado, que asume la iniciativa o recoge la instancia del inculpado. No desecho las razones atendibles que pudieran apoyar este género de arreglos, en los que la vara de la justicia se tuerce en aras de la ventaja social, económica o política. Llevar a su término natural la investigación, a través del proceso, pudiera resultar imprudente o impracticable. Así lo

entienden, al haber aceptado soluciones de este carácter, tanto la justicia penal nacional como la internacional, esta última a través de la incierta noción, incorporada en el Estatuto de Roma, del “interés de la justicia”. Empero, tampoco es posible olvidar los peligros que entraña la negociación entre el Estado perseguidor, representado por el Ministerio Público o Fiscal y en ocasiones subordinada a las presiones que vienen de otros planos del poder, ni poner de lado el nervio ético de la función penal del Estado. Las negociaciones con inculpados o testigos suelen culminar en la admisión de verdades de “conveniencia” y pueden concluir en verdaderos atropellos que privan a la función penal de su legitimidad de ejercicio.

Ante la imposibilidad práctica de mantener a todo trance la persecución legalista, por una parte, y los grandes y graves defectos de la negociación entre el poder público y los delincuentes, por la otra, algunas propuestas se refugian en la regla de medida y prudencia. Los autores del Código Procesal Penal para Iberoamérica advierten que en la regulación de esta materia “operan diversos criterios de selección informales y políticamente caóticos”, que es necesario corregir y reencauzar a través de criterios de oportunidad “legislativamente orientados”. He ahí, pues, una invitación a asumir soluciones conducidas por la voluntad de la ley, que sería el dato de seguridad —relativa, sin embargo— necesario en este campo, y nunca por la voluntad y la pura discreción de los agentes del Estado. Volveríamos, de ser el caso, al temible gobierno de los hombres que alejó la opción platónica por el gobierno de las leyes, precisamente en el espacio donde resulta más delicado el encuentro entre el individuo y el poder político. En fin de cuentas, pudiera ser deseable la afirmación de la legalidad persecutoria, matizada, atenuada, condicionada y hasta relevada, si se quiere, por consideraciones de oportunidad que hagan claramente innecesaria o inadecuada la persecución en los términos que resultarían de la observancia estricta de aquel principio.

Otra cosa es el entendimiento que proviene de los propios personajes del llamado “drama penal”: inculpado y ofendido. La composición, como método de solución de las controversias, ha recuperado buena parte del terreno que había perdido en la etapa de mayor fervor publicista. Hay varios elementos que sustentan este proceso: la declinación de los modelos de autoridad, el ímpetu de las corrientes privatizadoras —que también operan en este ámbito—, el creciente número de litigios que agobia

a los tribunales, el costo cada vez mayor de una persecución penal llevada hasta la sentencia y convertida en ejecución oficial de penas. Todo ello milita, pues, en favor de la autocomposición prohijada y materializada de diversas formas, que no analizaré ahora. Visto el punto desde cierto ángulo, que invoca la justicia restauradora y alienta la conciliación e incluso —sobre todo, por su gran cometido moral— la reconciliación, se manifiesta la pertinencia de poner la solución en las manos de los protagonistas del hecho punible, es decir, optar por soluciones horizontales.

Estoy consciente de las ventajas que tiene la autocomposición, término con el que abarco todas las manifestaciones del arreglo que sobreviene en estos casos. Pero no se puede olvidar que hay cuestiones importantes que exigen consideración y solución adecuada. Una, conceptual y funcional a un tiempo, es la grieta que esa autocomposición abre en el sistema penal constitucional en la medida en que admite la existencia de un delito y la aplicación de una pena sin proceso que acredite aquél y resuelva ésta. Fuera de este argumento, ciertamente controvertible, quedan a la vista ciertos problemas prácticos: la inequidad en la que se puede caer —aquí, como en todo el orden de las convenciones— cuando pactan sujetos materialmente desiguales, y las dificultades que surgen a la hora de cumplir lo pactado. Debiera considerarse, por lo menos, la exclusión de los acuerdos secretos y la necesidad de que la autoridad judicial analice el consenso, supervise el pacto y acredite su admisibilidad.

VIII. SUJETOS Y EQUILIBRIO EN EL ENJUICIAMIENTO

Bajo la denominación de sujetos en el enjuiciamiento, que no es sinónimo de sujetos procesales ni de partes del proceso, quiero referirme aquí a los principales personajes convocados al escenario procesal: juzgador, desde luego, Ministerio Público o Fiscal, inculpado, defensor y ofendido o víctima, términos, estos últimos, que se utilizan como sinónimos aunque no lo son. Esos sujetos recogen diversas funciones, intereses, derechos, potestades, atribuciones, pretensiones, expectativas —sociales, políticas— de cuya organización y desempeño satisfactorios dependen tanto la eficacia del proceso mismo, que pudiera conseguirse, formalmente, en cualquier sistema político, como la legitimidad de éste, medida a la luz de bienes y valores característicos de la sociedad democrática. Ambas cosas han informado —o se ha querido que informen—

la mayoría de los ordenamientos procesales contemporáneos, tanto en el ámbito del derecho continental europeo y los derivados de éste, como en el del *Common Law* angloamericano y los orientados por él.

Los llamados nuevos desafíos que enfrenta el juzgador son tan numerosos como relevantes. Hay problemas que aún gravitan con fuerza en países latinoamericanos, además de los que son comunes a éstos y a los europeos: en mi concepto, conviene destacar los “desafíos que provienen de la sociedad heterogénea; los arduos problemas que propone el acceso efectivo a la justicia; el inconstante y fragmentario desarrollo; las cercanas experiencias autoritarias —que no han desaparecido totalmente o aguardan en el horizonte que miramos y en ocasiones tememos—; la fragilidad e insuficiencia de ciertas instituciones que actúan en el terreno de la justicia”, y otros datos “de una realidad compleja —por decir lo menos— que plantea inmensos problemas al desempeño de la magistratura penal”.

Hay unanimidad en exigir del juzgador caracteres de independencia, imparcialidad y competencia, recogidos, inclusive, en los estándares internacionales en esta materia. Interesa destacar tanto la necesidad de que la “circunstancia judicial” verdaderamente permita la realización de esos postulados, cosa que no siempre ocurre, como la función que se reconoce a los órganos judiciales en ciertas etapas del enjuiciamiento —sobre todo instrucción y ejecución— y con respecto a determinados sujetos o materias.

Persiste la controversia acerca de la función investigadora del juzgador, tema del que me ocuparé al examinar el problema de la verdad y la prueba en el proceso penal. En varios países europeos se conserva la figura del juez instructor, más o menos firme, al paso que en países americanos, entre ellos algunos que recientemente han realizado reformas procesales importantes, se ha afirmado la idea de que la investigación corresponde al Ministerio Público. En este extremo pesan tanto argumentos conceptuales de contenido funcional —a la cabeza, la separación entre los poderes del Estado— como experiencias nacionales.

El Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica asigna resueltamente al Ministerio Público la misión investigadora y entiende que ésta asignación corresponde mejor al espíritu republicano inicial. En la exposición de motivos se invoca la división de “las funciones judiciales del Estado, aun durante la instrucción preliminar (y no sólo en el juicio), otorgando a un órgano estatal, el Ministerio Público, la investigación y el po-

der requirente, y a otro distinto, los jueces, el poder de controlar los límites del ejercicio de ese poder y, consecuentemente, el poder de decisión”. De esta forma se quiere alcanzar un doble objetivo indispensable: investigación eficiente y respeto a la seguridad individual. Finalmente, los partidarios del juez instructor —o bien los analistas cautelosos, que no asumen radicalmente ninguna de las posiciones en pugna— invocan la necesidad de atenerse a los resultados que en cada país han arrojado las opciones en disputa.

En el pasado reciente, algunos países aceptaron la figura de los jueces “sin rostro”, que afortunadamente fueron rechazados por la jurisprudencia internacional y han desaparecido de los sistemas que los recibieron. También es pertinente mencionar aquí la preocupante idea de asignar a los tribunales militares el conocimiento de causas y el enjuiciamiento de personas que debieran quedar dentro de la competencia de juzgadores ordinarios, a título de jueces “naturales”. La jurisprudencia internacional y una buena parte de la doctrina restringen en el mayor grado posible el ámbito de competencia material y personal de la justicia militar: sólo sobre delitos de función y miembros de las fuerzas armadas. También se explora la conveniencia de reducir esa jurisdicción al tiempo de guerra.

Por otra parte, se reconoce la pertinencia de contar con órganos jurisdiccionales especializados en el conocimiento de infracciones a la ley penal cometidas por menores de edad. En este campo existe un dilema —falso dilema, a mi juicio— entre las llamadas corrientes tutelar y garantista, o de la “situación irregular” y la “protección integral”. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha puesto énfasis, en la opinión consultiva OC-17, sobre el carácter específico de la jurisdicción aplicable a menores infractores y del procedimiento respectivo, y acerca de la amplia vigencia de derechos y garantías procesales en dicho procedimiento, al que no puede asimilarse la actuación protectora del Estado en hipótesis que no implican infracción penal: niños abandonados o desvalidos.

En cuanto a la ejecución de penas, la intervención judicial avanza en diversas formas. Por una parte, los tribunales ordinarios han extendido su potestad, principalmente por vía de interpretación constitucional, a los litigios que trae consigo la vida en prisión; por otra, la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos ha establecido los estándares aplicables a la privación procesal o penal de la libertad —prisión preven-

tiva y punitiva, respectivamente—, y, finalmente, ha crecido el número de países que establecen la figura del juez ejecutor con facultades decisorias en asuntos contenciosos entre la administración y el reo y en torno a los beneficios o las restricciones que contempla el ordenamiento penitenciario.

El Ministerio Público o Fiscal es pieza relevante en el proceso penal. Su diseño institucional y sus atribuciones ofrecen notable diversidad: finalmente, es una figura histórica, sensible a las circunstancias, necesidades y expectativas con las que aparece y se desenvuelve; no existe —y no tiene por qué existir— un modelo inmutable de Ministerio Público al que deban ajustarse todas las expresiones nacionales. Es importante la ubicación del Ministerio Público en el aparato del Estado. Aquí hay variedad de soluciones: integración en el Poder Judicial o radicación en el ámbito administrativo; se abre paso la plausible idea de conferir autonomía a este órgano, que pudiera convertirle —opción que considero muy deseable— en un órgano constitucional autónomo. Esto mejorará su independencia real y la percepción social que se tenga de ésta: ser y parecer, como la mujer del César.

Algunos países reservan al Ministerio Público el ejercicio de la acción penal. Otros incluyen sistemas de acción particular, privada y/o popular. Cada régimen ofrece ventajas y desventajas que debieran ponderarse en función de sus resultados y de sus posibilidades en los medios y las condiciones en que actúan: lo que pudiera ser aconsejable en algún caso, sería inadecuado en otras circunstancias. Con todo, no es razonable que el Ministerio Público se halle exento de control externo: en este sentido, el monopolio —si lo hay— no debiera abarcar la decisión final acerca del ejercicio mismo de la acción. Los correctivos son: impugnación por la vía jurisdiccional o relevo por parte del ofendido u otro titular subsidiario de la acción.

La situación del inculpado ha evolucionado en sentido generalmente favorable a la admisión de derechos y garantías, aunque las tendencias recientes en materia de seguridad pública o nacional, vinculadas con los más graves delitos, pudieran determinar —y así ha ocurrido en diversos supuestos— un retroceso en aquéllos. Éste es uno de los terrenos en “disputa” constante entre corrientes democráticas y autoritarias. Entre los extremos más interesantes de este capítulo se halla el régimen de las medidas cautelares, tanto las que entrañan restricción de la libertad personal

—particularmente, aunque no exclusivamente, la prisión preventiva— como las que implican restricción en la disposición de bienes —especialmente en causas relacionadas con el manejo de recursos de procedencia ilícita—.

El empleo moderado, casi excepcional, de la prisión preventiva se relaciona sobre todo con el sistema acusatorio; el mayor uso de aquélla, con el inquisitivo. Empero, incluso en regímenes que hacen profesión de fe acusatoria se ha empleado con largueza la prisión preventiva. En muchas prisiones latinoamericanas es constante el problema de los presos sin condena: a menudo son mayoría los reclusos procesados, pendientes de sentencia. Esto acentúa las severas paradojas de la prisión preventiva, una institución invariablemente cuestionada, a la que no se ha encontrado sustituto que convenga y convenza.

El derecho a la defensa —con sus vertientes materiales y formales— ha ganado espacio. Hay aquí, desde luego, las mismas expresiones reductoras a las que antes me referí, motivadas por preocupaciones crecientes a propósito de seguridad y delincuencia grave. En diversa medida, las legislaciones nacionales reciben los rasgos inherentes a una defensa adecuada: completa, oportuna, profesional, competente y gratuita. Sobra ponderar la relevancia de la defensa para el acceso real a la justicia, condición de una tutela judicial efectiva. En este punto hay que preguntarse por la capacidad que verdaderamente tienen los sistemas de defensa nacional —pública o mixta— para enfrentar la demanda de defensa penal: es sabido que la mayoría de las defensas, al menos en muchos países en vías de desarrollo, queda en manos de la defensoría pública.

La víctima del delito —mejor todavía: el ofendido, titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el delito— fue el sujeto “olvidado” por la justicia penal, después de haber sido, siglos atrás, dueño y señor de ésta. El rescate del ofendido es cosa de los años recientes y figura, como hilo conductor, en muchas de las grandes reformas de nuestros días. Los derechos de este sujeto, tanto sustantivos como procesales —éstos, medios para la reclamación y restauración de aquéllos, a través del enjuiciamiento—, se muestran en una serie de rescates cada vez más poblada.

En esta categoría de rescates se inscriben sendas ampliaciones, a saber: del poder de exigencia procesal, de la incidencia del interés de la víctima sobre las expectativas del inculcado o el sentenciado, de la legitimación procesal, de los instrumentos que el orden jurídico —y el apa-

rato del Estado— pone a su disposición para la tutela penal, de sus expectativas de satisfacción. Si se observa que la mayoría de las víctimas pertenece al mismo sector social al que corresponde la mayoría de los infractores —un sector con escasos recursos económicos—, se advertirá la necesidad de dotar al ofendido de un soporte, para fines de acceso a la justicia, similar al defensor público con que se provee al inculpado.

De tal suerte, se han multiplicado los casos de querrela necesaria y perdón eficaz (con la consecuente apertura del horizonte de la composición) y se han acrecentado las posibilidades de ejercicio exclusivo, principal o subsidiario de la acción penal por parte del ofendido. Cuando no ocurre esto último, se le reconoce mayor intervención en el enjuiciamiento y se le permite impugnar resoluciones desfavorables del Ministerio Público o del juez instructor en cuanto al ejercicio de la acción. Igualmente, se condiciona o vincula a su interés patrimonial el otorgamiento de la libertad provisional del inculpado y la libertad anticipada del condenado. Se toma en cuenta la situación del ofendido para fines de individualización de la pena o medida, se le dota de asesor o representante, se abre la puerta al seguro que proteja sus intereses, a la reparación a cargo del Estado —solidaria o subsidiaria con respecto a sus funcionarios— y se establecen, en su favor, fondos de apoyo económico, además de otras garantías o medidas de tutela, asistencia o apoyo.

La operación de un verdadero sistema acusatorio demanda el equilibrio entre los participantes contendientes en el enjuiciamiento y reclama la contradicción entre partes, alma del proceso acusatorio: éste es un diálogo que el juzgador presencia, no un monólogo del tribunal que las partes escuchan. No quiero decir, porque sería impracticable, absoluta igualdad: en cada uno de aquéllos existen datos que imprimen giros específicos y dan dimensiones características a su intervención en el proceso. Las reglas de un hipotético proceso civil no pueden trasladarse, sin más, a un auténtico proceso penal. Pero es indispensable que haya equilibrio, en el sentido de posibilidad efectiva de que cada uno acceda de veras a la justicia, pueda hacer su *mise en scène* ante ésta con absoluta suficiencia y cuente con los medios y las posibilidades de proponer sus pretensiones, esgrimir sus defensas, probar sus afirmaciones, controvertir las del adversario y formular sus alegatos para formar la convicción del tribunal y atraer la decisión judicial que considere pertinente.

La tensión hacia la igualdad debe existir en el proceso construido bajo el signo democrático. Y la tensión hacia el equilibrio debe campar en el

procedimiento desde que éste comienza, cuando no existen, propiamente, partes procesales. De ahí la necesidad de organizar con gran cautela la etapa prejudicial en aquellos países en los que la investigación de los delitos queda a cargo del Ministerio Público o Fiscal, o la judicial indagatoria, en aquellos en los que un juez realiza la instrucción. Cautela que conduce a admitir, desde la fase de investigación misma, los efectos del principio de inocencia, el derecho a la defensa y las restricciones en materia probatoria. De no haber equilibrio en esta etapa, la investigación dejaría de ser un instrumento de justicia para convertirse en un mero ejercicio de poder.

Al equilibrio y la legalidad sirven otras disposiciones del enjuiciamiento, que han avanzado en diversos sistemas nacionales y que conviene plantear para la revisión y progreso de otros. Me refiero, por ejemplo, a la presencia y actuación del juez de garantía, contralor de la legalidad de los actos —algunos de ellos verdaderamente determinantes de la suerte del procesado, pero también de la suerte de la víctima y de la justicia misma— que se realizan en la fase de investigación. Y aludo a la fase intermedia que califica los resultados de la indagación y prepara, con arreglo a la ley y la razón, el acceso al periodo de conocimiento. E igualmente traigo a cuentas la conveniencia de reducir las facultades autónomas de la policía y subordinar su actuación, celosamente, a la conducción y el control de los órganos más propiamente “jurídicos”, permítase la expresión, del enjuiciamiento, como el Ministerio Público o el tribunal, que deben ser responsables de esa conducción y verificación. El enjuiciamiento ha de ser visto y entendido, desde el primer momento, como un tema de derecho y justicia, no sólo como una cuestión de policía. Ésta interviene y las diligencias correspondientes se encauzan al servicio de aquéllos, no a la inversa: ni siquiera cuando se pone en primer término, por énfasis político, la seguridad pública. También ésta es, como antes dije, un punto de derecho y justicia.

IX. LA VERDAD Y LA PRUEBA

Hemos diseñado el enjuiciamiento con la mirada puesta en la obtención de la verdad —la mayor verdad posible y accesible—, que desde hace tiempo fue caracterizada como un fin específico del proceso penal, y por lo tanto con la atención aplicada al tema de la prueba: proposición,

obtención, admisión, valoración, eficacia. En rigor, el proceso es, del principio al fin, un extenso ejercicio probatorio. Las reglas de ese ejercicio, que alguna vez incluyeron la tortura y hoy se encuentran reguladas por un derecho de signo democrático —con tropiezos, exclusiones y abandonos, también es cierto—, forman uno de los sectores más relevantes, inquietantes y determinantes en la arquitectura del proceso penal. Se pretende, en principio, una verdad “pura y dura” que ponga el cimiento de la sentencia, ciña la responsabilidad del juzgador y acredite, ante los ojos de todos, la legitimidad del proceso y la justicia de la absolución o la condena.

En este ámbito brotan nuevos problemas con soluciones diferentes. Nos preguntamos si subsiste la exigencia de hallar y asumir la verdad histórica, como se acostumbra denominar a la única verdad que existe, es decir, a la realidad de los hechos, o si podemos conformarnos con cierta versión de éstos que guiará, una vez expuesta y dispuesta, los actos más relevantes, por decisivos, de la acusación, la defensa y la jurisdicción. Aquí se reabre la antinomia entre legalidad y oportunidad. Aquélla y ésta proponen demandas distintas, cada una con sus propias reglas de conformidad. Incluso en el caso de las contiendas civiles, cuesta trabajo aceptar llanamente que el tribunal se vea mediatizado por los acuerdos entre las partes y acoja solemnemente una falacia en el capítulo de hechos inserto en la sentencia, que a su vez determinará el capítulo considerativo y las cláusulas dispositivas.

¿Debe investigar el juez de conocimiento? La idea acusatoria, llevada a su mayor rigor, excluye la actividad investigadora del tribunal que dictará sentencia. Este debiera conformarse con el material que las partes le aportan, aunque advierta —porque el tribunal no es “ciego”— que se le lleva o se le fuerza inclusive a una conclusión objetivamente errónea. Ésta es una percepción frecuente y preocupante en la experiencia judicial. El riesgo, por contrapartida, es que el juez devenga inquisidor si emprende su propio camino para procurar la verdad y hacer justicia. Muchos ordenamientos circunscriben la función judicial conforme al paradigma acusatorio, pero al mismo tiempo conceden la posibilidad de disponer pruebas para mejor proveer, lo cual abre la puerta —tan ampliamente como quiera la ley y pueda el tribunal— a la investigación puntual de los hechos.

La alternativa es evitar que el tribunal supla al fiscal, pero también impedir que una defensa torpe deje en penumbra la verdad y sacrifique al inculpado. Esto, no lo ignoramos, pone un gramo judicial en el platillo de la balanza donde sufraga el inculpado. Corresponde, desde cierta perspectiva, al *desideratum* de igualdad material: sería igualdad por compensación, para emplear la expresión que Couture utiliza en otro contexto. El descrédito de la figura judicial con los ojos vendados —que decae sobre todo en el orden penal, comprometido con la exploración de la dinámica del delito y las exigencias de individualización— puede proyectarse igualmente en esta materia.

Mencionaré ahora la necesidad de intermediación judicial, diversamente acogida en los ordenamientos procesales. La abordo a propósito de uno de sus objetivos más destacados: la búsqueda de la verdad y la provisión de datos para formar la convicción del tribunal, que se despliega sobre hechos y personas, porque no sólo pretende saber lo que sucedió sino entender a los individuos que tiene ante sí, dicho esto a propósito de la individualización judicial, inclusive si se dejan de lado las implicaciones del “peligrosismo”, como es la tendencia desde hace tiempo, contrariada por algunos hechos y no pocas normas.

La intermediación es, entre otras cosas, respuesta vigorosa a los males que entraña la imagen velada de la justicia, conforme a la aguda observación de Radbruch —males para la justicia penal; otra cosa es la raíz política de la caracterización plástica—; elemento nuclear del principio contradictorio, que es, a su turno, cuestión esencial del proceso democrático, y consecuencia natural, en este mismo campo, de que la individualización sea el rasgo distintivo del derecho penal moderno, como señala Marc Ancel. Los auxiliares de la función judicial no son “ojos y oídos” del juez, como tampoco lo son, para el Ministerio Público, los auxiliares de la investigación. Es preciso que haya presencia de quien conduce la indagación o preside el juicio. Intermediación y oralidad —uno de los principios más exaltados en los últimos años, con cuyo nombre se ha querido denominar al proceso acusatorio o adversarial— se reclaman mutuamente.

Ahora bien, la intermediación puede padecer, y así padece el proceso en su conjunto, cuando hay carga excesiva sobre los hombros de los tribunales. Este es el argumento —a veces motivo y en ocasiones pretexto— que se esgrime con mayor frecuencia para excusar la presencia judicial en actuaciones procesales muy relevantes, lo cual es, en mi concepto, ab-

solamente inadmisibles y debiera determinar la nulidad de aquéllas. Es preciso concebir “tipos procesales” adecuados para salvar la inmediatez, con cuanto ella significa, y para enfrentar igualmente otra de las exigencias constantes —y también corrientemente desatendida— del enjuiciamiento en una sociedad democrática, a saber, la celeridad razonable que se traduce en observancia de plazos asimismo razonables. Tipos procesales, quiero decir, que preserven las garantías y derechos de los participantes y permitan el buen despacho de la justicia penal. Prácticamente todos los ordenamientos pretenden, más o menos explícitamente, dar diligencia a ese despacho. Evidentemente, para que esto ocurra es preciso que las circunstancias lo permitan: entre ellas figuran la cantidad y calidad de los recursos de todo género asignados a la administración de justicia.

Hay otras cuestiones vinculadas con los asuntos de la verdad y la prueba, ampliamente destacadas en la regulación positiva y el debate doctrinal. Entre ellas figuran la vigencia del principio contradictorio en la recepción y el examen de las pruebas, que se pone en entredicho cuando se autorizan determinadas diligencias *ex parte*, con el motivo o bajo el pretexto de la seguridad, y la admisión o exclusión de la prueba atendiendo a la legitimidad de los medios con que fue recabada. Acerca de este segundo punto, en otra oportunidad he mencionado: “si el proceso posee un elevado rango ético, jurídico y político, es natural la exigencia de que la prueba se recabe en forma legítima y se halle sometida al examen crítico”. No son aceptables los frutos del “árbol envenenado”. Dicho de manera diferente: la pretensión de que el fin justifica los medios decae en favor de otra idea: la legitimidad de los medios justifica el fin al que éstos se dirigen.

El principio de exclusión avanzó impulsado por la jurisprudencia, de donde se trasladó al estatuto procesal. Hoy día, en cambio, se quiere desandar el camino. Ésta es otra consecuencia de la confrontación entre debido proceso y control de la delincuencia. Entra en crisis la solución de “una pieza”: alguna propuesta favorece la consideración de media vía, conciliadora, entre la gravedad del delito cometido —o mejor dicho, atribuido al inculpa— y la de la violación procesal perpetrada. Si aquélla es mayor y ésta es menor, habría motivos de admisibilidad. Evidentemente, no hay unidad de criterios ni soluciones uniformes. Con todo, la preservación del Estado de derecho aconseja la exclusión de pruebas ilícitas o ilícitamente obtenidas.

En un buen número de ordenamientos —posiblemente la mayoría— se acepta la valoración de pruebas conforme al método de sana crítica o apreciación razonada. Es, por cierto, el que ofrece mayores garantías para los fines de la justicia: subraya la responsabilidad judicial en la emisión de las sentencias, brinda a las partes mejores instrumentos para impugnar y ofrece al tribunal de alzada elementos adecuados para confirmar o rectificar. Este criterio contrasta tanto con la vieja —pero no infundada— regulación legal del valor de las pruebas como con el arbitrio autoritario —como diría Alcalá-Zamora— en la estimación que sustenta el veredicto del jurado, que sólo interroga a su conciencia y decide en impenetrable coloquio con ésta.

X. PUBLICIDAD

El poder autoritario se ha valido del secreto como instrumento de temor, información y gobierno. Por una parte, ha mantenido a salvo los motivos que le guían y las acciones de las que se vale; por la otra, ha reclamado el acceso a todos los arcanos. En el ejercicio de la justicia penal —como tal justicia o como simple injerencia de policía— ha reclamado la posibilidad de ingresar en todos los sagrarios: desde el hogar, allanado, hasta el pensamiento, descubierto, explorado y vulnerado. Los medios de ingreso a la intimidad del ciudadano se han multiplicado conforme avanzan los recursos que suministra la tecnología: no sólo la interceptación de correspondencia, sino también las filmaciones, escuchas y grabaciones, el suero de la verdad, el polígrafo, entre otros medios. Sólo recientemente se ha podido, en contrapartida, reclamar y rectificar la información reunida en los archivos oficiales —a través del *habeas data*— e ingresar en los folios, registros y repositorios oficiales. La “transparencia” ocupa territorios.

Dentro de este orden de consideraciones conviene detenerse en la publicidad del proceso, que es una de las palancas del sistema democrático. Quedó atrás la reserva absoluta, el misterio total del enjuiciamiento inquisitivo: reserva, a tal punto, que el inculpado no conocía los cargos ni el pueblo se aproximaba al juicio; cuando más, era testigo de la ejecución del reo, para fines que ninguna relación guardaban con los proyectos de la democracia. El pueblo ingresó al proceso gradualmente: sea como espectador, sea como juzgador, a través del jurado, visto, en su hora, como

escuela de la democracia, que dijo Alexis de Tocqueville al describir las excelencias de una República emergente. Así, los ciudadanos pudieron ejercer, con diversos grados de intensidad, el control sobre la magistratura y, desde ahí, sobre uno de los instrumentos más penetrantes y rigurosos de los que se sirve el poder público.

Hoy la publicidad tiene una renovada naturaleza: se satisface a través de los medios de comunicación social, que transmiten a millones —o centenares de millones— lo que primero supieron unos cuantos y luego apenas unas decenas o centenares de curiosos e informados ciudadanos. El grave riesgo que esto representa y cuya solución no existe todavía —no, al menos, en forma unánime y satisfactoria— es el “prejuicio” publicitario: la posibilidad de que sentencien primero los medios y luego la administración de justicia, influida por aquéllos. Si los viejos jueces de Berlín debían mostrarse independientes frente al monarca, los jueces de este tiempo deben serlo, por igual, frente al poderoso gobernante y al no menos imperioso gobierno de la opinión pública, o mejor dicho, de los poderosos comunicadores. Algunas disposiciones prohíben la referencia extraoficial, publicitaria, a la supuesta culpabilidad del reo, antes de que así se establezca en las definiciones del proceso; otras resuelven sustraer a los inculpados y a las víctimas —es el caso de algunas normas sobre menores de edad— de la mirada pública.