

LOS SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO Y SUS ÓRGANOS DE ACUSACIÓN

Sergio GARCÍA RAMÍREZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Régimen constitucional del enjuiciamiento*. III. *Régimen internacional*. IV. *Conexión con el sistema político-jurídico, en general, y con el sistema penal, en particular. La reforma procesal*. V. *Principios políticos y técnicos*. VI. *Función del proceso. El “debido proceso” y el amparo judicial*. VII. *Legalidad y oportunidad*. VIII. *Equilibrio en el enjuiciamiento*. IX. *Prueba*. X. *Contradicción y defensa*. XI. *Inmediación*. XII. *Oralidad*. XIII. *Publicidad*. XIV. *Celeridad. El problema del “plazo razonable”*. XV. *Lealtad y probidad*. XVI. *Ministerio Público*. XVII. *Acusadores particulares. La víctima*. XVIII. *Órgano jurisdiccional*. XIX. *Impugnación*. XX. *Medidas cautelares o de coerción*. XXI. *Colaboración internacional*. XXII. *La jurisdicción en la ejecución*.

I. INTRODUCCIÓN

Este panorama corresponde a la relación o ponencia general que me fue encomendada a propósito del tema sexto del XII Congreso Mundial de Derecho Procesal.¹ “Los sistemas de enjuiciamiento penal y sus órganos de acusación”. Comparto la presentación del tema con el doctor Ennio Amodio (Italia), jurista distinguido cuya compañía en esta función me honra. Para los efectos de mi participación en nuestra labor compartida, tuve a mi cargo la solicitud de ponencias nacionales a profesores de países latinoamericanos, así como de Estados Unidos y España. Mi propia presentación se

¹ Convocado por la Asociación Internacional de Derecho Procesal y el Instituto Mexicano de Derecho Procesal, para celebrarse en México, del 22 a 26 de septiembre de 2003.

refiere únicamente a los países de los que recibí ponencias nacionales, sin perjuicio de algunas referencias ocasionales a otros sistemas procesales.²

Me satisface dejar constancia del mayor reconocimiento y aprecio hacia los ponentes nacionales —tratadistas, catedráticos, investigadores o postulantes— que me hicieron llegar excelentes trabajos, base para la elaboración del presente panorama. Los menciono en el orden alfabético correspondiente a los nombres de los respectivos países: Pedro J. Bertolino (Argentina), Ma. Thereza R. Assis Moura (Brasil), Juan Carlos Vásquez Rivera y José Luis Jiménez Jaramillo (Colombia),³ Daniel Gadea Nieto (Costa Rica), Raúl Tavolari Oliveros (Chile), Teresa Armenta Deu (España), Douglass Cassel (Estados Unidos), Jesús Zamora-Pierce y Marco Antonio Díaz de León (México),⁴ Elodia Almirón Prujel (Paraguay) y Aníbal Quiroga León (Perú). En notas a pie de página dejo constancia —y aquí reitero mi agradecimiento— sobre los numerosos datos recogidos en cada caso para la elaboración de esta ponencia general.

El temario propuesto a los ponentes nacionales para la redacción de sus trabajos contuvo los siguientes puntos, que aparecen en mi ponencia general en la forma que estimé conveniente para los fines de la exposición sistemática del conjunto:

1. Principios del sistema procesal penal nacional: A) Régimen constitucional del enjuiciamiento; B) Conexión con el sistema político-jurídico del país, en general, y con el sistema penal, en particular; C) Principios políticos y técnicos: función del proceso, legalidad y oportunidad; Equili-

² Las mencionadas ponencias nacionales se encuentran en prensa en la revista *Criminalia*, de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, y aparecerán en la Memoria general del XII Congreso Mundial. En este trabajo menciono, a pie de página, el apellido del ponente nacional —con el país respectivo— que suministra la información a la que se alude en el texto general. En ocasiones me limito a indicar la existencia de un dato en el sentido señalado en el cuerpo del trabajo, y en otras incluyo una síntesis o una transcripción, según me pareció pertinente hacerlo en cada caso. Como dije, esta ha sido la fuente primordial de la relatoría general, que he complementado con alguna bibliografía sobre temas específicos, en la que figuran libros o artículos de los propios ponentes nacionales. Asimismo, he procurado recoger las alusiones a obras o artículos de doctrina invocados por aquéllos.

³ Se trata de una ponencia conjunta, gestionada por el profesor Jesús María Sanguino Sánchez.

⁴ La ponencia nacional fue elaborada por Jesús Zamora-Pierce. Marco Antonio Díaz de León aportó una comunicación acerca de “La oralidad en el proceso penal mexicano”.

brio entre partes (entre los intereses presentes en el proceso: del inculpa- do, del ofendido, de la sociedad), persecución de oficio y a instancia de particulares o autoridades; Posibilidad de mediación, conciliación, re- conciliación, autocomposición, “negociación”, etcétera, Prueba: admissi- bilidad, eficacia y valoración, defensa, inmediación, oralidad, celeridad. El problema del “plazo razonable”, publicidad, lealtad y probidad, ¿otros? 2. Órganos y personas que intervienen en el proceso: A) Policía y otras autoridades administrativas; B) Ministerio Público: organización y caracte- rísticas, atribuciones y actividades investigadoras y Atribuciones y acti- vidades acusadoras (promoción del proceso y ejercicio de la acción); C) Particulares: querrela (requisito de procedibilidad), acción particular, pri- vada y popular. Otras formas de intervención del ofendido, de la víctima o de terceros en el procedimiento; D) Órgano jurisdiccional: organización y características, atribuciones y actividades investigadoras. Juez de instruc- ción, atribuciones y actividades decisorias. Órgano de conocimiento y sen- tencia. Instancias, controles sobre la constitucionalidad de los actos del proceso, atribuciones y actividades en la ejecución; E) Auxiliares de los órganos y las partes. Defensores, asesores, peritos; F) ¿Otros?

La ciencia y la experiencia aleccionan sobre la justicia. Ahora me refie- ro solamente a la función que se ejerce y al objetivo que se pretende en el enjuiciamiento, principalmente el penal, tema de estas páginas. Hace si- glos enseñó Ludovico Settala con razones persuasivas: no es verdad que los Estados se conserven “con dos cadenas de diamante: la fuerza y el miedo”, como repetía Dionisio de Siracusa. “Por el contrario, el imperio y la buena voluntad del pueblo se mantienen con la escrupulosa administra- ción de la justicia”. Sin ésta, ni siquiera Júpiter hubiera podido gobernar.⁵ Lo mismo se dice con otras palabras, tomadas de un ordenamiento que se extendió sobre la que fuera América española: “la buena administración de justicia es el medio en que consisten la seguridad, quietud y sosiego de todos (los) Estados”.⁶

Uno de nuestros clásicos, puente entre continentes, Manuel de Lardizábal, al que mis amigos españoles reclaman como suyo —guipuzcoano— y los mexicanos como nuestro, por nacido en San Juan del Molino, hoy estado

⁵ *La razón de Estado*, trad. Carlo Arienti, México, Fondo de Cultura Económica, 1988, p. 90.

⁶ *Recopilación de las leyes de los reinos de Indias*, Libro I, tít. X, ley II.

de Tlaxcala, pudo escribir con certeza: “Nada interesa más a una nación que el tener buenas leyes criminales, porque de ellas depende su libertad civil y en gran medida la buena constitución y seguridad del Estado. Pero acaso no hay una empresa tan difícil como llevar a su entera perfección la legislación criminal”.⁷ En ésta, que es “el fundamento y la prueba de las instituciones sociales ... se prueba más que en alguna otra parte la combinación de talento, el progreso de la ciencia”.⁸

Convengamos, sin embargo, pese al tiempo corrido y al adelanto alcanzado, que todavía se ciernen muchas sombras sobre la justicia penal, cuyo manual de navegación sigue siendo, para muchos, la obra de Kafka con su título escueto y ominoso: *El proceso*. Hace poco más de medio siglo, un jurista ilustre pudo escribir que el proceso penal constituía un “anacronismo incomprensible y sorprendente”, que llevaba “un retraso de más de cien años sobre su objeto”.⁹ En muchas latitudes han corrido, para bien, las manecillas del reloj; en otras permanecen inamovibles; en algunas han retrocedido. El estudio de este movimiento de manecillas es la cuestión más ardua y genuina que se propone a la consideración y a la devoción del procesalista. Habrá que ver —donde se necesita hacerlo: en la realidad estricta, tan distraída de la doctrina— cuánto del pasado subsiste en el presente y detiene el futuro.

II. RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DEL ENJUICIAMIENTO

El proceso penal —o más ampliamente, el enjuiciamiento en su conjunto, con actos que preceden y suceden al proceso—¹⁰ constituye un tema de

⁷ *Discurso sobre las penas*, 1a. ed. facsimilar, México, Porrúa, 1982, p. III.

⁸ Otero, Mariano, “Indicaciones sobre la importancia y necesidad de la reforma de las leyes penales”, *Obras*, México, Porrúa, 1967, t. II, pp. 653-654.

⁹ Graven, Jean, “Introducción a un enjuiciamiento criminal racional de prevención y defensa sociales”, trad. Pascual Meneu, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 195, 1953, p. 673.

¹⁰ En este trabajo empleo la expresión genérica “enjuiciamiento” —voz con apreciable tradición en el derecho español—, sin perjuicio de referirme al proceso, cada vez que sea adecuado hacerlo, tomando en cuenta la denominación del tema adoptada por el XII Congreso Mundial de Derecho Procesal. El profesor Niceto Alcalá-Zamora hizo ver las ventajas de aquella expresión: está “vinculad(a) en un sentido al juicio ... y ... refleja, además, el desarrollo de la actividad procesal necesaria para llegar a la obtención de ese juicio (por ello) representa, en cierto modo, un término que abarca a un tiempo el proceso y el procedimiento”. *Cuestiones de terminología procesal*, UNAM, Instituto de Investi-

enorme delicadeza y trascendencia para la relación entre el poder político —y acaso otros poderes, que velan en la sombra— y el ser humano: éste, con diversos títulos, sea el de inculpado, sea el de ofendido por el delito. Tema delicado y trascendente por partida doble: es ahí donde se resuelve el conflicto más severo entre intereses en juego, encarnados por personajes desiguales; y es ahí también, en consecuencia, donde el Estado emplea sus más poderosos instrumentos y el individuo aguarda con sus más frágiles defensas. En fin de cuentas, es ahí donde se resuelve el conflicto entre la facultad sancionadora del Estado y el derecho a la libertad del imputado.¹¹

El vigor y la justificación de aquéllos provienen de la misión que asume el Estado cuando ejerce —o dice que lo hace— la defensa de los bienes más elevados, que a todos incumban: vida, integridad, libertad, honor, patrimonio. La fragilidad y el predicamento de las defensas, a su turno, provienen del descrédito que padece el inculpado —la presunción de inocencia es tema reciente y siempre relativo— y de la condición de “enemigo social” con que el público —el pueblo, pues— lo identifica.¹² Sólo hasta cierto punto ha quedado atrás el tiempo en que el camino de la justicia se iniciaba con la formación de la paz y el deber de la venganza, que otorgaban una amplísima franquicia.¹³ En el procedimiento penal, finalmente, se despliega como

gaciones Jurídicas, México, 1972, pp. 94-95. También utilizo, genéricamente, el término “procedimiento”, tomando en cuenta su valor comprensivo: “coordinación de actos procesales en marcha hacia un determinado objetivo”. *Id.*, pp. 94, núm. 439, y 140. *Cfr.*, asimismo, la opinión de Juan Montero Aroca, que además defiende el empleo de la palabra enjuiciamiento para designar al código de la materia, no así la expresión “Código procesal”. *Introducción al derecho procesal. Jurisdicción, acción y proceso*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 1979, pp. 205 y ss. En la legislación y la doctrina latinoamericanas se utiliza más la expresión “proceso” o “procedimiento”: códigos procesales penales o de procedimiento o procedimientos penales. En México, sólo un autor de la materia designa su obra bajo la invocación del enjuiciamiento: Briseño Sierra, Humberto, *El enjuiciamiento penal mexicano*, México, Trillas, 1976.

¹¹ *Cfr.* Leone, Giovanni, *Tratado de derecho procesal penal*, trad. Santiago Sentías Melendo, Jurídica Europa América, Buenos Aires, 1963, t. I, pp. 181 y 182. También Quiroga León (Perú) invoca este concepto.

¹² Un enemigo social “diplomado” por la orden de captura, el auto de procesamiento, la negativa de excarcelación, la sentencia de condena, así se encuentre pendiente de confirmación. *Cfr.* García Ramírez, *La prisión*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Fondo de Cultura Económica, 1975, p. 21.

¹³ Expulsión de la “comunidad de la paz”, que se traduciría en “privación de la paz”. *Cfr.* Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal*, 3a. ed., Buenos Aires, Losada, 1964, p. 242. “El deber de la venganza —refiere Han Von Hentig— nace con cualquier

en ningún otro espacio el monopolio de la violencia con que se inviste al Estado,¹⁴ que puede ejercerla de la manera más directa y rotunda.¹⁵

La Constitución del Estado democrático, de filiación “antropocéntrica”,¹⁶ pone buen cuidado en organizar el sistema de los delitos y sus consecuencias. Al hacerlo está fijando la frontera esencial y radical para el ejercicio del poder. En la agenda político-jurídica contemporánea no existe otro trabajo tan moderador, por una parte, y garantizador, por la otra: conduce las manos del Estado que persigue y castiga, y pone el escudo en las manos del particular que razona y se defiende. De ahí el régimen constitucional del enjuiciamiento, en el que abundan¹⁷ —desde las primeras declaraciones de derechos— las normas sobre esta materia, cuyo conocimiento se extrae de los textos mismos o de la interpretación jurisprudencial correspondiente.¹⁸ Ellas reflejan los temas y los problemas que gravitaron sobre los

ofensa contra la vida o la integridad corporal”. *La pena. Formas primitivas y conexiones histórico-culturales*, Madrid, Espasa-Calpe, 1967, vol. I, p. 132.

¹⁴ Weber, Max, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, trad. José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eduardo García Máynez, Eugenio Ímaz y José Ferrater Mora, México, Fondo de Cultura Económica, 1992, pp. 1056-1060.

¹⁵ De ahí la expresión sobre la justicia en un sistema autoritario: “la justicia penal destruye todo lo que toca, destruye al ciudadano y conculca sus derechos humanos esenciales”. Almirón (Paraguay).

¹⁶ *Cfr.* Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, trad. Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 114-115. La idea ha sido expresamente recogida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia —informan Vásquez Rivera y Jiménez Jaramillo— en diversas sentencias: T-401 de 1992 y T-401 de 2002: “El cauce abierto por la Corte tiene una especial importancia en el desarrollo del principio de la eficacia de los derechos fundamentales y de la realización de los fines y valores de la Constitución, sobre todo en lo relativo a la concepción antropológica. Esta llamada concepción antropológica surge de la interpretación que ha realizado la Corte Constitucional del enunciado normativo de la dignidad humana ... la Corte ha extraído la idea de que el hombre es un fin en sí mismo, lo que ha significado la valoración del ser humano como ser autónomo en cuanto se le reconoce su dignidad”. Los ponentes colombianos encabezan la relación de principios del sistema procesal colombiano con: “1. El respeto por la dignidad humana”, seguido de: “2. La libertad”.

¹⁷ Zamora Pierce (México): el catálogo de principios y garantías procesales penales en la Constitución mexicana es excepcionalmente amplio. “Por ello, los abogados defensores fundan su labor, en primer lugar, en los textos constitucionales, y sólo después en las normas de los códigos de procedimientos” que las reglamentan. Sobre esta materia, en relación con los derechos previstos en tratados internacionales, *cfr.* del mismo Zamora Pierce, *Garantías y proceso penal*, 11a. ed., México, Porrúa, 2001, pp. 417-418.

¹⁸ En el caso de Estados Unidos, señala Cassel, debido al sistema del *common law* y a la potestad de control constitucional que incumbe a la Suprema Corte de ese país, a partir

governados al final del siglo XVIII y que no podrían olvidar los ciudadanos en el alba del XXI. Son, de alguna manera, el medio del que se vale la carta política para dejar al pasado en su sitio y permitir al futuro el suyo. Esta es una dimensión del derecho procesal constitucional, presente en las Constituciones de los países americanos,¹⁹ o bien, como se indica en una comunicación nacional, “derecho constitucional aplicado”.²⁰

Esas normas —que se analizan en diversas “series normativas constitucionales”, atentas a temas específicos—²¹ pueden cifrarse en tres categorías: material, una; instrumental, otra; ejecutiva, la tercera.²² Primero la legalidad penal, que establece una frontera infranqueable; luego, el debido proceso, que formula el itinerario y la solución de la controversia;²³ finalmente, ejecución de penas y medidas conforme a un designio finalista.²⁴

de la sentencia en el caso *Marbury vs. Madison* (1803), “gran parte del contenido específico de los derechos procesales penales garantizados por la Constitución no se encuentra en el texto constitucional, sino en las interpretaciones judiciales de ellos”.

¹⁹ Este es “un engranaje fundamental en el sistema de control”. Se “trata de las clásicas garantías procesales en resguardo de la libertad, seguridad y dignidad de las personas, que en América Latina han logrado un nivel de desenvolvimiento de gran calidad en la dogmática constitucional”. Quiroga Lavié, Humberto, “Estudio introductorio”, en *El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX. Las Constituciones latinoamericanas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, t. I, p. 51. Varios textos constitucionales citados en este trabajo fueron tomados de la compilación de Quiroga Lavié, salvo, naturalmente, los correspondientes a leyes fundamentales de años posteriores; asimismo, he recogido la información proporcionada por los ponentes nacionales. Las referencias constitucionales y las citas de los textos internacionales han sido corroboradas por mi auxiliar de investigación, licenciada Julieta Rojas, a quien agradezco su colaboración. Cuando en nota a pie de página figure la cita de un precepto, sin indicación —en el texto principal o en la misma nota— del ordenamiento respectivo, se entenderá que corresponde a la Constitución del país que en aquélla se mencione.

²⁰ Almirón (Paraguay).

²¹ *Cfr.* García Ramírez, *Curso de derecho procesal penal*, 5a. ed., México, Porrúa, 1989, pp. 60-61.

²² Armenta Deu (España): el principio de legalidad se desarrolla en sendas garantías: criminal (*nullum crimen sine lege*), penal (*nulla poena sine lege*), jurisdiccional (*nemo damnatur nisi per legale iudicium*) y ejecutivo. Sobre esto mismo, *cfr.* de Armenta Deu, *Lecciones de derecho procesal penal*, Madrid, Marcial Pons, 2003, p. 31.

²³ El artículo 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España —citado por Armenta Deu— determina: “no se impondrá pena alguna por consecuencia de actos punibles cuya represión incumba a la jurisdicción ordinaria sino de conformidad con las disposiciones del presente código o de leyes especiales y en virtud de sentencia dictada por juez competente”.

²⁴ *Cfr.* mi *Itinerario de la pena*, México, Seminario de Cultura Mexicana, 1997; asimismo, *Itinerario de la pena*, Córdoba, Argentina, Marcos Lerner Editora, 1999, pp. 31 y ss.

No estaríamos satisfechos —porque no estaríamos tranquilos— si la legalidad formal fuese la única garantía posible y exigible de legitimidad material. Por eso la jurisprudencia internacional americana se ha internado —aunque no de manera solitaria, por supuesto— en una definición de ley para los fines de la protección y la restricción de libertades, definición que va más allá de las formalidades legislativas: no prescinde de éstas, por supuesto, pero tampoco se confina en ellas.²⁵

En el panorama constitucional de los países iberoamericanos es preciso tomar en cuenta la existencia de algunos Estados de estructura federal, una significativa minoría dentro del conjunto.²⁶ Este dato se proyecta sobre el sistema penal en diferente medida. Las Constituciones federales proveen bases que luego desarrollan, a veces con detalle, los ordenamientos provinciales, locales o estatales. Con frecuencia los ordenamientos sustantivos son únicos para todo el país, y los adjetivos son tantos como las provincias o los estados federados.²⁷ Además, hay ordenamientos especí-

²⁵ “(L)as leyes a que se refiere el artículo 30 (de la Convención Americana) son actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo”. CIDH, *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986*. Serie A, núm. 6, párr. 35.

²⁶ Argentina, Brasil, México, Venezuela; igualmente, Estados Unidos y Canadá, cada uno con modalidades y características propias, aunque todos influidos, en mayor o menor medida, por el modelo clásico norteamericano, “fundante” de esta república.

²⁷ México es excepción: cuenta con Códigos penales y de procedimientos penales para la federación y para cada una de las treinta y dos entidades federativas, inclusive el Distrito Federal, donde se halla la capital de la República. La diversidad —y dispersión— penal, que milita contra una política criminal nacional, ha sido observada y criticada con frecuencia. Alcalá-Zamora observó que en virtud de la dispersión legislativa producida por el régimen federal mexicano, “la mole legislativa procesal vigente en México alcanza cifras aterradoras”. *Panorama del derecho mexicano. Síntesis del derecho procesal*, México, UNAM, Instituto de Derecho Comparado, 1966, p. 9. En sentido semejante, por lo que toca a la materia penal en su conjunto, *cfr.* Carrancá y Trujillo, Raúl, quien también ofrece los puntos de vista de Luis Jiménez de Asúa y Felipe Sánchez Román, *Derecho penal mexicano. Parte general*, 11a. ed., México, Porrúa, 1976, pp. 142 y ss. Asimismo, Franco Guzmán, Ricardo, “Necesidad de unificar la legislación penal”, en García Ramírez e Islas de González Mariscal, Olga (coords.), *Análisis del nuevo Código Penal para el Distrito Federal. Terceras Jornadas sobre Justicia Penal “Fernando Castellanos Tena”*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 229 y ss., y “El caos de la legislación penal en México y la necesidad de transformarla en federal”, en Moreno Hernández, Moisés (coord.), *Globalización e internacionalización del derecho penal. Implicaciones político-criminales y dogmáticas*. (Memoria del) *Tercer Congreso Internacional de Derecho Penal*, México, Cepolcrim, 2003, pp. 201 y ss. Cassel (Estados

ficos sobre extremos relevantes del enjuiciamiento, la organización judicial, el Ministerio Público o Fiscal, la policía, la defensoría, etcétera.²⁸

Agreguemos los tratados internacionales en torno a múltiples cuestiones que atañen al procedimiento, sobre los que haré algunos comentarios en el siguiente apartado. La diversidad legislativa y la multiplicidad aplicativa determinan cierta heterogeneidad en las soluciones adoptadas en un mismo Estado.²⁹ Todo ello aporta un panorama sumamente complejo, difícilmente aprehensible en un trabajo como el presente. También se ha visto que una jurisprudencia progresista extiende a todos los planos o niveles del Estado el alcance de derechos y garantías inicialmente previstas —o aplicadas— para uno de aquéllos.³⁰

De este panorama fluye naturalmente la pertinencia de que se uniformen los sistemas de justicia penal, al menos en un mismo Estado nacional, en aras de la seguridad y la justicia.³¹ Esto allana el camino que conduce a

Unidos) menciona que este país hay cuando menos cincuenta y tres sistemas procesales penales distintos: los cincuenta y uno constitucionales, el del Distrito de Columbia y el penal militar, sin contar los que corresponden a varias entidades que guardan distintas relaciones con el gobierno nacional: Puerto Rico, Samoa Americana, las Islas Vírgenes (U.S. Virgin Islands), Guam y las Marianas del Norte.

²⁸ Bertolino (Argentina).

²⁹ A propósito de la situación en Argentina, Bertolino señala que en los hechos se produce, por vía de la “interpretación y aplicación impropia o espuria” de los órganos locales, “más de un Código Penal, cuando en realidad este es sólo uno ... Sobre este particular, es necesario reparar en que la casación nacional ... sólo alcanza a las decisiones de la justicia de... carácter nacional, con lo cual más que una buena parte del problema permanece subsistente”.

³⁰ Así, en Estados Unidos —informa Cassel—, donde la Suprema Corte de Justicia determinó, a partir de la interpretación jurisprudencial sobre el debido proceso legal, la aplicación a los Estados de garantías previstas por la Constitución federal. Al respecto, hay numerosas sentencias, p. ej.: *Hurtado v. California* (1884) (debido proceso legal), *Wolf v. Colorado* (1949), *Malloy v. Hogan* (1964) (derecho a guardar silencio), *Benton v. Maryland* (1969) (*ne bis in idem*), *Klopfer v. North Carolina* (1967) (juicio rápido), *Gideon v. Wainwright* (1963) (asistencia de abogado). Asimismo, ese tribunal determinó la aplicabilidad a los procesos penales federales de la garantía de igual protección ante la ley estatuida por la enmienda XIV, en la sentencia del caso *Bolling v. Sharpe* (1954). En *In re Oliver* (1948) se determinó la aplicabilidad a los Estados de la norma constitucional federal sobre juicio rápido.

³¹ En países de régimen federal, que ya cuentan con un solo código penal sustantivo, se ha llamado a la elaboración del ordenamiento procesal penal que propicie la uniformidad en esta otra vertiente de la actividad punitiva del Estado. Ejemplo de ello es el proyecto de Código Uniforme en Materia Procesal Penal, de Jorge A. Clariá Olmedo. *Cfr.*, de este autor, *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ediar, 1968, t. VII, pp. 429 y ss.

la armonización procesal —no me atrevo a decir unificación— en países de una misma tradición jurídica, que comparten principios y valores sobre la función y la misión del proceso.³² Esta es la tierra en la que se ha sembrado el proyecto de Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica, que citaré como Código Modelo o CM.³³ En mi concepto, esta armonización no implica en modo alguno, debo aclararlo, la dilusión o la pérdida de particularidades relevantes y hallazgos útiles que pudieran caracterizar —como ocurre, de hecho— a los sistemas nacionales. No pierdo de vista que el proceso responde, en cada lugar y en cada tiempo, a incitaciones locales, que le confieren el signo que finalmente lo identifica. En suma, la armonía, oriunda de aquella comunidad de principios y valores, puede florecer sin mengua de las soluciones específicas;³⁴ la armonización no debe traducirse en homologación forzada, y menos todavía si ésta trae consigo el retraimiento de las garantías del proceso en una sociedad democrática.³⁵

III. RÉGIMEN INTERNACIONAL

Si este trabajo se hubiera redactado medio siglo atrás, las fuentes supremas del derecho procesal penal se habrían concentrado en el plano interno de los Estados y, en éstos, en el rango constitucional al que brevemente me he referido. Hoy existe otra fuente, de enorme relevancia, que no sólo está determinando, con creciente fuerza, un espacio normativo propio, al que pueden acudir las causas penales —dentro de ciertos supuestos y con de-

³² “(L)a reforma procesal en América Latina —observa José I. Cafferata Nores— hoy es un verdadero fenómeno cultural, una comunidad identificable de pautas axiológicas; de ideales políticos y de conceptos jurídicos relacionados con la procuración y la administración de la justicia penal”. “La reforma procesal en América Latina”, *Reformas a la justicia penal en las Américas*, Washington, D. C., Fundación para el Debido Proceso Legal, 1999, p. 60.

³³ También se han adelantado pasos hacia un Código Penal Tipo. Sobre el procesal, *cfr.* la “Breve historia” que figura en Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, *Código procesal penal modelo para Iberoamérica. Historia. Antecedentes. Exposición de Motivos y texto del proyecto*, Buenos Aires, Hammurabi, 1989, pp. 7 y ss. Igualmente, Tavolari, “Hacia una teoría general del proceso para los códigos procesales modelo para Iberoamérica”, *Rivista di Diritto dell’ integrazione e unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*, Italia, Mucchi Editore, 3/1997, esp. pp. 138 y ss.

³⁴ En este sentido, recojo y comparto el punto de vista del profesor Ennio Amodio. *Cfr. Processo penale, Diritto europeo e common law*, Milán, Giuffrè Editore, 2003, pp. 26 y ss.

³⁵ Amodio, *Processo penale...*, *cit.*, nota 34, pp. 150 y 151.

terminados límites, puesto que no constituye tercera instancia—, sino también el rumbo de la legislación nacional, la jurisprudencia y la doctrina.

El derecho internacional de los derechos humanos, floración de un nuevo sector del derecho de gentes, que emerge cuando el ser humano adquiere la condición de sujeto del derecho internacional³⁶ y deviene titular de derechos y obligaciones establecidos y sancionados por el propio derecho de gentes,³⁷ contiene abundantes disposiciones sobre el enjuiciamiento penal,³⁸ de las que ya no pueden distanciarse las soluciones nacionales³⁹ y que prohija “una unificación regional —casación— que apuntala la seguridad jurídica”.⁴⁰

³⁶ Cfr. mi exposición sobre esta materia y la bibliografía citada en García Ramírez, *Derechos humanos y jurisdicción interamericana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 8 y ss., y *Los derechos humanos y el derecho penal*, 2a. ed., México, Miguel Ángel Porrúa, 1988, pp. 53 y ss. Cfr., asimismo, Sepúlveda, César, *Estudios sobre derecho internacional y derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991, pp. 13 y ss., y Cançado Trindade, Antônio, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, pp. 48 y ss.

³⁷ Cfr. Reuter, Paul, *Derecho internacional público*, trad. José Puente Egido, Bosch, Barcelona, 1978, p. 212.

³⁸ Las fuentes del derecho procesal penal, señala Quiroga León (Perú), son la Constitución, las leyes procesales y los tratados internacionales. En Colombia —informan Vásquez Rivera y Jiménez Jaramillo— el artículo 2 del Código de Procedimiento Penal determina que “en los procesos penales se aplicarán las normas que en materia de garantías se hallan consignadas en la Constitución política y en los tratados y convenios internacionales ratificados por el Estado colombiano”. Asimismo, cfr. Armenta Deu, *Lecciones...*, cit., nota 22, p. 72.

³⁹ Es así que se han creado auténticos tribunales internacionales que constituyen, como advierte Norberto Bobbio, la vertiente garantizadora de los derechos humanos, cuya consagración normativa proviene de la Declaración Universal de 1948. Cfr. “Presente y futuro de los derechos humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos 1981*, Madrid, Universidad Complutense, Facultad de Derecho-Instituto de Derechos Humanos, 1982, p. 10; *El problema de la guerra y las vías de la paz*, trad. Jorge Binaghi, España, Gedisa, 1982, p. 130, y *L'età dei diritti*, Einaudi Tascabile, Turín, pp. 251-252, 256 y 264, p. 16. Con respecto a las garantías de los derechos humanos, Luigi Ferrajoli destaca los principios de legalidad y jurisdiccionalidad; sobre éste apunta: es necesario que los derechos “sean todos justiciables, es decir, accionables en juicio frente a los sujetos responsables de su violación, sea por comisión, sea por omisión”. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillas Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, 3a. ed., Madrid, Trotta, 1998, p. 917.

⁴⁰ Hitters, Juan Carlos, “Criterios establecidos por los órganos jurisdiccionales de los sistemas interamericano y europeo”, en (Memoria del) *XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal*, 12, 13 y 14 de junio de 2003, Paraná, Entre Ríos, Santa Fe, Asociación Argentina de Derecho Procesal, 2003, t. II, p. 166.

El marco internacional del proceso penal se localiza en los principios germinales de las Cartas de las Naciones Unidas y la Organización de los Estados Americanos, y en los instrumentos que derivan de aquéllas: Declaraciones Universal⁴¹ y Americana,⁴² de 1948, y en seguida —con carácter claramente normativo— Convención Europea, de 1950,⁴³ Pacto Internacional, de 1966,⁴⁴ Convención Americana, de 1969,⁴⁵ y Carta Africana, de 1981,⁴⁶ a los que citaré, en lo sucesivo, con estas denominaciones. En todos éstos existen disposiciones concernientes a la materia que ahora nos interesa. Los rubros principales son “Garantías judiciales”⁴⁷ y “Protección judicial”.⁴⁸ Una amplia jurisprudencia —más extensa la europea que la americana, en razón de la mayor antigüedad de la Corte de Europa— ha puesto en práctica las disposiciones de este segmento del derecho internacional.⁴⁹

⁴¹ Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948.

⁴² Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 2 de mayo de 1948.

⁴³ Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950.

⁴⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966.

⁴⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), de 22 de noviembre de 1969.

⁴⁶ Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, “Carta de Banjul”, de 27 de julio de 1981.

⁴⁷ Así, el epígrafe del artículo 8 de la Convención Americana.

⁴⁸ En este sentido, el epígrafe del artículo 25 de la Convención Americana.

⁴⁹ Sobre la jurisprudencia internacional de nuestro Continente, *cfr.* una compilación y sistematización de la emitida por la Corte Interamericana, en la doble vertiente consultiva y contenciosa, desde la instalación de ese tribunal hasta el 15 de noviembre del 2001, en García Ramírez (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001. Igualmente, *cfr.* mis artículos “Algunos criterios recientes de la jurisdicción interamericana sobre derechos humanos”, en *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional* (México), julio-diciembre de 1999, pp. 123 y ss. (recogido en mis *Estudios Jurídicos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 315 y ss.) y “Temas en la reciente jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, 6, 2002, pp. 651 y ss. Por lo que hace a Europa, es particularmente relevante una obra, por ahora sin igual en el ámbito interamericano —hasta donde tengo conocimiento—, que expone el impacto de la jurisprudencia de la Corte Europea sobre el orden jurídico de los Estados miembros del Consejo de Europa: Blackburn, Robert, y Polakiewicz, Jörg, *Fundamental Rights in Europe. The European Convention on Human Rights and its Member States (1950-2000)*, Oxford University Press, 2001.

SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO Y ÓRGANOS DE ACUSACIÓN 13

Por lo que respecta a los países a los que corresponden las ponencias nacionales recibidas para la elaboración del presente trabajo general, España es miembro del Consejo de Europa y Estado parte en la Convención de 1950;⁵⁰ y todos los latinoamericanos lo son de la Organización de los Estados Americanos y de la Convención Americana de 1969; asimismo, han reconocido la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁵¹ Estados Unidos, en cambio, aún no es parte en el Pacto de San José; consecuentemente, no está sujeto a esa competencia del tribunal interamericano.⁵²

Varias Constituciones nacionales se han ocupado en tender el puente —un tema que sigue sujeto a debate— entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho nacional.⁵³ Este enlace constituye la

⁵⁰ Esto coloca a España en el ámbito de influencia del Consejo de Europa y de la Corte Europea de Derechos Humanos; anteriormente, asimismo, de la Comisión Europea de Derechos Humanos. En este orden de cosas, Amodio examina el impacto “de la producción normativa y extranormativa” del Consejo de Europa sobre el enjuiciamiento penal italiano, en *Processo penale...*, *cit.*, nota 34, pp. 75 y ss.

⁵¹ Lo cual trae a cuentas la influencia de la normativa internacional regional —además de la universal— en la regulación del proceso penal en estos países, así como la presencia de los criterios adoptados por los órganos del sistema interamericano: recomendaciones, en el caso de la Comisión Interamericana, y sentencias y opiniones, en el de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁵² Cassel (Estados Unidos): Estados Unidos forma parte del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, de 1966. Formuló declaraciones interpretativas con respecto a algunos derechos procesales penales contenidos en los artículos 9 y 14 (comparecencia de testigos, asistencia de abogado y *ne bis in idem*), pero “tales interpretaciones no parecen disminuir el alcance de los derechos”. En su ratificación del Pacto, el Estado manifestó que aquél no es “autoaplicable”, es decir, no hay recurso judicial interno para combatir violaciones a ese instrumento. “Por lo tanto se podría argumentar que los derechos procesales consagrados por el Pacto no tienen significado real en los procesos penales de Estados Unidos”.

⁵³ *Cfr.* entre los estudios más recientes, Ayala Corao, Carlos M., *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*. Colección Fundap, Derecho, administración y política, México, 2003. Igualmente, *cfr.* Quiroga Lavié, “Estudio introductorio” a *El constitucionalismo...*, *cit.*, nota 19, t. I, pp. 24 y ss.; y Pisarello, Gerardo, y Carbonell, Miguel, “La aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos en el derecho interno: modelo para armar”, en Carbonell, Miguel, Moguel, Sandra, y Pérez Portilla, Karla (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos-Porrúa, 2002, pp. 13 y ss. Algunas Constituciones destacan en forma expresa la primacía de la Constitución interna sobre los tratados internacionales, por ejemplo: Guatemala, artículo 204 y México, artículo 133.

vía natural para el tránsito de las normas y resoluciones internacionales a los sistemas jurídicos nacionales. Algunos Estados han regulado expresamente la materia, destacando, en ocasiones, el rango de los tratados internacionales de derechos humanos, como Argentina,⁵⁴ Brasil,⁵⁵ Venezuela⁵⁶ y Nicaragua;⁵⁷ otros han establecido la observancia nacional de las resoluciones jurisdiccionales internacionales, como Venezuela misma y Perú,⁵⁸

⁵⁴ Artículo 75.22. Bertolino (Argentina). Asimismo, *cfr.* Vanossi, Jorge R., “Los tratados internacionales ante la reforma de 1994”, en Abregú, Martín, y Curtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales, 1997, pp. 106-107. Cafferata Nores sugiere un “nuevo paradigma de procuración y administración de justicia penal en la Argentina, fruto de la incorporación a la Constitución nacional de los principales pactos y declaraciones internacionales sobre derechos humanos (artículo 75, inciso 22) y de los principios que los informan”. “Nuevo paradigma de procuración y administración de justicia penal”, en *XII Congreso Nacional...*, *cit.*, nota 10, t. II, pp. 195 y ss. Sobre esta cuestión, en cuanto a Argentina, *cfr.* igualmente Montero, Jorge R., “Paradigma constitucional: la incorporación a la Constitución nacional de la normativa supranacional sobre derechos humanos (artículo 75, inciso 22), ¿pone en crisis el sistema mixto del proceso penal argentino?”, en *id.*, pp. 203 y ss.

⁵⁵ Assis Moura (Brasil): las normas de garantía del proceso previstas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos forman parte del sistema constitucional y poseen el mismo nivel jerárquico de las disposiciones constitucionales. En este sentido, la ponente nacional invoca el parecer de Pellegrini Grinover, Ada, *et al.*, *As nulidades no proceso penal*, 7a. ed., Sao Paulo, 1997, p. 98. Sin embargo —señala Assis Moura— el Supremo Tribunal Federal ha considerado que esas disposiciones internacionales son “actos normativos infraconstitucionales, de la misma jerarquía que las leyes ordinarias”. Acción directa de inconstitucionalidad (ADI) 1.480-3, medida liminar, *Informativo do STF*, Brasilia, Assessoria do STF, núm. 48, 1996, y *Habeas corpus* (HC) 76.561-3, *Diario Oficial* de 2.2.2001. Ementário núm. 2017-2.

⁵⁶ Artículo 23: “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”.

⁵⁷ Artículo 46: “En el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas; y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos”.

⁵⁸ En este caso se regula el acceso a la vía internacional. El artículo 205 de la Constitución resuelve: “Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los

e igualmente se ha previsto —que es el caso de Colombia—⁵⁹ la interpretación de las normas sobre derechos y libertades conforme a los instrumentos internacionales y la tutela, con medios judiciales de derecho interno,⁶⁰ de derechos internacionalmente reconocidos. Algunos más todavía no han resuelto el punto, que se halla sujeto a consideración parlamentaria: tal es el caso de México.⁶¹

derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte”. Asimismo, referencia en el informe nacional de Quiroga León (Perú).

⁵⁹ Artículo 93: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

⁶⁰ El artículo 48 de la Constitución Política de la República de Costa Rica expresa: “Toda persona tiene derecho al recurso de *habeas corpus* para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la República. Ambos recursos serán de competencia de la Sala indicada en el artículo 10”. Los convenios referentes a derechos humanos tienen, con respecto a los restantes actos similares del derecho internacional, un rasgo diferencial: están “destinados a obligar a los Estados parte a cumplirlos dentro de sus respectivas jurisdicciones internas, es decir, a respetar en esas jurisdicciones los derechos que los mismos tratados reconocen directamente a los hombres que forman la población de tales Estados”. Bidart Campos, Germán J., “El artículo 75, inciso 22, de la Constitución nacional”, en Varios, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos...*, cit., nota 60, p. 78. Un sistema de control difuso de la constitucionalidad y de las normas del más alto rango preceptivo lleva a los jueces ordinarios a aplicar la norma internacional por encima de lo que prevengan las disposiciones de menor jerarquía.

⁶¹ El 30 de noviembre de 2001, el Ejecutivo presentó al Congreso de la Unión —primera etapa en el trabajo del Constituyente Permanente, conforme a la legislación mexicana— una iniciativa de adición al artículo 21 de la Constitución Política. Aun cuando el impulso del proyecto provino del interés en ratificar el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, la iniciativa consideró todas las jurisdicciones internacionales creadas por tratados o convenciones ratificados por México. Esto incluiría tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como la Corte Internacional de Justicia (cuyas competencias contenciosas ha reconocido México). El proyecto no corrió con fortuna y fue relevado por un dictamen finalmente aprobado por la Cámara de Senadores, pendiente de consideración por la colegisladora de diputados, que se refiere solamente a la jurisdicción penal. Para una reseña de aquella iniciativa, *cfr.* García Ramírez, *La Corte Penal Internacional*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1a. ed., México, 2002, pp. 132 y ss. Examinó el dictamen de la Cámara de Senadores en el artículo “La propuesta de reforma constitucional sobre la Corte Penal Internacional aprobada por el Senado de la República (14 de diciembre de 2002)” (en prensa).

Costa Rica admite la ejecución de las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el orden interno.⁶² Es evidente que la admisión generalizada de las disposiciones internacionales en esta materia —consecuente con la universalidad de los derechos humanos— contribuiría a la construcción de un sistema procesal penal identificado por cierta comunidad de valores y determinadas protecciones consecuentes, aunque persistiera cierta explicable diversidad que existe en múltiples aspectos del sistema procesal. Así, podría plantearse una convergencia en el doble plano de los principios conectados a derechos humanos y de las instituciones técnicas del enjuiciamiento.⁶³ En los términos descritos —y con las formulaciones o modalidades que pudieran surgir del derecho interno—, muchos Estados partes en tratados internacionales sobre derechos humanos han recibido ya los derechos y garantías estipulados en éstos, para los fines de su justicia nacional.

Hay otros datos “internacionalizantes” —si se me permite la expresión— del proceso penal. A esta categoría pertenecen las numerosas disposiciones que acogen la uniformidad material —así, tipificación de ciertos ilícitos bajo fórmulas internacionales— y la cooperación persecutoria⁶⁴ —provisita de diversas formas—, a la que se añade la ejecución extraterritorial de sentencias condenatorias. El suceso más relevante en este orden es el nuevo proceso penal regulado por el Estatuto de Roma, que significa un esfuerzo de conciliación de sistemas, tradiciones e intereses nacionales o regionales.⁶⁵ Al respecto, existe el precedente de los tribunales para la ex

⁶² En el Convenio de sede entre el gobierno de la República de Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 10 de septiembre de 1981, bajo el epígrafe “Eficacia de las resoluciones”, se previene: “Las resoluciones de la Corte y, en su caso, de su Presidente, una vez comunicadas a las autoridades administrativas o judiciales correspondientes de la República, tendrán la misma fuerza ejecutiva y ejecutoria que las dictadas por los tribunales costarricenses”.

⁶³ En este orden de tareas, *cf.* Schöne, Wolfgang, “El desarrollo de Reglas mínimas para la administración de la justicia penal (Informe del Secretario General)”, en “Primer Seminario Internacional de Derecho Penal (1997). Memoria”, en *Revista de Política Criminal y Ciencias Sociales*, agosto 1999, núm. especial 1, pp. 201 y ss.

⁶⁴ *Cfr.* Vervaele, John A. E., “Integración y proceso penal: el Ministerio Fiscal Europeo y las órdenes de detención en el espacio judicial europeo. ¿Protección eficaz de los intereses comunitarios o el inicio de un derecho procesal penal europeo?”, en Moreno Hernández (coord.), *Globalización e internacionalización...*, *cit.*, nota 27, pp. 267 y ss.

⁶⁵ William A. Schabas comenta que los principios generales del derecho penal contenidos en el Estatuto de Roma constituyen “un fascinante experimento de derecho comparado internacional”, que toma elementos de los más diversos sistemas jurídicos. *An*

Yugoslavia y Ruanda. Estas jurisdicciones trajeron consigo una articulación procesal de diversos Estados, tomando en cuenta la naturaleza vinculante de las resoluciones del Consejo de Seguridad, instancia que estableció ambos tribunales.⁶⁶

La vigencia del Estatuto de Roma, del que son partes cerca de cien Estados —entre ellos España, Canadá y la mayoría de los latinoamericanos; no Estados Unidos, que han mantenido una posición profundamente desfavorable— implica la adecuación del orden jurídico interno, con o sin reforma constitucional. Ese laborioso ajuste se realiza, en general, a través de las denominadas “leyes de implementación”, que recogen normas procesales propias y distintas —en ocasiones, también distantes— de los preceptos ordinarios del proceso penal nacional. De esta forma se instituye un “doble sistema procesal”: el ordinario, para la inmensa mayoría de los casos, y el “especial o auxiliar internacional”, de carácter más bien excep-

introduction to the International Criminal Court, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, p. 71. Cfr. Ambos, Kai, “La nueva Corte Penal Internacional. El difícil equilibrio entre una eficiente persecución penal y la *Realpolitik*”, en *Nuevo derecho penal internacional*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2002, pp. 223 y ss.

⁶⁶ Examinó la jurisdicción penal internacional en mi monografía *La Corte Penal Internacional*, cit., nota 61. En España y América Latina ha aparecido una copiosa bibliografía sobre esta materia, de autores hispanoamericanos o de otros países, traducida al castellano. Cfr., sólo por ejemplo, las siguientes obras (varias de las cuales he citado en este trabajo): Carrillo Salcedo, Juan Antonio (coord.), *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000; González Gálvez, Sergio, *La Corte Penal Internacional, el uso de las armas convencionales en caso de conflicto armado y la injerencia con fines humanitarios. Tres temas básicos del derecho humanitario*, México, Secretaría de la Defensa Nacional-Universidad de Nuevo León, 2000; Anello, Carolina Susana, *Corte Penal Internacional creada por el Estatuto de Roma (17/7/98)*, Buenos Aires, Universidad, 2003; Ibarra Romo, Mauricio (comp.), *La soberanía de los Estados y la Corte Penal Internacional. Memoria del Foro Internacional*, México, LIV Legislatura del Estado de México-Comisión de Derechos Humanos del Estado de México-Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2002; Corcuera Cabezut, Santiago, y Guevara B., José Antonio (comps.), *Justicia penal internacional*, México, Universidad Iberoamericana, 2001; Guevara B., José A., y Valdés Riveroll, Mariana (comps.), *La Corte Internacional (Ensayos para la ratificación e implementación de su Estatuto)*, México, Universidad Iberoamericana-Secretaría de Relaciones Exteriores, 2002; Comisión Andina de Juristas, *La Corte Penal Internacional y los Países Andinos*, Lima, 2001; Ambos, Kai, y Guerrero Peralta, Óscar Julián (comps.), *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999; y Ambos, Kai, *Nuevo derecho penal internacional*, cit., nota 65.

cional —en función del principio de complementariedad⁶⁷ de la jurisdicción internacional—, que sirve a los actos de colaboración del Estado con la Corte Penal Internacional.

Es altamente probable, en mi concepto, que por lo menos algunos aspectos del sistema especial acaben por ingresar al ordinario. No es infrecuente este fenómeno en el marco de los sistemas internos, a veces con buenos resultados y en ocasiones con malas consecuencias. En algunos extremos, la regulación internacional provee suficientes garantías; en otros, pudiera significar la reducción o la “flexibilización” de garantías existentes en el derecho local; así, por ejemplo, en hipótesis de defensa, libertad provisional, entrega de delincuentes —gobernada tanto por el derecho nacional como por el internacional convencional— e inmunidad de funcionarios, y desde luego, *ne bis in idem*.⁶⁸

IV. CONEXIÓN CON EL SISTEMA POLÍTICO-JURÍDICO, EN GENERAL, Y CON EL SISTEMA PENAL, EN PARTICULAR. LA REFORMA PROCESAL

El examen del proceso penal lleva de la mano a la consideración sobre el sistema político-jurídico, en general, y acerca del sistema penal⁶⁹ o de la justicia penal —como se prefiera—, en particular,⁷⁰ dado que “todo siste-

⁶⁷ Alcaide Fernández, Joaquín, “La complementariedad de la Corte Penal Internacional y de los tribunales nacionales: ¿tiempos de ingeniería jurisdiccional?”, en Carrillo Salcedo (coord.), *La criminalización...*, *cit.*, nota 66, pp. 383 y ss.; Bergsmo, Morten, “El régimen de la competencia de la Corte Penal Internacional (parte II, artículos 11 a 19)”, en Ambos y Guerrero (comps.), *El Estatuto de Roma...*, *cit.*, nota 66, pp. 202 y ss., y Anello, *Corte Penal...*, *cit.*, nota 66, pp. 42 y ss.

⁶⁸ *Cfr.* Comisión Andina de Juristas, *La Corte Penal Internacional...*, *cit.*, nota 66, pp. 151 y ss.

⁶⁹ Zaffaroni entiende por sistema penal al “control social punitivo institucionalizado”. En este concepto se abarca “la consideración de todas las reducciones del espacio social que cumplen una función punitiva o que sospechamos que pueden cumplirla, aunque el discurso justificativo sea terapéutico, educativo, asistencial, etcétera”, “Documento de discusión para el Seminario de San José (11 al 15 de julio de 1983), redactado por el coordinador, profesor Eugenio R. Zaffaroni”, en Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (Primer Informe)*, Buenos Aires, Depalma, 1984, pp. 7 y 8.

⁷⁰ *Cfr.* Maier, Julio B. J., “Democracia y administración de justicia penal en Iberoamérica. Los proyectos para la reforma del sistema penal”, en Varios, *Reformas procesales en América Latina: la oralidad en los procesos*, CPU, Santiago de Chile, 1993, pp. 25 y ss.

ma procesal es un producto cultural determinado por las condiciones histórico-políticas que imperan en la comunidad jurídica que lo adopta”.⁷¹ Esta reflexión, que puede y debe conducir todos los ejercicios de reforma —que son, a veces, cirugía mayor en el régimen de las libertades—, debe practicarse en el doble plano histórico y actual —es decir, genético y comparativo— para que rinda sus mejores frutos. No siempre lo hemos hecho. Movidos por el apremio de una circunstancia, en ocasiones dejamos de lado la lección que suministra la historia y corremos el riesgo —que observo en el horizonte del enjuiciamiento penal, cada vez más— de repetirla en sus extremos más inquietantes.⁷²

Convengamos en que se ha caminado en la construcción de una nueva realidad democrática en muchos países. De las cenizas de la Segunda Guerra provino una enérgica reclamación democrática que exalta los derechos humanos y constituye su indispensable circunstancia. Esta reclamación ha prosperado y perdurado, oscilante, a lo largo de medio siglo. No me detendré ahora en la reflexión sobre la entidad de esa democracia y sus posibles manifestaciones. Hay quienes concentran la democracia en la vida política y prescindan de lo que se ha llamado —con o sin propósito peyorativo— una democracia “con calificativos”.⁷³ Y también hay quienes suponen que sólo una democracia “calificada” recoge y refleja las necesidades y las

⁷¹ Gadea (Costa Rica).

⁷² *Cfr.* mi planteamiento en “Panorama de la justicia penal”, en Varios, *La ciencia del derecho durante el siglo XX*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 755 y ss. Olga Islas de González Mariscal examina algunos abusos y excesos de la nueva regulación penal, y en seguida comenta: “El pretexto para estos abusos de poder es que la criminalidad crece, se organiza, está mejor pertrechada y tiene poder económico para corromper. Se avizora un derecho penal máximo, en vez de uno mínimo. El legislador crea nuevos tipos penales, amplía los ya existentes y eleva irracionalmente las punibilidades. En ocasiones, las leyes se vuelven menos precisas para dificultar la delimitación de lo punible. Se contraría así el principio de certeza, con la finalidad de que el Poder Ejecutivo (Ministerio Público) actúe más libremente. Ante este porvenir, ¿cuál es el destino del Estado de derecho democrático?”. “El desarrollo del derecho penal mexicano en el siglo XX”, en *id.*, p. 812.

⁷³ La democracia se construye a partir de la respuesta que se ofrezca a dos preguntas radicales, que menciona Bobbio: “quién está autorizado para tomar las decisiones colectivas” y “bajo qué procedimientos”. *El futuro de la democracia*, trad. José F. Fernández Santillán, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1977, pp. 24 y 25. La democracia sin adjetivos es la democracia política, sostiene Sartori, Giovanni, *cfr.* *¿Qué es la democracia?*, trad. Miguel Ángel González Rodríguez, México, Tribunal Federal Electoral-Instituto Federal Electoral, 1993, p. 8.

expectativas de las personas, que son algo más que ciudadanos.⁷⁴ Obviamente, este debate trasciende los límites de mi trabajo.

Para los fines de esta exposición, baste con reconocer que bajo cualquiera de esas perspectivas la democracia demanda cierto sistema penal y un tipo de proceso —o unos tipos de proceso—, que la expresen y correspondan:⁷⁵ el garantismo sería su signo característico.⁷⁶ En este último sentido, es preciso tomar en cuenta el criterio de la jurisprudencia interamericana sobre las conexiones entre derechos, libertades, garantías y democracia: “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 triada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros”.⁷⁷

La racionalidad y humanización del sistema, la legitimidad de los órganos que tienen a su cargo la función penal y del procedimiento que ante ellos se sigue, la provisión de libertades y garantías con ese motivo, son otros tantos puntos de encuentro entre el sistema político-jurídico de talante democrático y el proceso penal que responde a éste, como reflejaría el espejo la figura que tuviera al frente. Es así que los nuevos tiempos de la democracia han determinado el sistema penal y, en éste, las características del proceso penal: al menos, del proceso pensado y legislado en varios países de nuestra región.⁷⁸ Textos de la presente hora han recogido expre-

⁷⁴ Cfr. mi exposición en “La jurisdicción y los valores de la democracia”, en *Estudios jurídicos, cit.*, nota 49, pp. 83 y ss.

⁷⁵ Bertolino (Argentina), citando a Julio J. B. Maier (*Derecho procesal penal*, 2a. ed., Buenos Aires, Fundamentos del Puerto, 1999, I, p. 399), observa la influencia que la ideología liberal y republicana —acogida por la Constitución argentina— ha ejercido sobre el derecho procesal penal.

⁷⁶ El derecho y el proceso penal “constituyen instrumentos o condiciones de democracia”; esta caracterización no mira tanto hacia la “dimensión política de la democracia, la cual se expresa en el principio de las mayorías, sino a aquella sustancial que se expresa en la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos, de sus intereses materiales primarios”. Ferrajoli, Luigi, “Justicia penal y democracia. El contexto extraprocesal”, en *Capítulo criminológico*, 16, 1988, p. 3.

⁷⁷ CIDH, *El habeas corpus bajo suspensión de garantías (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A, núm. 8, párr. 26.

⁷⁸ Al respecto, la nueva legislación penal colombiana (comunicación de Vásquez Rivera y Jiménez Jaramillo, Colombia), del año 2000, contiene declaraciones muy expresi-

samente la necesidad de adecuarse al “modelo constitucional”,⁷⁹ y los tribunales han asumido esa misma preocupación,⁸⁰ no obstante las vacilaciones, contradicciones e inconsecuencias que pudieran persistir en esta materia, tan reacia al progreso.

Desde luego, no operan en soledad los mejores textos procesales, como tampoco los constitucionales que se hallan en la razón finalista de aquéllos. Unos y otros —y en definitiva todo el orden jurídico— obedecen a la conocida fórmula orteguiana: son ellos y su circunstancia. El contexto en el que operan los aplicadores de la ley —y estos mismos, que son, a su

vas. El artículo 2o. del Código Penal establece: “El derecho penal tendrá como fundamento la dignidad humana”, y el 1 del Código de Procedimiento Penal: “... Todos los intervinientes en el proceso penal serán tratados con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”. Conviene tomar en cuenta, con respecto a las referencias hechas a la legislación colombiana, que existe un acto legislativo 003 del 19 de diciembre de 2002, que reforma la legislación procesal de 2000 y deberá ser implementado gradualmente en los distritos judiciales a partir del 1 de enero de 2005. Estará en vigencia plena a más tardar el 31 de diciembre de 2008. Tavolari (Chile): en este país se lleva adelante una amplia reforma a partir de diciembre de 2000, con el nuevo Código Procesal Penal, cuya vigencia plena —mediante la sucesiva aplicación a las regiones de Chile— deberá alcanzarse en diciembre de 2004. Las referencias del profesor Tavolari al sistema chileno, recogidas en este trabajo, corresponden a ese nuevo ordenamiento, que el propio ponente nacional —corredactor del proyecto— ha examinado en su relación al XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal (1997), publicada con el título “Los principios del proceso penal en el proyecto de nuevo Código Procesal Penal chileno”, y en la obra de Tavolari *El proceso en acción*, Valparaíso, Libromar, 2000, pp. 557 y ss. Este trabajo aparece en (Memoria del) *XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal* (5-9 de mayo de 1997), México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 483 y ss. Sobre el proceso de vigencia del Código Procesal Penal chileno, *cfr.*, asimismo, Baytelman, Andrés, y Duce, Mauricio, *Evaluación de la reforma procesal penal. Estado de una reforma en marcha*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas-Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago (Chile), 2003, pp. 33 y ss. De Duce, *cfr.* “La reforma procesal penal en Chile, ¿buenas noticias para los derechos del imputado?”, en Varios, *Reformas a la justicia penal...*, *cit.*, nota 32, pp. 241 y ss. En esta misma obra, Ruz-Donozo, Loreto, y Blanco Suárez, Rafael, *La reforma al sistema de enjuiciamiento criminal en Chile*, pp. 193 y ss. En torno a antecedentes y significado de la reforma chilena, *cfr.* Duce J., Mauricio, y Riego R. Cristián, *Introducción al nuevo sistema procesal penal*, Santiago, Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho, vol. I, pp. 67 y ss.

⁷⁹ Assis Moura (Brasil): en el Congreso Nacional se examina una propuesta de amplia reforma penal, procesal y ejecutiva en materia penal, que permita superar las soluciones contenidas en la legislación vigente —reformada en diversos momentos— que data de la década de los cuarenta.

⁸⁰ Bertolino (Argentina).

turno, contexto de la norma aplicable— resuelve en definitiva la suerte que corren, que es la suerte misma de los justiciables. Debo recordar aquí a Calamandrei, cuando describía los entretelones del constitucionalismo: es necesario que “detrás de la Ley Fundamental se encuentre la laboriosa presencia de las costumbres democráticas con las que se pretenda y se sepa traducirla, día a día, en una concreta, razonada y razonable realidad”.⁸¹ Otro tanto, acaso más intensamente, se puede decir del proceso democrático: ¿cómo lo habría si los usos del poder conspiran en contra y las resistencias de la sociedad no actúan a tiempo y con fuerza? En definitiva, “cuando hablamos de reforma (procesal), hacemos una apuesta al cambio cultural”.⁸²

Todo lo anterior supone cierta convicción sobre el papel que el orden penal cumple en la vida social, es decir, acerca de la calidad y la intensidad del control que ese orden representa y suministra. En la mejor doctrina y en la mejor legislación —trasladadas a una práctica no siempre dócil— el sistema penal constituye un último recurso, que no debiera adelantarse ni extremarse. “*Jure est civiliter utendum*: en la selección de los recursos propios del Estado —ha dicho Maurach con una expresión que hoy no se podría refutar—, el derecho penal debe representar la *última ratio legis*”.⁸³ El “principio de la intervención mínima se ha colocado en el centro de la tensión entre Estado democrático y Estado social, desplegando en la legislación penal contemporánea una función casi catárquica”.⁸⁴ En suma, se trata de moderar, retraer, seleccionar con escrúpulo desgano el control so-

⁸¹ *Proceso y democracia* (conferencias pronunciadas en la Facultad de Derecho de la UNAM), trad. Héctor Fix-Zamudio, EJEA, Buenos Aires, 1960, p. 56. En italiano, *Processo e democrazia* (Conferenze tenute alla Facoltà di Diritto dell' Università Nazionale del Messico), CEDAM, Padova, 1954.

⁸² Almirón (Paraguay). Sobre la contradicción entre el discurso principista y su realización en Iberoamérica, considerando las fuertes resistencias que se oponen a una verdadera reforma, *cfr.* Maier, “Democracia y administración de justicia...”, en Varios, *Reformas procesales...*, *cit.*, nota 70, pp. 35 y ss.

⁸³ Por ser el derecho penal la *ultima ratio legis*, ha de “encontrarse en último lugar y entrar sólo en liza cuando resulta indispensable para el mantenimiento del orden público”. Por el contrario, la “hipertrofia cualitativa” del derecho penal constituye un rasgo del Estado totalitario. Maurach, Reinhart, *Tratado de derecho penal*, trad. Juan Córdoba Roda, Barcelona, Ariel, 1962, t. I, pp. 31 y 32.

⁸⁴ García Rivas, Nicolás, *El poder punitivo en el Estado democrático*, Cuenca, Universidad de Castilla La Mancha, 1996, p. 53.

cial punitivo: poner en su sitio —que lo es a la zaga— al código penal y, en general, al sistema penal.⁸⁵

Por lo pronto, sabemos que los pasos de la democracia no son irreversibles y que el discurso democrático puede contener alegatos desconcertantes, o por lo menos equívocos, que se trasladarían —y quizás se han trasladado— al ámbito del proceso. Esto se puede traducir como flexibilidad en el régimen general de garantías —que la jurisprudencia interamericana ha procurado contener—, o como introducción de procedimientos o categorías especiales menos exigentes o escrupulosos en la observancia del debido proceso. Sobre este punto, que hoy reviste máxima importancia, volveré adelante.

El proceso penal tiene, como el sistema penal entero, raíces muy profundas y herencias inestimables en el derecho de la Ilustración. Es beneficiario del humanismo beccariano⁸⁶ y de las corrientes de reforma que tienen un punto de arranque —sólo para encontrar alguna referencia histórica— en el breve tratado *De los delitos y de las penas*, que gravitó sobre el constitucionalismo revolucionario.⁸⁷ En esa tierra está su simiente liberal y

⁸⁵ Reitero “lo dicho en otras oportunidades, que tanto desagradó a ciertos funcionarios: no se gobierna a un país con el Código Penal en la mano”. García Ramírez, “Racionalidad en el sistema penal”, *Temas de México*, Asociación Nacional de Abogados, México, s/f, p. 239. Afortunadamente, no he usado esta expresión —y esta convicción— sólo en tareas académicas o periodísticas. Durante mi comparecencia como procurador general de la República ante la Cámara de Senadores, el 27 de diciembre de 1982 —dos décadas atrás—, para presentar diversas iniciativas de reforma penal enviadas a ese órgano por el Ejecutivo, señalé: “estoy consciente de que a un país no se le gobierna con el derecho penal; de que en una comunidad democrática, que actúe con lucidez y se empeñe en el progreso, la sanción es, ha de ser, solamente el último recurso de control social, nunca el primero; de que otras acciones, preventivas, oportunas, harán por México mucho más que estas normas punitivas. Confío en que la amenaza de la pena no sea —porque no podría ni debería serlo— el factor que conduzca nuestro comportamiento”. “La reforma jurídica y la administración de justicia. I”, en *Discursos de política y justicia*, México, Instituto Mexicano de Cultura, 1988, p. 61.

⁸⁶ *Cfr.* mi estudio introductorio “Beccaria: el hombre, la circunstancia, la obra”, a Beccaria, César, *De los delitos y de las penas*, trad. Juan Antonio de las Casas, México, Fondo de Cultura Económica, ed. facsimilar sobre la edición príncipe de 1764, 2000, pp. 80 y ss.

⁸⁷ *Cfr.* García Ramírez, “César Beccaria y la Declaración de Derechos de 1789”, en Varios, *Bicentenario de la Revolución Francesa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991, pp. 95 y ss. Este trabajo se reproduce en mis *Estudios jurídicos*, *cit.*, nota 49, pp. 447 y ss.

humanista, que fue también humanizadora en cuanto removió el aparato autoritario del secreto y el tormento.⁸⁸

A esa herencia política se sumaría, un siglo adelante, la tensión criminológica: otra herencia política, con acento en los factores generales e individuales del crimen y en las expresiones procesales de ese acento: el proceso como debate antropológico,⁸⁹ el énfasis en la temibilidad del infractor, la apertura hacia un derecho penal de autor y los consiguientes deslices autoritarios, que fueron razonablemente sorteados. La tercera y la cuarta décadas del siglo XX —a ciento cincuenta años de las primeras reformas penales ilustradas— mostraron la fragilidad del progreso democrático y la inestabilidad de las buenas soluciones penales montadas sobre inestables instituciones políticas.

Al cabo de esta larga marcha bicentenaria pareció consolidarse, como concepto, el sistema penal democrático —mejor que derecho penal democrático, por más comprensivo— amparado en la divisa de la intervención mínima del Estado y la expansión de las garantías. Sin embargo, tampoco aquí ha concluido la historia, ni ha marchado siempre por el rumbo anunciado. Esta debiera ser, a mi juicio, la mayor preocupación de los estudiosos, cultivadores y practicantes del proceso penal, por encima de las inquietudes técnicas —el “arte” del procedimiento, ingenio ritual—, salvo aquellas que responden a la búsqueda de libertad y verdad en el proceso y que desembocan naturalmente en la justicia.

El auge de la criminalidad que se observa en muchos países y que abarca tanto la delincuencia tradicional como el crimen evolucionado, la declinación de los métodos no punitivos de control social, el desconcierto —o envejecimiento— de las instituciones encargadas de la seguridad pública y la persecución del delito, la exasperación social que reclama soluciones inmediatas y fulminantes, la reaparición de reales o falsos dilemas —seguridad o derechos humanos, *crime control* o *due process*—,⁹⁰ la respuesta

⁸⁸ Cfr. comentario en “Beccaria: el hombre, la circunstancia, la obra”, en Beccaria, *De los delitos...*, cit., nota 86, pp. 80 y ss. En ésta hay capítulos específicos acerca de “Acusaciones secretas” (pp. 243 y ss.) y “Del tormento” (pp. 246 y ss.).

⁸⁹ Cfr. Ferri, Enrico, *Sociología criminal*, trad. Antonio Soto y Hernández, Madrid, Centro Editorial de Góngora, s/f, t. II, p. 215.

⁹⁰ El debate sobre las opciones se ha manifestado inicialmente en Estados Unidos, como disyuntiva entre *crime control* y *due process*. “De un lado, la eficacia del sistema penal, concebido como sistema de control de la criminalidad ... Por el lado opuesto, las garantías procesales (*due process*) transforman el proceso penal en una carrera de obstáculos

política institucional o providencial, son otros tantos factores en la cuenta desfavorable del proceso penal de signo democrático.⁹¹

Las funciones del proceso se ven cuestionadas por lo que se pudiera denominar el “discurso sobre la seguridad ciudadana”, que propicia “una política criminal, que apunta más a la represión que a la prevención”.⁹² La “línea dura”, exigida por un sector de la sociedad, ha determinado la retirada de derechos y garantías en aras de la sociedad o de la víctima.⁹³ Pero no es posible perder de vista que “en el proceso penal no solamente hablamos de los derechos fundamentales vulnerados por el delincuente sino también de los derechos que a éste le asisten durante el desarrollo del proceso”;⁹⁴ o bien, puesto en otros términos, que en el horizonte de esta “obra en progreso” se halla el objetivo de “asegurar los derechos humanos en el enjuiciamiento penal, tanto para imputados como para víctimas”.⁹⁵ En fin, no se trata de despachar un trámite, “sino de garantizar que no se prive a ningún individuo de la oportuna tutela de sus derechos fundamentales, para que el proceso seguido en su contra concluya con el dictado de una senten-

los”. La “cuestión de las opciones del proceso se refleja en Europa en la oposición entre eficacia en la investigación de las infracciones y de sus autores, y el respeto de los derechos fundamentales de la persona”, aunque también se ha señalado que ambos extremos pueden ser conciliados en una “bipolaridad del proceso penal”. Delmas-Marty, Mireille (dir.), *Procesos penales de Europa (Alemania, Inglaterra y País de Gales, Bélgica, Francia, Italia)*, trad. Pablo Morenilla Allard, Ed. Eijus, Zaragoza (España), 2000, pp. 40-41.

⁹¹ Cfr. García Ramírez, “Reflexiones sobre democracia y justicia penal”, en Arroyo Zapatero, Luis A., y Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*, Ed. de la Universidad de Castilla-La Mancha/Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001, vol. I, pp. 300 y 303.

⁹² Bertolino (Argentina).

⁹³ En Estados Unidos, la Suprema Corte de Justicia “ha presidido la desarticulación parcial de las restricciones constitucionales desarrolladas en los años sesenta. Al hacerlo, la Corte respondió al sentimiento generalizado de que algunas restricciones expresadas en disposiciones muy específicas habían limitado la aplicación de la ley, favoreciendo indebidamente al acusado penal a expensas de la víctima ... la retirada en Estados Unidos fue un reflejo de la creencia generalizada a nivel popular acerca de la necesidad de adoptar una ‘línea dura’ para enfrentar la delincuencia”. Damaska, Mirjan, “Aspectos globales de la reforma del proceso penal”, en Varios, *Reformas a la justicia penal...*, cit., nota 32, pp. 42-43. Acerca de las presentaciones en la Conferencia sobre Reformas a la Justicia Penal en Las Américas (17-20 de noviembre de 1998), a las que corresponden el trabajo de Damaska y otros mencionados en este panorama, cfr. Cassel, Douglass, “Resumen ejecutivo”, en *id.*, pp. 21 y ss.

⁹⁴ Quiroga León (Perú).

⁹⁵ Bertolino (Argentina).

cia fundada y en fiel cumplimiento de los principios supremos que así lo exigen en un Estado de derecho”.⁹⁶

En nuestro tiempo, el enjuiciamiento penal suscita preocupaciones derivadas de la lucha contra formas de criminalidad sumamente lesivas o peligrosas, como el terrorismo, el narcotráfico y otras que se inscriben bajo el rótulo de la delincuencia organizada. Esta ha motivado vigorosas reacciones internacionales, además de enérgicos programas nacionales. No es materia del presente trabajo el estudio de los factores de esas conductas y la propuesta de medios para combatirlas con razonable eficacia. Sea de esto lo que fuere, el hecho es que la tarea persecutoria ha traído consigo, en la especie, formas inquietantes de reducción o modificación de derechos y garantías⁹⁷ que han aparecido en algunos países⁹⁸ y que, de proliferar, generarían un nuevo sistema de enjuiciamiento (y acaso un sistema punitivo material diferente del integrado en la corriente liberal y democrática). Se habla, inclusive, de una “suspensión individual o particular de garantías”.⁹⁹

⁹⁶ Gadea (Costa Rica), quien recoge esta expresión de Houed, Mario, y otros, *Proceso penal y derechos fundamentales*, 1a. ed., San José, Escuela del Poder Judicial, 1997.

⁹⁷ La “necesidad (verdadera o supuesta) de responder a los resplandores o a los... sueños de la criminalidad” revela que la “marcha atrás (se refiere a la ley inglesa de 1994), en materia de garantías seculares como el derecho al silencio, es posible a un nivel más general”. La alusión corresponde a las nuevas secciones 34-37 de la *Criminal Justice and Public Order Act*. 1994, que limita el derecho a guardar silencio y obliga a la policía a informar al indiciado que su silencio podría perjudicar su defensa. *Cfr.* Delmas Marty (dir.), *Procesos penales...*, *cit.*, nota 90, pp. 182 y 601, respectivamente.

⁹⁸ *Cfr.*, por lo que respecta a Italia, Francia y Alemania, Amodio, *Processo penale...*, *cit.*, nota 34, pp. 44 y ss.

⁹⁹ Así, en torno al artículo 55.2 de la Constitución española, que surgió sin referentes en derecho comparado y fue aprobada dentro de una serie de normas sustentadas por acuerdos extraparlamentarios destinados a facilitar la nueva Constitución. *Cfr.* Remotti Carbonell, José Carlos, *Constitución y medidas contra el terrorismo. La suspensión individual de derechos y garantías*, COLEX, Madrid, 1999, pp. 113-114 y 181. Tuvo precedente interno en el Decreto-Ley 10/1975, de 26 de agosto de 1975, en el que la suspensión de derechos no tenía carácter general y territorial, sino individual, relacionada con investigaciones en materia de terrorismo. *Id.*, p. 87. La norma constitucional citada previene: “Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes”.

SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO Y ÓRGANOS DE ACUSACIÓN 27

Estas suspensiones particulares han aparecido en países con ejemplar desarrollo democrático, sin experiencias recientes en cuanto a suspensión amplia o general de garantías.¹⁰⁰ En fin de cuentas, el combate al terrorismo —se indica en una ponencia nacional— “significó también severas e irregulares modificaciones en materia procesal penal”.¹⁰¹ En otro caso se hace ver que si bien algunos procesos contra inculpados de terrorismo se han realizado conforme al debido proceso legal,¹⁰² en otros se ha abandonado este régimen¹⁰³ o se han remitido los asuntos a tribunales militares que llevan adelante el enjuiciamiento sin observancia de las garantías ordinarias.¹⁰⁴ En ocasiones, los procedimientos correspondientes implican modificaciones en plazos procesales.¹⁰⁵

Estas medidas —así las generales como las individualizadas— demandan un sustento determinante: el poder de razones abrumadoras, que hagan indispensable —no sólo conveniente— la supresión de los derechos trabajosamente conquistados. Y en todo caso su justificación no puede ser otra —bajo un sistema democrático— que la preservación de la democracia amenazada,¹⁰⁶ jamás la introducción o el afianzamiento del autoritarismo.

¹⁰⁰ Así, en España. Cfr. Freixes Sanjuán, Teresa, “La Constitución y el sistema de derechos fundamentales y libertades públicas”, en Varios, *Administraciones públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX aniversario de la Constitución española de 1978*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1988, p. 165.

¹⁰¹ Cfr. Quiroga León (Perú). “La consecuencia de este endurecimiento del proceso penal en materia de los delitos antes mencionados (terrorismo y tráfico ilícito de drogas) —señala— ha sido la deslegitimación del proceso de pacificación nacional”.

¹⁰² Cassel (Estados Unidos) menciona el caso *US v. Yousef* (2nd Cir. 2003).

¹⁰³ Cassel (Estados Unidos) se refiere al caso *Odah v. U.S.* (D.C. Cir. 2003).

¹⁰⁴ Así —señala Cassel (Estados Unidos)— conforme a la *Military Order of Nov. 2001, Detention, treatment and Trial of Non-Citizens in the War against Terrorism*, 66 Fed. Reg. 57833 (Nov. 16, 2001); U.S. Dept. of Defense, Military Commission Order núm. 1, Mar. 21, 2002. Cfr. mi comentario a este ordenamiento sustantivo y procesal en García Ramírez, “Consideraciones sobre terrorismo”, en De Olloqui, José Juan (coord.), *Problemas jurídicos y políticos del terrorismo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, esp. pp. 113 y ss.

¹⁰⁵ Gadea (Costa Rica).

¹⁰⁶ Considérese, por supuesto, la severa observación de Kelsen, que previene sobre enormes peligros, acerca de los cuales hay abundante experiencia histórica: la emergencia habilita al Estado para “violiar ... los derechos bien adquiridos, invadir la esfera de libertad de sus súbditos, incluso sin base legal, privarles de su propiedad, aun destruirla”; más todavía: el estado de necesidad “justifica toda infracción del orden jurídico y de la misma Constitución por parte de los órganos estatales, especialmente por parte del jefe de Estado”. *Teoría del Estado*, trad. Luis Legaz Lacambra, México, Ed. Nacional,

Cierto que lo que pudiera calificarse como “excesivo proteccionismo” no debe colocar a la sociedad en insuperable predicamento, pero también cierto que no debiéramos echar mano de medidas que destruyan la democracia bajo el lema de protegerla.¹⁰⁷

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre este punto. Tomó nota de los alegatos del Estado acerca del terrorismo, “que conduce a una escalada de violencia en detrimento de los derechos humanos” y advirtió, igualmente, que no se pueden invocar circunstancias excepcionales en menoscabo de los derechos humanos. Ninguna disposición de la Convención Americana ha de interpretarse en el sentido de permitir, sea a los Estados parte, sea a cualquier grupo o persona, suprimir el goce o ejercicio de los derechos consagrados, o limitarlos, en mayor medida que la prevista en ella (artículo 29.b).¹⁰⁸ Dicho precepto tiene raíces en la propia Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 30).¹⁰⁹ En otro caso, el mismo tribunal manifestó, “como lo ha hecho en ocasiones anteriores, 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”, y declaró: “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”.¹¹⁰

1954, p. 206. La suspensión no es discrecional, ilimitada o indiscriminada: Pacto Internacional, artículo 4, y Convención Americana, artículo 27. La CorteIDH se ha pronunciado sobre los extremos de la suspensión, sus características y condiciones. *Cfr.* CIDH, *El habeas corpus bajo suspensión de garantías...*, *Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987*, *cit.*, nota 25, párrs. 19 y ss.

¹⁰⁷ *Cfr.* Remotti Carbonell, *Constitución y medidas...*, *cit.*, nota 99, p. 145. El Consejo de Europa advirtió que las estrategias contra el terrorismo, que buscan preservar las instituciones democráticas, deben ser compatibles con éstas y respetuosas de las Constituciones nacionales y del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Recomendación 8, de la 852 [1979], Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa). *Cfr.* Martín Pallín, José Antonio, “Terrorismo y represión penal. Reflexiones desde la experiencia española”, en García Sayán, Diego (ed.), *Poder Judicial y democracia*, Comisión Andina de Juristas/Centro para la Independencia de Jueces y Abogados, Lima, 1991, pp. 239-240.

¹⁰⁸ Convención Europea, artículo 17; Pacto Internacional, artículo 5.1; Carta Africana, artículo 45.3.

¹⁰⁹ CIDH, *Caso Loayza Tamayo*, *Sentencia de 17 de septiembre de 1997*. Serie C, núm. 33, párr. 44.

¹¹⁰ CIDH, *Caso Castillo Petruzzi*, *Sentencia de 30 de mayo de 1999*. Serie C, núm. 52, párr. 89. En la misma resolución, la Corte afirmó: “está más allá de toda duda que el

El tema ha interesado ampliamente al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que lo aborda en casos notables: *Lawless, Irlanda, Klass y Aksov*, siempre bajo el concepto de que los poderes gubernamentales ordinarios son insuficientes para enfrentar el peligro y superar una grave amenaza para la vida de la comunidad.¹¹¹ La configuración de las derogaciones se supedita, inclusive, al denominado “test de los límites a los derechos”,¹¹² que es igualmente —en la otra cara de la medalla— un test sobre la persistencia de la democracia.

Hay diagnósticos puntuales del cambio que se produce cuando cierta delincuencia violenta conmueve la sensibilidad pública y propicia reacciones favorables a “la implantación de todo género de medidas represivas encaminadas a la supresión o restricción de las libertades fundamentales de la totalidad de los ciudadanos”; esto “deteriora la ética individual y la moral social” y permite al gobernante “solicitar guiños de complicidad” para el empleo de tratos crueles, inhumanos o degradantes; aceleradamente “van cayendo, a impulsos legislativos, gran número de libertades que

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 ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento 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”. *Id.*, párr. 204.

¹¹¹ *Caso Lawless v. el Gobierno de Irlanda* (suspensión de derechos en materia de terrorismo), sentencia de 1 de julio de 1961; *Caso Irlanda v. Reino Unido* (suspensión de derecho a la libertad por causa de terrorismo), sentencia del 18 de enero de 1978; *Caso Klass y otros v. República Federal Alemana* (intervención de las comunicaciones), sentencia del 6 de septiembre de 1978; y *Caso Aksov v. Turquía*, sentencia del 18 de diciembre de 1996. *Cit.* Remotti Carbonell, *Constitución y medidas...*, *cit.*, nota 99, pp. 142-143, núms. 216-218.

¹¹² Los límites para la suspensión de derechos implican que aquéllos sean: “Necesarios en una sociedad democrática para la defensa de la seguridad nacional, la defensa del orden o la prevención de infracciones penales. Proporcionales a la causa legítima que lo(s) origina, a la naturaleza del derecho que se afecta, así como a la finalidad social que se persigue”. *Id.*, p. 186. Sobre las características y los límites de la potestad de adoptar medidas en el estado de excepción, *cf.*, asimismo, Bernal B., Enrique, “Situación y mecanismos de protección de los derechos humanos”, en Varios, *Los derechos humanos y la agenda del Tercer Milenio. XX Jornadas “J. M. Domínguez Escovar” en homenaje a la memoria del R. P. Dr. Fernando Pérez-Llantada (S. J.)*, Barquisimeto, Tribuna Jurídica de Venezuela-Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara-Universidad Centro Occidental Lisandro Alvarado-Universidad Católica Andrés Bello-Universidad Central de Venezuela-Corte Suprema de Justicia, Barquisimeto, s/f, pp. 368-369.

son la razón de ser del Estado democrático”; finalmente, surgen “sistemas duales en la respuesta penal a los conflictos sociales”.¹¹³ Con ello queda devastado el diseño democrático de los sistemas sustantivo y procesal.¹¹⁴ No se trata de una posibilidad, sino de un hecho bien observado y no siempre suficientemente denunciado.

El proceso, que se vio iluminado por los progresos constitucionales, haría, en su momento, el viaje de retorno: pretendería contribuir al saneamiento de las instituciones republicanas,¹¹⁵ en una operación de “manos limpias” encauzada —como algún autor ha dicho— al “control de la virtud”.¹¹⁶ Esta actividad, que culmina en el activismo, posee ventajas y desventajas, ambas considerables. Habrá que formular el juicio a la vista de las condiciones que en cada caso se presenten y de los resultados que en cada uno se obtengan. La participación en el rumbo de la nave,¹¹⁷ bien conocida en cuestiones constitucionales, puede interesar igualmente al proceso punitivo. En fin de cuentas, cada revolución ha instituido, para empezar, una “justicia penal revolucionaria”.

En estos años se ha caminado, cada vez más, en la dirección del sistema procesal acusatorio,¹¹⁸ que ha ganado la batalla al inquisitivo con la salve-

¹¹³ Martín Pallín, José Antonio, “Terrorismo y represión...”, en García Sayán (ed.), *Poder Judicial...*, *cit.*, nota 107, pp. 237-237 y 246. El autor, que fue magistrado del Tribunal Supremo de España, concluye: “Es necesario que los sectores garantistas no cedan ante la presión insoportable de la barbarie terrorista”. *Idem*, p. 247. Otro autor, César San Martín Castro, escribe: “La democracia fija determinadas reglas de juego en el combate contra el crimen y a ellas debemos atenernos si queremos legitimarnos”. “Terrorismo y represión penal. Reflexiones sobre la experiencia peruana”, en *id.*, p. 262.

¹¹⁴ *Cfr.* la descripción que hace San Martín Castro de las implicaciones que la lucha antiterrorista produjo en los planos penal y procesal, “Terrorismo y represión penal...”, en García Sayán (ed.), *Poder Judicial...*, *cit.*, nota 107, pp. 258-262.

¹¹⁵ *Cfr.* Morisi, Massimo, “Giurisdizione e politica antiche domande sull’onda del caso italiano”, en Institut de Ciencies Politiques i Socials, *Working Papers*, Barcelona, 1994, núm. 95, p. 4.

¹¹⁶ *Cfr.* Pizzorno, Alesandro, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtu*, Roma, Laterza, 1998, p. 13.

¹¹⁷ Una tentación que puede aparecer en la jurisprudencia constitucional, pero también en la penal, como se ha visto a menudo. Me referí a aquel riesgo en mi libro *Poder Judicial y Ministerio Público*, 2a. ed., México, Porrúa, 1997, pp. 80-81 y 145-146. Al cabo del tiempo pudiera confirmarse ese temor, si se considera el análisis realizado por un tratadista sobre la nueva justicia constitucional mexicana. *Cfr.* Cosío D., José Ramón, “¿Otra imposible tarea?”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* (Madrid), 6, 2002, pp. 648 y ss.

¹¹⁸ Bertolino (Argentina); Tavolari (Chile); Almirón (Paraguay); Assis Moura (Brasil): sin embargo, hay normas secundarias que no se ajustan al modelo acusatorio consti-

SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO Y ÓRGANOS DE ACUSACIÓN 31

dad recurrente de aquellos procedimientos especiales que oscurecen el horizonte al amparo de circunstancias “excepcionales” o situaciones de “alarma general”. Obviamente, no hay sistema puro, y tampoco se reducen los grandes sistemas conocidos al principio único de concentración o distribución de las funciones del proceso. Junto al postulado gobernante —concentración, en el inquisitivo; distribución, en el acusatorio— existe una serie más o menos amplia de consecuencias o acompañamientos naturales, que responden a la orientación política que se halla en la base del enjuiciamiento, mucho más que a una orientación técnica: verticalidad y seguridad, por una parte, y horizontalidad y libertad, por la otra, dicho sea en términos muy generales y ciertamente convencionales.

Es posible que todos los sistemas imperantes contengan elementos inquisitivos y acusatorios, y en este sentido revistan carácter mixto,¹¹⁹ o bien, que representen un estadio de transición entre un sistema mayormente inquisitivo y otro predominantemente acusatorio, como el llamado “garantismo inquisitorio”.¹²⁰ Ahora bien, la línea que hoy prevalece en el pensamiento procesalista y en los proyectos de nuestros días es la acusatoria, tanto en orden a la distribución de las funciones en el proceso, como a la construcción de éste bajo el concepto de que el imputado es sujeto de derechos y beneficiario de garantías, y no apenas proveedor de información y objeto de investigación. Existe, en fin, un componente o un significado “emotivo” en esta dicotomía, que asigna al régimen acusatorio todas las bondades del garantismo, en tanto reserva al inquisitivo la obsesión por la defensa social, con su característico arsenal de medios: ampliación de los poderes de la policía, abuso de la prisión preventiva, restricción del derecho de defensa y secreto de la instrucción.¹²¹

Con el impulso que aportan los cambios en el orden político-constitucional y las nuevas circunstancias nacionales, algunos Estados han emprendido una importante reforma procesal penal, en la que domina el signo acusatorio. En tales casos se amplía el régimen de garantías y se deslinda

tucional: p. ej., valor de pruebas reunidas en la etapa de investigación y escritura como forma de actos procesales.

¹¹⁹ Gadea (Costa Rica).

¹²⁰ Así denomina Amodio al sistema italiano de transición entre la vieja estructura del Código Rocco y el nuevo horizonte garantista. *Cfr.*, de este autor, *Processo penale...*, *cit.*, nota 34, p. 116.

¹²¹ *Cfr.* Amodio, *Processo penale...*, *cit.*, nota 34, pp. 195 y 196.

la función del Ministerio Público, encargado de la investigación y la acusación, de la que compete a los tribunales, que concentran la tutela de garantías y el desempeño jurisdiccional.¹²² Subsisten, sin embargo, algunos ordenamientos de antigua fecha —cuya vigencia se ha mantenido no obstante los esfuerzos realizados para relevarlos—¹²³ y se ha reclamado “un urgente cambio” en la legislación procesal que se halla a “contracorriente de la actual situación internacional”.¹²⁴

V. PRINCIPIOS POLÍTICOS Y TÉCNICOS

Es posible y pertinente abordar los principios del proceso penal desde una doble perspectiva: una, “puramente teórica o, mejor, desligada de cualquier derecho positivo”, que permite explorar, a través de un ejercicio de razón, “cómo debe ser el proceso por medio del que los órganos jurisdiccionales han de proceder a la aplicación del derecho penal en el caso concreto”;¹²⁵ otra, político-jurídica, vinculada con la pretensión expresa de la ley y con la organización específica del enjuiciamiento bajo cierto sistema nacional. Por otro lado, el examen de los principios se puede hacer desde la perspectiva de la teoría general del proceso o de

¹²² Almirón (Paraguay): los nuevos códigos penal y procesal significan “pasos importantes en la reforma del sistema penal paraguayo”.

¹²³ *Cfr.* Quiroga León, por lo que toca a Perú, donde rige el Código de Procedimientos Penales de 23 de noviembre de 1939. El ponente refiere que en este país ha quedado paralizada la modernización del sistema procesal penal. La reforma se ha realizado en forma paulatina y fraccionada, a través de diversos ordenamientos procesales. La vigencia del Código Procesal Penal, del 25 de abril de 1991, fue suspendida por ley del 30 de abril de 1994. Hay un nuevo proyecto de 1995, que procura responder a las orientaciones de la Constitución de 1993. Gadea (Costa Rica) se refiere al nuevo Código Procesal Penal de 1998, con el que se pretendió tanto mejorar las condiciones de seguridad ciudadana, como el “cumplimiento absoluto de los requerimientos constitucionales y convencionales relacionados con los derechos de los seres humanos en el procedimiento penal”. Vásquez Rivera y Jiménez Jaramillo (Colombia) examinan el régimen resultante de los nuevos códigos penal y de procedimientos, del año 2000.

¹²⁴ Quiroga León (Perú), que manifiesta estos requerimientos, señala que la legislación de este país “prácticamente ha estandarizado al proceso inquisitivo como la regla general del juzgamiento penal, cuando la actual corriente procesal penal determina al proceso acusatorio como la fórmula más adecuada en esta materia de procesamientos”.

¹²⁵ Este es el modelo que suministra el profesor Juan Montero Aroca, a cuyo texto pertenecen las precisiones citadas entre comillas, en “Los principios del proceso penal. Un intento de exposición doctrinal basado en la razón”, en *XV Congreso... cit.*, nota 10, pp. 375 y ss.

la doctrina general del derecho procesal,¹²⁶ y desde el ángulo de una rama determinada: así, la penal.

El proceso recibe las orientaciones que emanan del sistema jurídico-político a través de sendos principios políticos,¹²⁷ que organizan, acompañan, legitiman y esclarecen el enjuiciamiento.¹²⁸ El modelo constitucional —que es, materialmente, un modelo político recogido de cierta realidad y proyectado hacia la vida de la nación— se traslada a los diversos órdenes jurídicos. Así, aquellos principios constitucionales se proyectan, a su turno, sobre otra familia de principios —o reglas, en el concepto de algunos— que

¹²⁶ *Cfr.*, por ejemplo, De Araújo Cintra, Antonio Carlos, Pellegrini Grinover, Ada, y Rangel Dinamarco, Cândido, *Teoria geral do processo*, Malheiros Editores, 19a. ed., São Paulo, 2003, pp. 50 y ss.; Fairén Guillén, *Teoría general del derecho procesal* (pról. de S. García Ramírez), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992, pp. 32 y ss.; Gómez Lara, Cipriano, *Teoría general del proceso*, 7a. ed., México, UNAM, Facultad de Derecho, 1987, pp. 291 y ss.; Ovalle Favela, José, *Teoría general del proceso*, 2a. ed., México, Harla, 1994, pp. 187 y ss.; Flores García, Fernando, *Teoría general de la composición del litigio*, México, UNAM, Facultad de Derecho-Porrúa, 2003, pp. 430 y ss.; Armenta Calderón, Gonzalo, *Teoría general del proceso*, México, 2003, pp. 119 y ss.; Escobar Fornos, Iván, *Introducción al proceso*, Managua, Hispamer, 1998, pp. 89 y ss.

¹²⁷ No es posible “olvidar el sustrato político en que se desenvuelve el enjuiciamiento criminal, según se ha predicado desde antiguo. En este contexto —sostiene Raúl Tavolari—, puede convenirse en que los principios procesales constituyen las fórmulas a las que el pensamiento jurídico-político recurre, para estructurar un modo de realizar el *ius puniendi* estatal, en condiciones que permitan su ejercicio efectivo y fructuoso, sin mengua de las garantías y derechos que el desenvolvimiento cultural estima, en un momento determinado, son los que corresponde asegurar al imputado y reconocer a la víctima”. “Los principios del proceso penal en el proyecto...”, en *XV Congreso...*, *cit.*, nota 78, p. 489.

¹²⁸ *Cfr.* García Ramírez, “Reflexiones sobre los principios rectores del proceso penal”, en *XV Congreso...*, *cit.*, nota 78, pp. 333-335. En esta Memoria figuran varios trabajos sobre el mismo tema, de carácter general o relativos a sistemas nacionales. En el primer caso, Fairén Guillén, “Examen crítico de los principios rectores del proceso penal”, pp. 413 y ss., y Parra Quijano, Jairo, “Estudio sobre los principios rectores del proceso penal”, pp. 463 y ss; en el segundo, Tavolari Oliveros —asimismo, relator nacional chileno en el XII Congreso Mundial de Derecho Procesal, a cuyos informes y opiniones me refiero con frecuencia—, “Los principios del proceso penal en el proyecto...”, pp. 483 y ss.; Ortells Ramos, Manuel, “Los principios rectores del proceso penal (tendencias actuales en derecho español)”, pp. 509 y ss., y Vallespín Pérez, David, “Las garantías constitucionales en el proceso penal español”, pp. 553 y ss. Igualmente, *cfr.* Armenta Deu, “La reforma del proceso penal: principios irrenunciables y opciones de política criminal”, en *Poder Judicial* (Consejo General del Poder Judicial, España), tercera época, núm. 58, segundo trimestre 2000, p. 261 y ss.

los reciben y expresan en la normativa específica del procedimiento, sus instituciones, sus figuras y las actuaciones que comprende.¹²⁹ Por supuesto, otros principios —de amplio alcance, para la obtención de ciertos objetivos sociales, políticos y jurídicos— vienen a cuentas en el examen y la comprensión del proceso.¹³⁰ En suma —como ha escrito James Goldschmidt—, “los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general”. La pugna entre principios de signo opuesto caracteriza la historia del proceso; el predominio de uno u otro marca el “tránsito del derecho del pasado al derecho del futuro”.¹³¹

Unos y otros —principios políticos y técnicos: intención y herramienta— concurren a definir el perfil del proceso en un tiempo y un espacio.¹³²

¹²⁹ Al referirse a la reforma procesal, Alcalá-Zamora se refiere a principios técnicos y políticos. “La primera serie de principios se refiere a la *técnica legislativa* que debe presidir la redacción. La segunda serie, por el contrario, atañe al *contenido político* del texto ... carácter u orientación del mismo”. “Principios técnicos y políticos de una reforma procesal”, en *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, UNAM, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, t. II, pp. 86 y 87.

¹³⁰ En este sentido, Assis Moura (Brasil), invoca el parecer de Araujo Cintra, Pellegrini Grinover y Dinamarco, *Teoria geral...*, cit., nota 126, pp. 25 y ss.: “a) educación para el ejercicio de los derechos propios y el respeto de los ajenos (objetivo social); b) preservación del valor de la libertad, establecimiento de medios de participación en el destino de la nación y del Estado, y preservación del ordenamiento jurídico y de su autoridad (objetivos políticos); c) actuación de la voluntad concreta del derecho (objetivo jurídico)”.

¹³¹ *Principios generales del proceso. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Buenos Aires, EJEA, 1961, t. II, pp. 109 y 110.

¹³² Bertolino (Argentina) indica que los principios fundamentales del proceso penal en Argentina, derivados del modelo constitucional, son: exigencia de un órgano jurisdiccional competente, independiente e imparcial; derecho a ser oído por un tribunal; juez natural; estado de inocencia; publicidad del proceso; defensa integral; comunicación de la acusación; derecho al silencio; derecho a recurrir de la condena; garantía del *ne bis in idem* y tramitación de los procedimientos en un “plazo razonable”. Cfr. de este autor, “Sobre el derecho al proceso penal como derecho humano”, en *Jurisprudencia Argentina*, XC Aniversario, Buenos Aires, 1998, p. 59. Como indiqué en n. *supra*, Vásquez Rivera y Jiménez Jaramillo (Colombia) encabezan la relación de principios del nuevo proceso penal colombiano con las referencias al respeto a la dignidad humana (1) y a la libertad (2). Gadea (Costa Rica) informa que la resolución constitucional 1739-92 (de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica) identifica los siguientes principios informadores del proceso penal en general: irretroactividad de la ley, *in dubio pro reo*, juez regular y natural, contradictorio, audiencia y defensa (que incluye los principios de intimación, imputación, audiencia y defensa en sí), inocencia, amplitud de la prueba, legitimidad de la prueba, intermediación de la prueba, identidad física del juzgador, publicidad del proceso, impulso procesal de oficio, comunidad de la prueba, valoración razonable de

En ocasiones se les recibe explícitamente, en el pórtico mismo del ordenamiento.¹³³ De esta suerte, el aplicador advertirá el camino trazado por el legislador: será idéntico, en esencia, el entendimiento que ambos tengan sobre el sentido y el objetivo de las disposiciones.¹³⁴ En otros casos, será preciso recabar los principios inductivamente: a partir de las determinaciones específicas que la ley ofrece.

Acaso sea preferible expresar los principios que condujeron al legislador y podrán guiar al intérprete, sin que esto impida, por supuesto, la relectura progresiva de los textos. Señalemos, como se ha sugerido de la interpretación jurisprudencial de la Constitución norteamericana, que sería impertinente leer las normas del siglo XX con los ojos del siglo XVIII.¹³⁵ El Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica optó por destinar el título inicial de su libro primero a los “Principios básicos”. La exposición de motivos explica que el “enunciado de las garantías de seguridad individual” obedece a que éstas conforman el “marco ideológico-político en el cual se inserta todo el procedimiento”, y a que, “como valores fundamentales de nuestro orden jurídico, estos principios influyen sobre

la prueba, sentencia justa (principio *pro sententia* y derecho a la congruencia de la sentencia), doble instancia, eficacia formal de la sentencia o cosa juzgada.

¹³³ Assis Moura (Brasil): en la Ley de Juzgados Especiales, de Brasil (expedida en 2001 y vigente en 2002), se dispone: “El proceso se orientará bajo los criterios de oralidad, sencillez, informalidad, economía procesal y celeridad, buscando, siempre que sea posible, la conciliación o la transacción”. Sobre esto mismo, *cf.* Márcio Franklin Nogueira, *Transação penal*, Malheiros Editores, São Paulo, 2003, pp. 131 y ss. Una técnica semejante se ha adoptado en algunos códigos mexicanos de factura reciente. *Cfr.* García Ramírez, *El procedimiento penal en los estados de la República. Los casos de Guerrero, Morelos y Tabasco*, México, Gobierno del Estado de Morelos-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Gobierno del Estado de Tabasco, 1998, pp. 8 y ss. Aquí me refiero a la presentación de los principios en la legislación misma como una “declaración de convicciones e intenciones”.

¹³⁴ Vásquez Rivera y Jiménez Jaramillo (Colombia) hacen ver que el Código de Procedimiento Penal de Colombia recoge en sus primeras veintitrés normas los postulados rectores constitucionales sobre el enjuiciamiento penal. En el artículo 24, ese ordenamiento estatuye: “Las normas rectoras son obligatorias y prevalecen sobre cualquier otra disposición de este Código. Serán utilizadas como fundamento de interpretación”.

¹³⁵ En la sentencia de *Borghis vs. Falk Co.* (1911): “Cuando una Constitución del siglo XVIII forma la carta de libertad de un Estado del siglo XX, ¿han de ser sus preceptos generales construidos e interpretados con un espíritu del siglo XVIII?”. *Cit.* García Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, 7a. ed., Madrid, Manuales de la Revista de Occidente, 1964, p. 425.

todo el procedimiento y sobre la interpretación y aplicación de sus reglas”.¹³⁶ La misma idea se ha abierto paso en otros ordenamientos recientes. La acoge, por ejemplo, el nuevo Código Procesal Penal de Chile.¹³⁷

VI. FUNCIÓN DEL PROCESO. EL “DEBIDO PROCESO” Y EL AMPARO JUDICIAL

Entre los derechos del individuo, al que se ha retirado la posibilidad de recurrir a la autodefensa¹³⁸ —un arma de doble filo—, figura el acceso a la justicia. Existe un derecho a recibir ésta¹³⁹ de quien ha recogido la potestad de administrarla y ejecutar sus propios mandamientos: el Estado. De ahí la consagración constitucional¹⁴⁰ e internacional¹⁴¹ de este derecho, a título de fundamental o humano. Ahora bien, no se trata apenas de cualquier acceso a unos tribunales, sino de la “efectiva vigencia de las funciones democráticas del Estado de derecho (...) en cuanto éste no sólo ‘debe’ al ciudadano un proceso penal, sino que asimismo ese ‘debitum’ incluye el ser tramitado dicho proceso con todas las garantías”.¹⁴² Esto nos lleva al tema del “debido proceso”: un enjuiciamiento con garantías, laboriosamente construido.¹⁴³

¹³⁶ “Exposición de Motivos”, *Código procesal modelo...*, cit., nota 49, p. 18.

¹³⁷ Así, en el Libro Primero, sobre “Disposiciones generales”, cuyo Título I (artículos 1 a 13) se refiere a “Principios básicos”.

¹³⁸ Zamora Pierce (México). La Constitución de este país señala: “Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derechos” (artículo 17).

¹³⁹ Al analizar conceptos del Código Modelo Procesal Civil para América Latina, Bertolino analiza la distinción entre el derecho “al proceso” y el derecho “a la jurisdicción”; explica: “aquel derecho a la protección que da la jurisdicción requiere ser vehiculado por medio de un proceso (judicial jurisdiccional)”. “Acercas del derecho al proceso (según su concreción en el ‘Código Tipo’ Procesal Civil del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal)”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal* (Argentina), año 1, núm. 1, 2002, p. 78.

¹⁴⁰ El Salvador, artículo 181; Guatemala, artículo 29; Costa Rica, artículo 41; Ecuador, artículo 24.17; Panamá, artículo 198; Colombia, artículo 229; España, artículo 24.1.

¹⁴¹ Declaración Americana, artículo XVIII; Declaración Universal, artículo 7; Pacto Internacional, artículo 25.c. Sobre el debido proceso en diversos textos mundiales y regionales, *cf.*: Oteiza, Eduardo, “El debido proceso. Evolución de la garantía y autismo procesal”, en *XII Congreso Nacional...*, cit., nota 10, t. I, pp. 9 y ss.

¹⁴² Bertolino (Argentina) cit., nota 139.

¹⁴³ Díaz de León (México): la aplicación de penas y medidas “sólo se concibe si, a través del debido proceso donde se cumplan las formalidades esenciales y se ... respeten las garantías de audiencia, de inocencia, de legalidad, de inmediatez, de concentración y de justicia pronta, son decretadas en un fallo definitivo por órgano jurisdiccional”.

La función del proceso es la actuación del derecho sustantivo a través de las instituciones y los cauces del derecho instrumental. Me refiero al derecho sustantivo en un concepto muy amplio, que abarca al penal pero no ignora al orden jurídico material en su conjunto, y particularmente al derecho constitucional y sus exigencias características. Éstas surgen de las decisiones políticas fundamentales de la nación. De esta raíz proviene el “debido proceso”, una idea de antiguo cuño en la tradición jurídica anglosajona —*fair trial*, en Inglaterra, y *due process of law*, en Estados Unidos—, que ha evolucionado notablemente¹⁴⁴ y encontrado su acomodo regular en las Constituciones políticas¹⁴⁵ y en los instrumentos internacionales, con diversas fórmulas aplicables a distintos órdenes procesales¹⁴⁶ que obedecen, en el fondo, a la misma intención garantista.¹⁴⁷ Hoy día, es principio corrientemente aceptado, tanto en Constituciones¹⁴⁸ como en textos internacionales,¹⁴⁹ que nadie puede ser

¹⁴⁴ Cfr. el curso de este desarrollo, por lo que respecta a Estados Unidos, donde el tema del debido proceso ha interesado ampliamente a la jurisprudencia federal y abarcado casos notables para el enjuiciamiento penal, Wolfe, Christopher, “The Original Meaning of the Due Process Clause”, en Hickok Jr., Eugene W. (ed.), *The Bill of Rights. Original Meaning and Current Understanding*, University Press of Virginia, Charlottesville and London, 1991, pp. 213 y ss.

¹⁴⁵ Brasil, artículo 5.LIV; Colombia, artículo 29; Cuba, artículo 58; Chile, artículo 19.3o; Estados Unidos (enmiendas V y XIV), Guatemala, artículo 12; México, artículo 14; Perú, artículo 139.3; Uruguay, artículo 12; Paraguay, artículo 17.

¹⁴⁶ La Constitución italiana —destaca Amodio— emplea la expresión “juicio justo” (artículo 111), que “revela adhesión a los valores ético-políticos situados por encima de la ley escrita, deducidos de la naturaleza y de la razón conforme a los postulados del jusnaturalismo”. *Processo penale...*, cit., nota 34, p. 133; asimismo, p. 143. Señala Quiroga León (Perú), al analizar el derecho al debido proceso o tutela jurisdiccional efectiva, que “existen principios comunes a todo proceso y que determinan que éste sea un debido proceso legal (*due process of law*), estos principios no están ajenos al proceso penal, podemos señalar como ejemplo de estos: la bilateralidad de posiciones, la contradicción, la igualdad entre las partes, derecho de defensa, derecho de ser asistido por un abogado, presunción de inocencia, principio de legalidad, entre otros”. En materia penal —añade— hay datos específicos: presunción de inocencia y derecho a no ser penado sin que exista un juicio previo.

¹⁴⁷ Declaración Universal, artículo 10; Declaración Americana, artículos XVIII, XXV y XXVI; Convención Europea, artículo 6; Pacto Internacional, artículos 9 y 14, y Convención Americana, artículo 8; Carta Africana, artículo 7.

¹⁴⁸ Bolivia, artículo 16.IV; El Salvador, artículo 11; República Dominicana, artículo 8.2.j; Guatemala, artículo 12; Honduras, artículo 94; Venezuela, artículo 49.3.

¹⁴⁹ Declaración Universal, artículo 10; Declaración Americana, artículo XXVI; Pacto Internacional, artículo 14.1; Convención Americana, artículo 8.1; Carta Africana, artículo 7o.1.

privado de sus derechos sin ser previamente oído en juicio,¹⁵⁰ esto es, sin que previamente se desarrolle un proceso: debido proceso (*nulla poena sine iudicio*),¹⁵¹ un derecho que es relevante en todos los órdenes, y en materia penal puede ser asunto de vida o muerte.¹⁵²

A esto hay que agregar otro derecho, que puede ser examinado en este mismo capítulo en cuanto entraña una garantía de orden jurisdiccional para

¹⁵⁰ Bolivia, artículo 16.IV; El Salvador, artículo 11; Guatemala, artículo 12; Honduras, artículo 94; Perú, artículo 139.10; Paraguay, artículo 17.3; República Dominicana, artículo 8.j; España, artículo Gadea (Costa Rica) describe ampliamente el derecho de audiencia como “derecho del imputado y del defensor de intervenir en el proceso y de hacerse oír por el juez, de traer al procesado toda prueba que consideren oportuna para respaldar su defensa, de controlar la actividad de la parte o partes contrarias, y de combatir sus argumentos y las pruebas de cargo”. El derecho a juicio previo —indica Almirón (Paraguay)— no se refiere únicamente al estadio procesal del debate y la sentencia (el juicio propiamente dicho, también llamado plenario, en otros sistemas), sino a todo el proceso en sí.

¹⁵¹ Un principio que sustrae la aplicación de la pena sin proceso —dice Leone— “tanto al Estado (titular del poder punitivo) como al particular que quisiese someterse espontáneamente a la sanción penal”. *Tratado...*, *cit.*, nota 11, t. I, p. 6.

¹⁵² Bertolino (Argentina): el proceso penal tiene “una función instrumental, primordialmente y por propia naturaleza; es decir, la de ‘servir’ formal y útilmente al derecho sustantivo o de fondo. De cualquier manera, no conviene perder de vista que, en orden a los derechos humanos a garantizar, las normas procesales-penales son incuestionablemente ‘formas con contenido’, y ello hace también a la función del proceso, en este caso visto, sobre todo, desde el ángulo constitucional”. Asimismo, Zamora Pierce (México) y Díaz de León (México) señalan en relación con este tema: “la pena y la medida de seguridad, por la magnitud de las lesiones que ocasionan a los derechos fundamentales del gobernado ... sólo admiten un único conducto de verificación y prueba que es la justa jurisdicción”. Vásquez Rivera y Jiménez Jaramillo (Colombia): el debido proceso, desarrollado en la Constitución y aplicable a “toda clase de actuaciones judiciales y administrativas” (artículo 29 de la ley fundamental de Colombia), “es la columna vertebral de todo el proceso de enjuiciamiento criminal, que le da razón, sentido y contenido a toda la codificación procesal”. Armenta Deu (España): el proceso sujeto al principio de legalidad, respetando las garantías que previene la ley fundamental, ha sido caracterizado por el Tribunal Constitucional como el que se sigue “con un juez imparcial, donde el acusado pueda defenderse, se encuentre asistido de letrado, en donde se conozca la acusación, se utilicen los medios de prueba pertinentes para la defensa, se presuma la inocencia, no se provoquen dilaciones indebidas, ni indefensión y se otorgue la tutela judicial efectiva (STC 16/81)”. Al respecto, Gadea (Costa Rica) cita esta expresión de Rodolfo Piza: “el concepto de debido proceso envuelve el desarrollo progresivo de prácticamente todos los derechos fundamentales de carácter procesal o instrumental, como conjuntos de garantías de los derechos de goce (cuyo disfrute satisface inmediatamente las necesidades o intereses del ser humano), es decir, de los medios tendientes a asegurar su vigencia y eficacia”. *Voto Constitucional* (en la Corte Constitucional de Costa Rica) núm. 1739-92, p. 13.

las facultades y libertades del inculpado: el derecho al amparo judicial,¹⁵³ a través de un procedimiento “sencillo” y “breve o rápido”, o bien, “efectivo” que examine la legitimidad de los actos del Estado y reponga al sujeto, de ser el caso, en el ejercicio de derechos ilegalmente afectados.¹⁵⁴ Conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tanto consultiva como contenciosa, esta preciosa garantía —que abarca instrumentos tales como el *habeas corpus*, esencial en causas penales, y el amparo— no cesa ni siquiera en la hipótesis de suspensión de derechos. En este sentido se debe entender y aplicar el artículo 27.2, *in fine*, de la Convención Americana.¹⁵⁵

Ninguno de los grandes conceptos del proceso se ha mantenido a salvo del tiempo y las circunstancias. Estos han impulsado desarrollos que tributan al bien del proceso, que es bien de la justicia. El debido proceso es un concepto en evolución. Quiere ser irreductible al retroceso y sensible al progreso, que en este orden se traduce en mayores y mejores garantías: para la sociedad, es cierto, pero no menos para el inculpado y la víctima. En la jurisprudencia nacional —ejemplarmente, la norteamericana— se ha ido adelante en la formación y formulación moderna del debido proceso, con signo garantista. De ahí provinieron nuevos derechos del inculpado, sobre todo en el ámbito de su intimidad y su libertad. Luego habría reacciones desfavorables, que pudieran dar marcha atrás a las manecillas del

¹⁵³ Empleo aquí, genéricamente, esta expresión, de fuerte arraigo en el derecho mexicano —sin perjuicio de sus antecedentes en otros lugares—, que ha trascendido las fronteras de mi país e influido diversos ordenamientos, tanto nacionales como del orden internacional. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entendido que artículo 25.1 de la Convención Americana (recurso que “ampare” a la persona) “es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, entendido como el procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por las constituciones y leyes de los Estados parte y por la Convención”, y que “el amparo es el género y el *habeas corpus* uno de sus aspectos específicos”. CIDH, *El habeas corpus bajo suspensión de garantías... Opinión consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987*, *cit.*, nota 25, párrs. 32 y 34.

¹⁵⁴ Declaración Universal, artículo 8; Declaración Americana, artículo XVI y XXV; Convención Europea, artículo 13; Pacto Internacional, artículo 9.4, y Convención Americana, artículo 25.1, y Carta Africana, artículo 7.1.a. En normas fundamentales también se prevé el control sistemático de la legalidad de la detención; así, en el artículo 16 de la Constitución mexicana.

¹⁵⁵ *Cfr.* CIDH, *El habeas corpus bajo suspensión de garantías... Opinión consultiva OC-8/18 del 30 de enero de 1987*, *cit.*, nota 25, párr. 42, y CIDH, *Garantías judiciales en estados de emergencia (artículos 27.2, 25 y 8o Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, *Opinión consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987*. Serie A, núm. 9.

reloj y desandar la historia; reacciones que acompañan ese péndulo al que me referí cuando hablé de las tentaciones autoritarias de nuestra hora.¹⁵⁶

También la jurisdicción interamericana ha explorado el debido proceso, en una serie cada vez más numerosa de casos contenciosos y en una opinión consultiva acerca del derecho del detenido a la asistencia consular, en los términos de la Convención de Viena.¹⁵⁷ Fue en este último asunto que la Corte Interamericana sostuvo: “para que exista ‘debido proceso legal’ 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”.

Esa es una visión estática del debido proceso, cuyos beneficios se magnifican a través de una concepción dinámica. “El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia —sigue diciendo la Corte Interamericana—, 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

¹⁵⁶ El debate sobre el debido proceso, proyectado sobre asuntos judiciales penales de gran relevancia e influencia, pone de manifiesto la tensión existente entre las concepciones que acentúan el valor de los derechos humanos —más allá de consideraciones “prácticas”, que pudieran “relativizar” su alcance—, y aquellas otras que reclaman ponderación en el entendimiento del debido proceso, de manera que no melle el interés social en la seguridad pública. *Cfr.*, por ejemplo, Schulhofer, Stephen J., “Reconsidering *Miranda* and the Fifth Amendment”, en Hickok (ed.), *The Bill of Rights...*, *cit.*, nota 144, pp. 288 y ss. Para una revisión colectiva de ese caso y sus implicaciones, *cfr* Leo, Richard A., & Thomas III, George C., *The Miranda Debate: Law, Justice and Policing*, Boston, Northeastern University Press, 1998.

¹⁵⁷ La solicitud de opinión, conforme a las atribuciones de la CorteIDH en esta materia, fue presentada por el gobierno de México el 9 de diciembre de 1997. Se refirió al artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares —y centralmente al párrafo 1.b de ese precepto—, en relación con derechos y garantías reconocidos por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Carta de la OEA y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. *Cfr.* CIDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular, Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999*. Serie A, núm. 16, párrs. 1-4. En esta publicación figuran las posiciones expresadas por los gobiernos de varios Estados de la región americana, además de México: Costa Rica, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, Paraguay y República Dominicana, *id.*, párrs. 26 y 27. Existe también otra publicación: *Opinión Consultiva OC-16 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 1 de octubre de 1999 solicitada por el gobierno de México sobre el tema “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2001.

SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO Y ÓRGANOS DE ACUSACIÓN 41

presencia de abogado, que hoy día figuran en la legislación y en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos más avanzados”.¹⁵⁸

El debido proceso es el blanco de los más severos embates en función de la lucha nacional o universal contra cierta criminalidad intolerable. La jurisprudencia internacional —tanto la europea como la americana— han debido salir al paso de estas corrientes, que justifican los medios empleados en atención a los fines perseguidos. Esta idea, con sus consecuentes aplicaciones, contraría frontalmente la noción democrática del debido proceso, que sólo admite los resultados plausibles a los que se llega por medios incuestionables: en otros términos, la justificación del fin por la legitimidad de los medios.

En estos años se advierte una creciente tensión entre las corrientes favorecedoras del estricto límite a la acción persecutoria del Estado, articulada bajo la noción del debido proceso, y las impulsoras de una reducción, un retraimiento, un relativismo, en el mejor de los casos, de la idea de debido proceso en atención a la seguridad pública. La cuestión sube de punto cuando lo que se halla en juego es la seguridad nacional, cuyo alcance queda sujeto —típica “cuestión de Estado”— al criterio de quien la proclama. De esto son ejemplos tanto la regulación de la materia en el Estatuto de Roma, de la Corte Penal Internacional,¹⁵⁹ como, en la hipótesis extrema, el procedimiento —no me atrevo a llamarlo proceso— de inculpados de terrorismo —o de conductas aledañas— que se internan en prisiones inaccesibles y comparecen secretamente ante tribunales excepcionales.¹⁶⁰

¹⁵⁸ CIDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular, Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999, cit.*, nota 25, párr. 117. *Cfr.* mi voto concurrente en esa misma publicación y en García Ramírez, “Cuestiones ante la jurisdicción internacional”, en *Cuadernos Procesales*, México, año V, núm. 13, septiembre de 2001, pp. 18 y ss., así como en la publicación de la Secretaría de Relaciones Exteriores de México citada en la nota anterior, pp. 137 y ss.

¹⁵⁹ El artículo 72 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se refiere a la “Protección de información que afecte a la seguridad nacional”. El artículo 93.4 faculta al Estado para negar la asistencia solicitada por la Corte “únicamente si la solicitud se refiere a la presentación de documentos o a la divulgación de pruebas que afecten a su seguridad nacional”. Si esta denegación suscita un punto contencioso entre la Corte y el Estado, aquélla podrá llevar el asunto a la consideración de la Asamblea de los Estados Partes o del Consejo de Seguridad, cuando éste le hubiese remitido el caso (artículos 72.7.a.ii, y 87.7).

¹⁶⁰ Me remito a las referencias que hago en mi artículo, *cit.*, nota 104, *supra*, “Consideraciones sobre terrorismo”, en De Olloqui (coord.), *Problemas jurídicos...*, pp. 113 y ss. En el Convenio Europeo sobre Represión del Terrorismo (27 de enero de 1977) se

De ahí la reacción, todavía reducida, que se explaya en instrumentos internacionales y en resoluciones políticas gobernadas por la perspicacia: la retirada de los derechos humanos en estos casos —por la vía de un procedimiento recortado— anunciaría un retroceso paulatino y seguro en toda la línea del enjuiciamiento penal. Al cabo, las campanas doblarían para todos. En la Convención Interamericana contra el Terrorismo, del 3 de junio de 2002, que ha entrado en vigor, se dice que “las medidas adoptadas por los Estados Parte 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 aquélla 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).¹⁶¹ Posiblemente la inquietud por afianzar esta norma, con inequívoco valor vinculante, llevó a la Asamblea de los Estados Americanos a proteger su aplicación a través de una resolución política, que en principio carecería, por sí misma, de aquella eficacia.¹⁶²

VII. LEGALIDAD Y OPORTUNIDAD

En el derecho penal sustantivo, el principio de legalidad ha constituido la pieza maestra del régimen de garantías. *Nullum crimen nulla poena sine*

excluye la asistencia judicial solicitada por un Estado parte a otro cuando se considere que aquélla obedece al fin de “perseguir o de castigar a una persona por consideraciones de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas, o que la situación de dicha persona corre el riesgo de agravarse por una u otra de las citadas razones” (artículo 8.2).

¹⁶¹ Además, el artículo 15.3 previene: “A toda persona que se encuentre detenida o respecto de la cual se adopte cualquier medida o sea encauzada con arreglo a la presente Convención se le garantizará un trato justo, incluido el goce de todos los derechos y garantías de conformidad con la legislación del Estado en cuyo territorio se encuentre y las disposiciones pertinentes del derecho internacional”.

¹⁶² Me refiero a la AG/RES. 1906 (XXXII-0/02), acerca de “Derechos humanos y terrorismo”, aprobada también en la cuarta sesión plenaria de la XXXII Asamblea General de la OEA (Barbados, 2002). Se resuelve, entre otros puntos: “1. 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”, y “2. 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”.

lege es la divisa de una larga batalla librada y generalmente ganada para la causa del ser humano. Esto no implica, sin embargo, que la mera previsión legal de delitos y penas sea, de suyo, un baluarte contra la injusticia; más allá del continente hay que explorar el contenido. En fin de cuentas, legalidad implica norma estatuida mediante *lex stricta, praevia, scripta y certa*.¹⁶³ De esa suerte desaparece la competencia judicial para crear delitos y castigos, en la que pudo campar, a discreción, el principio de oportunidad material. Este tuvo, sin embargo, ciertas aplicaciones tardías en la legislación de los Estados totalitarios, como aconteció en el parágrafo 2o. del Código Penal alemán, agregado por ley del 28 de junio de 1935: analogía y sano sentimiento popular, como herramienta para construir los tipos;¹⁶⁴ anulación, en fin, del “principio fundamental en el Estado de derecho”.¹⁶⁵

Por otra parte, la legalidad posee un alcance relativo o recibe modalidades especiales en sistemas de *common law* y en aquellos otros que reciben la influencia de éstos o que se hallan influidos por el derecho de gentes, que tiene sus propios moldes para la formación de normas, incluso punitivas. Este último es el caso, por ejemplo, del derecho penal internacional reunido en el Estatuto de Roma. Previos ordenamientos han “flexibilizado” la legalidad penal, acogiendo la costumbre, los principios generales del derecho y la conciencia de las naciones civilizadas.¹⁶⁶

Alguna ley nacional ha proclamado este principio más amplio de juridicidad, que desborda las fronteras de un ordenamiento escrito e indaga en

¹⁶³ Cfr. Maurach, *Tratado...*, cit., nota 33, t. I, pp. 100 y 101.

¹⁶⁴ “Será castigado quien cometa un hecho que la ley declare punible o que merezca castigo según el concepto básico de una ley penal y según el sano sentimiento del pueblo (*gesundes Volksempfinden*). Si ninguna ley penal determinada puede aplicarse directamente al hecho, éste será castigado conforme a la ley cuyo concepto básico corresponda mejor a él”.

¹⁶⁵ Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general*, trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Ed. Civitas, Madrid, 1997, t. I, p. 120.

¹⁶⁶ A este respecto, es elocuente la Convención Europea. Tras estatuir el principio de *lex praevia*, el tratado resuelve: “Este artículo no se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas” (artículo 7.2). Asimismo el Pacto Internacional, artículo 5.2: “No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbre, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”.

otro género de fuentes: en la Ley de Implementación del Estatuto de Roma, del año 2000, la Gran Bretaña manifiesta que son crímenes contra la humanidad las conductas a las que el derecho internacional convencional o consuetudinario o los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad de las naciones asignan esa naturaleza, “hayan sido o no contrarias a la ley vigente en el tiempo y en el lugar en que fueron cometidas”.¹⁶⁷

Para el sistema procesal, la legalidad ha sido, igualmente, una preciosa garantía: en orden a la creación de órganos de persecución y jurisdicción, el ejercicio de la acción, el desarrollo del procedimiento y el contenido de la sentencia.¹⁶⁸ Hasta hace relativamente poco dominaba la regla de persecución de los delitos y sanción a los infractores cuando se reunían los supuestos materiales y formales del enjuiciamiento,¹⁶⁹ sin espacio para la

¹⁶⁷ Es crimen contra la humanidad cualquier acto que en el tiempo y lugar de su comisión “constitutes a crime against humanity according to customary international law or conventional international law or by virtue of its being criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations. Whether or not it constitutes a contravention of the law in force at the time and the place of its commission”. Esta disposición se halla reiterada con las mismas o similares expresiones en varios preceptos de la *Crimes against Humanity and War Crimes Act 2000*. En el proceso de establecimiento del Tribunal para Sierra Leona, el Secretario General de Naciones Unidas destacó que “en reconocimiento del principio de legalidad, en particular el de *nullum crimen sine lege*, y de la prohibición de que las leyes penales tengan carácter retroactivo, los crímenes internacionales enumerados son crímenes que se considera tenían tal carácter con arreglo al derecho internacional consuetudinario en el tiempo en que presuntamente se cometieron”.

¹⁶⁸ Armenta Deu (España): “El principio de legalidad en su manifestación procesal atiende ... a la ideología del Estado de derecho, en cuanto pretende el sometimiento de los poderes públicos a la ley ... constituye una exigencia, no sólo de seguridad jurídica que permite la posibilidad de conocimiento previo de los delitos y de las penas, sino, además, la garantía política de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo”.

¹⁶⁹ Tavolari (Chile) hace ver cómo el Código de Procedimiento Penal chileno de 1907 —elaborado, como otros ordenamientos latinoamericanos, conforme al modelo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882— se atenía a un “escrupuloso principio de legalidad o necesidad”. Por ello dispuso que “sin esperar denuncia ni querrela alguna, deberá el juez competente instruir sumario de oficio, siempre que, por conocimiento personal, por avisos confidenciales, por notoriedad o por cualquier otro medio llegare a su noticia la perpetración de un crimen o simple delito de acción penal pública”. Empero, existía la “permanente sospecha —sigue diciendo el ponente nacional chileno—, en orden a que en los hechos, en diferentes instancias y diversos operadores, ponían en práctica modalidades de oportunidad, no regladas ni controladas”.

discreción y la convención,¹⁷⁰ es decir, legalidad y necesidad. Esta situación persiste en algún sistema nacional, apenas con algunas salvedades, entre ellas la derivada del régimen de instancia privada y la vinculada con la persecución del crimen organizado. De ahí que se afirmase con énfasis el carácter absolutamente necesario del proceso penal y se sostuviera, inclusive, que “el conflicto no es presupuesto indispensable del proceso penal”: puede existir éste —por indisponibilidad del interés público—, aun cuando aquél se desvanezca.¹⁷¹ También es notorio, sin embargo, que en la práctica la legalidad persecutoria no alcanza nunca sus naturales consecuencias:¹⁷² el enjuiciamiento de todos los casos en que aquellos supuestos quedaban acreditados, no se diga ya el de los abarcados por la delincuencia en su conjunto, que sigue presentando una enorme cifra negra.

El principio de legalidad parecía entroncar con la idea de que el juez —y con mayor razón el fiscal, ahí donde tiene la potestad de perseguir— era el titular de un “poder nulo”: la “boca que pronuncia las palabras de la ley”, según Montesquieu.¹⁷³ Toda valoración correspondía a ésta, expresión de una *volonté générale* encarnada en el Parlamento.¹⁷⁴ Disciplinado

¹⁷⁰ Assis Moura (Brasil): en este país, el ordenamiento procesal acoge el principio de legalidad u obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal pública.

¹⁷¹ Zamora Pierce (México): las salvedades son, pues, el sistema de persecución a instancia de particulares, previa querrela, y las negociaciones introducidas por la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. En Colombia —indican los ponentes nacionales, Vásquez Rivera y Jiménez Jaramillo— “no rige de momento el principio de oportunidad”; la legislación de ese país “no permite el proceso de negociación entre fiscal y procesado, y menos la posibilidad de retirar cargos”; la terminación anticipada del proceso, con reducción de pena, sobreviene en el supuesto de aceptación de los cargos formulados. Sin embargo, los propios ponentes nacionales señalan que la legislación colombiana regula unos “beneficios ‘por colaboración’, los cuales pueden ser acordados por el Fiscal General de la Nación”; estos beneficios influyen sobre la reducción de la pena.

¹⁷² Como lo hizo ver el Congreso internacional sobre el principio de oportunidad en materia procesal, citado por Bertolino (Argentina), *infra*.

¹⁷³ *Del espíritu de las leyes*, 4a. ed., trad. Nicolás Estévez, México, Porrúa, 1980, pp. 106 y 108.

¹⁷⁴ Recuerda Roberto Bergalli: “Los representantes de las aspiraciones del pueblo norteamericano vieron en el predominio del Legislativo un grave riesgo para el respeto de los principios de igualdad y protección general... En Francia, al contrario, la prevención originaria lo fue contra el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial reunidos”. *Estado democrático y cuestión judicial (Vías para alcanzar una auténtica y democrática independencia judicial)*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1984, pp. 40-41. Sobre esta materia, *cfr.* Fernández Segado, Francisco, “Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad”, en García Belaunde, D., y Fernández Segado, F. (coords.), *La jurisdicción constitucional*

el juez a la ley, no había espacio para la interpretación,¹⁷⁵ mucho menos para la discreción. Así resplandece la autoridad soberana y exclusiva de la ley, que sustituye al gobierno de las personas conforme a la proposición platónica. Presente cierto supuesto, no había otro camino que el proceso ni otra consecuencia que la sanción prevista por la ley. Ciertamente este principio ofrece ventajas y beneficios considerables, que se desprenden de lo que llevamos dicho y que atañen a la idea misma del Estado de derecho y a la seguridad jurídica del ciudadano.

Por lo demás, hoy día los poderes normativos de la autoridad jurisdiccional —no cualquiera, por supuesto— han crecido extraordinariamente. No me refiero a la formulación de la norma jurídica individualizada que reside en la sentencia, como señaló Kelsen, sino a la expedición misma de ordenamientos de general observancia, que obligan a la propia administración de justicia, pero también vinculan, directa o indirectamente, a quienes comparecen ante aquélla. Esto se ha visto en la hipótesis de los tribunales internacionales facultados para expedir sus propias reglas de procedimiento, y destacadamente en el supuesto de emisión de *rules of criminal procedure* a cargo de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos y las cortes superiores en los Estados de esa Unión, en ejercicio de un “poder inherente a la jurisdicción”.¹⁷⁶

Hoy existen varias cartas a la mano, que van ganando la partida o por lo menos avanzan con paso firme y doble fundamento: la creciente composición entre los protagonistas del hecho penal y la idea de oportunidad, que reduce el ámbito de la persecución pública a lo que constituye —así se estima— su necesario e irreductible —por ahora— ámbito de operación.

en Iberoamérica, Madrid, Dykinson, S. L., Madrid-Ediciones Jurídicas, Lima-Editorial Jurídica E. Esteva, Uruguay Editorial Jurídica Venezolana, 1997, pp. 45 y ss.

¹⁷⁵ A este respecto fue notable y representativo el alegato de Beccaria contra la interpretación judicial de la ley. Es consecuencia de los principios en que reposa la facultad de castigar, que “tampoco la autoridad de interpretar las leyes penales puede residir en los jueces criminales, por la misma razón que no son legisladores”. *De los delitos...*, cit., nota 81, p. 220 (“Interpretación de las leyes”).

¹⁷⁶ *Cfr.* Amodio, quien también examina otros patrones de formulación normativa —así, *Standards for Criminal Justice* de la *American Bar Association*—, *Proceso penal...*, cit., nota 34, pp. 204 y ss. Sobre las *rules* de los tribunales federales estadounidenses, *cfr.* Tunc, André, y Tunc, Suzanne, *El derecho de los Estados Unidos de América. Instituciones judiciales, fuentes y técnicas*, trad. Javier Elola, México, UNAM, Instituto de Derecho Comparado, 1957, p. 235.

Dicho principio extiende la discrecionalidad de los sujetos públicos que intervienen en el enjuiciamiento: Ministerio Público o Fiscal y tribunal.¹⁷⁷

En este supuesto se manifiesta, con notable fuerza, el principio de oportunidad,¹⁷⁸ “pensado ante todo —si bien no unánimemente— como complementario del de legalidad”.¹⁷⁹ La oportunidad, por otra parte, corresponde a una arraigada tradición anglosajona, como ha señalado la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos.¹⁸⁰ Para ello se suele aducir motivos apre-

¹⁷⁷ Armenta Deu (España): así, “ya sea bajo condiciones específicamente señaladas en la ley (la llamada oportunidad ‘reglada’), ya sea de manera más amplia. La vigencia del principio de oportunidad permite así, a título de hipótesis, que se persigan o no conductas aparentemente delictivas, que se formule y/o sostenga la acusación o que se acuerden con las partes los diferentes elementos de la acción penal o la imposición de la pena”. Gadea (Costa Rica): “que se prescinda de la acción penal total o parcialmente, que se limite a una o varias infracciones o que se limite a alguna o algunas de las personas que participaron en el hecho delictivo”.

¹⁷⁸ Bertolino (Argentina) se refiere a las conclusiones del Congreso internacional sobre el principio de oportunidad en materia penal (La Plata, septiembre de 2002). Entre ellas menciona las siguientes: “El principio de legalidad es, en la realidad, una ficción porque el sistema penal no da respuesta a todos los conflictos, existiendo por lo tanto una selección arbitraria, por lo que el principio de oportunidad resulta un criterio razonable de selección”; “El principio de legalidad se corresponde con el principio inquisitivo, mientras que el principio de oportunidad se corresponde con el sistema acusatorio”; y “Para que rija (el principio de oportunidad), resulta indispensable la vigencia del acusatorio, el reconocimiento y respeto del rol de la víctima y la devolución del conflicto penal a los actores del mismo. Se recomienda, al respecto, la actuación de un Ministerio Fiscal independiente”.

¹⁷⁹ Bertolino (Argentina). Vásquez Rivera y Jiménez Jaramillo informan que el acto legislativo 003 de 2002, pendiente de desarrollo normativo, incluirá el principio de oportunidad al lado del de legalidad, éste con carácter preferente: “No podrá (la Fiscalía) suspender, interrumpir ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado”. El nuevo sistema procesal penal chileno admite, en orden a la oportunidad, que no se instruya investigación o se suspenda la que está en curso cuando, en términos generales, “se tratare de un hecho que no comprometiére gravemente el interés público” (artículo 170). *Cfr.* Delmas Marty (dir.), *Los procesos penales...*, cit., nota 90, p. 445: “el principio de legalidad puede ... matizarse combinándolo con el de oportunidad en el ejercicio de la acción penal”.

¹⁸⁰ Cassel (Estados Unidos) examina este punto y transcribe el criterio de la Suprema Corte, expresado en *Wayte v. U.S.* (1985): “In our criminal justice system, the Government retains ‘broad discretion’ as to whom to prosecute... (S)o long as the prosecutor has probable cause to believe that the accused committed an offense defined by statute, the decision whether or not to prosecute, and what charge to file or bring before a grand jury, generally rests entirely in his discretion... This broad discretion generally results largely on the recognition that the decision to prosecute is particularly ill-suited to judicial re-

ciables: de política criminal y de gasto eficiente.¹⁸¹ Evidentemente, el ejercicio de la oportunidad debiera incluirse en una política penal clara y justificada, y no quedar al arbitrio de los funcionarios llamados a intervenir, circunstancialmente, en la persecución penal.¹⁸² Estas razones, con otras, han impulsado la multiplicación de los favorecedores del sistema de oportunidad y el avance de éste en la legislación de nuestros días.¹⁸³

Así las cosas, la naturaleza absolutamente pública de la persecución penal, que favorecía el carácter necesario del proceso, tiene salvedades

view. Such factors as the strength of the case, the prosecution's general deterrence value, the Government's enforcement priorities, and the case's relationship to the Government's overall enforcement plan are not readily susceptible to the kind of analysis the courts are competent to undertake... (H)owever, although prosecutorial discretion is broad, it is not 'unfettered'. Selectivity in the enforcement of criminal laws is... subject to constitutional constraints... In particular, the decision to prosecute may not be 'deliberately based upon an unjustifiable standard such as race, religion, or other arbitrary classification'... including the exercise of protect statutory and constitutional rights..."

¹⁸¹ Tavolari (Chile) hace ver que un poderoso fundamento del principio de oportunidad "es la necesidad de la eficaz administración de los —siempre escasos— recursos de la persecución penal pública, toda vez que, aplicando el principio, en ejercicio de una adecuada política pública de persecución penal, se podrán desincentivar investigaciones que demanden medios humanos, materiales y financieros que bien podrían ser destinados a la investigación de hechos de mayor daño y peligrosidad social". Cassell (Estados Unidos) cita el parecer de Richard Posner, en *Esmail v. Macrane* (1995): "The resulting pattern of nonenforcement may be random, or an effort may be made to get the most bang for the prosecutorial buck by concentrating on the most newsworthy lawbreakers". Posner, que ha practicado un penetrante examen sobre la relación entre derecho y economía, escribe en torno al punto que ahora nos ocupa: "la negociación de la confesión... ha sido criticada porque niega al acusado el derecho de las salvaguardias procesales de un juicio y conduce a sentencias reducidas. Ninguna de estas críticas es convincente para un economista. Si un arreglo no mejorara la situación de las dos partes de un caso penal en relación con la situación en que estarían si fueran a juicio, una u otra recurriría a su derecho de ir a juicio; por tanto, el acusado penal se ve compensado por renunciar a las salvaguardias procesales a las que tendría derecho en un juicio". *El análisis económico del derecho*, trad. Eduardo L. Suárez, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 527.

¹⁸² Gadea (Costa Rica): el M.P., "como ente encargado de ejercer la acción penal pública, debe tener una coherente política de persecución penal, basado en motivos de utilidad social o razones político-criminales de racionalidad e igualdad".

¹⁸³ Armenta Deu (España): a favor de la oportunidad se invocan razones de interés social o utilidad pública, consecución de la justicia material, eliminación de dilaciones indebidas y tratamiento diferenciado de los hechos punibles; en contra se aduce la lesión del principio de igualdad (el fiscal sería el encargado de decidir lo que es 'justo', y además decidiría "en definitiva sobre la realización del derecho penal") y peligro para las conquistas que trae consigo el principio de legalidad. De la ponente nacional española *cfr.*, sobre este punto, *Lecciones...*, *cit.*, nota 22, pp. 40 y 41.

cada vez más intensas y numerosas. Estas corren por diversos cauces, prohijados por una renovada idea de composición que ha pasado de la materia civil —donde hay extensa disponibilidad de intereses y derechos, materia prima de la convención compositiva— a la penal. Se multiplican las alternativas a la justicia oficial, prohijadas por la declinación de los modelos de autoridad en la solución de los litigios y por una corriente privatizadora que reclama la soberanía de la voluntad —solución del conflicto por sus propios actores—, encuadrada en el amplio concepto de conformidad,¹⁸⁴ que abarca diversas figuras del enjuiciamiento, y urgida por el cúmulo de causas que agobia a los tribunales y sugiere cierta selectividad: a la postre, discriminación entre lo que “merece” el despliegue total de la jurisdicción y lo que puede resolverse con un ejercicio recortado de ésta.

Este fenómeno abre soluciones más o menos novedosas a los litigios penales, unas dominadas por la composición patrimonial —reparación del daño— y otras por la composición moral —reconciliación entre la víctima y el victimario.

El método para lograr estos entendimientos, que impedirán la vía persecutoria o concluirán la que se había iniciado, tiene que ver más con los particulares que con el Estado, aunque también éste concurra con figuras o procedimientos propios, diferentes de los acostumbrados, al ensayo de mediación y conciliación.¹⁸⁵ Estas instituciones, que constitu-

¹⁸⁴ “La conformidad —dice Armenta Deu— supone una aplicación del principio de oportunidad, en virtud de la cual se pone fin anticipadamente al proceso mediante el acuerdo de acusadores y acusado con la anuencia del abogado y la garantía de la intervención judicial”. *Lecciones...*, *cit.*, nota 22, p. 245. En Argentina —señala Bertolino— “prima más el criterio de la ‘conformidad’ que el del ‘acuerdo’ propiamente dicho”.

¹⁸⁵ Alcalá-Zamora examina estas figuras cuando hace el estudio de la autocomposición. Entiende que la “conciliación ... o desemboca en el fracaso, y no puede reputarse ‘equivalente jurisdiccional’ (en la terminología de Carnelutti), o conduce a una avenencia, y entonces —salvo que el juez la desnaturalice, actuando no de conciliador, sino de coaccionador—, se reducirá a cualquiera de las mencionadas formas de autocomposición”. El mismo autor intercala la mediación entre el arbitraje y la autocomposición: “a primera vista presenta la estructura del primero ... pero ... posee en realidad el contenido de la segunda (y más concretamente el de una transacción), ya que mientras el árbitro resuelve el litigio (es decir, se encuentra *supra partes*), el mediador se limita a proponer una solución, que los litigantes son dueños de aceptar, rechazar o modificar (es decir, se encuentra *infra partes*). *Proceso, autocomposición y autodefensa (Contribución al estudio de los fines del proceso)*, 3a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991, pp. 73 y 75.

yen alternativas al proceso,¹⁸⁶ figuran en reformas procesales de fecha reciente.¹⁸⁷

En muchos casos no es el Estado mismo quien pondera y resuelve la moderación o la exclusión penal; la fórmula, primero, y la solución, después, quedan en las manos de los particulares, debidamente investidos con las facultades que les permitan alcanzar el arreglo. Se abre, de esta suerte, un “espacio de consenso” del que cabe aguardar benéficos resultados: finalmente, como se ha dicho de la composición, los personajes del conflicto hallan en sí mismos, mejor que en la fuerza de un tercero, la conveniente solución.

El sistema posee virtudes incuestionables, pero también ofrece riesgos considerables: uno de ellos, consustancial a todo el régimen de convencio-

¹⁸⁶ Se trata, en fin, de alternativas al proceso en las que se observan —señala Bertolino (Argentina)— algunas realidades diferenciadas: “a) la abreviación, que apunta a resolver el problema de la excesiva duración de los procedimientos; b) la simplificación, que tiende a alivianar pesadas complejidades estructurales que a menudo se muestran en los ordenamientos de la materia; y c) la conformidad, que se dirige a la posibilidad de obtener la solución negociada del conflicto penal y que constituye, desde luego, el perfil más señalado de este tipo de procedimiento como ‘solución alternativa’.” “Para un encuadre del proceso penal abreviado”, en *Jurisprudencia Argentina* (Buenos Aires), t. 1997-IV, p. 789. En Brasil —informa Assis Moura— existe la posibilidad de transacción o moderación persecutoria en hipótesis de delitos con “menor potencial lesivo”, sancionados con penas relativamente leves, creada por diversos ordenamientos recientes: Ley 9.099/95 y Ley 10.259/01, sobre juzgados especiales, que aluden a delitos sancionados con no más de uno o dos años de prisión, respectivamente. Se habla, en tales casos, de “obligatoriedad reglada” (de la persecución) o de “oportunidad limitada”. La ponente nacional indica que, de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina, esta posibilidad se extiende tanto a la justicia federal (introducida por ley 10.259 del 13 de enero de 2002) como a la estadual. Se trata del denominado “espacio de consenso”. Assis Moura cita, sobre el particular, a Pellegrini Grinover *et al.*, *Juizados especiais criminais*, 4a. ed., São Paulo, 2002, p. 376. Por otra parte, según se mencionó en n. *supra*, conforme a la Ley de Juzgados Especiales, de Brasil, en el proceso se “buscará, siempre que sea posible, la conciliación o la transacción”. Al respecto, *cfr.* M. Franklin Nogueira, *Transacção...*, *cit.*, nota 133, pp. 139 y ss. Gadea (Costa Rica): en este país, el artículo 36 del Código Procesal permite la conciliación con la concurrencia de un “amigable componedor”, en casos de faltas y contravenciones y delitos: a) de acción privada, b) pública a instancia privada, c) que admitan la suspensión condicional de la pena, y d) sancionados con pena no privativa de libertad.

¹⁸⁷ Gadea (Costa Rica): faltas y contravenciones, delitos de acción privada, delitos de acción pública a instancia privada y delitos cuyos autores pueden disfrutar de ejecución condicional de la pena. También en México, en códigos recientes: *ej.*, Morelos y Tabasco. *Cfr.* García Ramírez, *El procedimiento penal en los estados...*, *cit.*, nota 133, pp. 83 y 119. Almirón (Paraguay): “el juez penal intentará la conciliación de todas las partes proponiendo la reparación integral del daño social o particular causado”.

nes, es la inequidad o, más llanamente, la injusticia;¹⁸⁸ además, se han aducido cuestiones de inconstitucionalidad, en la medida en que existe pena sin proceso; igualmente: banalización de la justicia, problemas para la ejecución de lo pactado por parte del inculpado, entre otros inconvenientes.¹⁸⁹ De ahí la pertinencia de que la autoridad judicial analice el consenso, supervise el pacto y acredite su admisibilidad.¹⁹⁰ No es deseable ni aceptable el acuerdo secreto, que no deja huella y se impone al juzgador.¹⁹¹ Me referiré de nuevo a la presencia y a las facultades del ofendido y de la víctima cuando examine la actuación de los particulares como titu-

¹⁸⁸ Al examinar los móviles de la autocomposición, Alcalá-Zamora reconoce que, “por desgracia, la desigual resistencia económica de los litigantes..., la lentitud y carestía del procedimiento, las malas artes o las influencias de una de las partes o de su patrocinador, la desacertada conducción del pleito, etcétera, arrastran a autocomposiciones que son más bien rendiciones, en las cuales la decisión altruista viene provocada por la más o menos solapada imposición egoísta del contrario”. *Proceso, autocomposición...*, cit., nota 185, p. 78. Delmas Marty observa: “En en plano teórico, uno de los presupuestos de los procedimientos negociados —que algunos no dudan en calificar de justicia de mercado— es la igualdad de las partes. Se trata, evidentemente, de una ficción ... En Estados Unidos, donde la práctica del *plea bargaining* está generalizada, los presos pertenecen a la población más pobre y a las minorías étnicas más desfavorecidas”. *Procesos penales...*, cit., nota 90, pp. 690-691.

¹⁸⁹ Assis Moura (Brasil).

¹⁹⁰ Gadea (Costa Rica): en la conciliación autorizada por el artículo 36 del Código Procesal, el “amigable componedor” tiene a su cargo “cuidar que en (la) audiencia de conciliación sean respetados los derechos de las partes y que el acuerdo conciliatorio no sea claramente violatorio de los intereses de alguna de las partes, sea el imputado o la víctima, o haya mediado en el mismo desigualdad, coacción o amenazas por una de las partes”. En el nuevo ordenamiento chileno se recoge la filosofía de la justicia consensuada —escribe Tavolari— que confiere a la voluntad de los intervinientes en el proceso efectos vinculantes para la suerte de éste. Al respecto, el tratadista menciona varios institutos, todos los cuales implican intervención y aprobación del juez de garantía, y varios se contraen a delitos menores conminados con punibilidades reducidas: a) acuerdos reparatorios (pero el juez puede negar su aprobación al acuerdo “si estimare que el consentimiento de los celebrantes no apareciere libremente prestado o si existiere un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal”); b) suspensión condicional del procedimiento, c) procedimiento abreviado y d) convenciones probatorias.

¹⁹¹ En Inglaterra, el juez puede rechazar la transacción y condenar por las más graves acusaciones que su hubiesen formulado. *Cfr.* Delmas Marty (dir.), *Procesos penales...*, cit., nota 90, p. 537. Además, hay que tomar nota de una juiciosa recomendación: “no discussion should take place in the judge private room without the presence of a shorthand writer or a tape recordist to record exactly what is said”. Curran, P., *Discussion in the Judge's Private Room*, “Crim. L. R., 1991.86”, núm. 143.

lares de la acusación o del derecho a poner en marcha, por satisfacción de un requisito de procedibilidad, la persecución penal.

Otra cosa son las soluciones que dependen únicamente de la voluntad del Estado y son, por ello, siempre verticales y en buena medida autoritarias. Contra ellas se han enderezado algunas críticas vigorosas, que ponen de manifiesto los peligros que entraña el predominio de una oportunidad depositada en el acervo de potestades del Ministerio Público¹⁹² y que responde a cierta lógica en orden al interés general y a la consideración de la voluntad de la ley.¹⁹³

En algunos casos, la posibilidad de que el Ministerio Público se abstenga de ejercitar la acción penal, con o sin consentimiento del imputado —hay sistemas en que se ordena recabar dicho consentimiento— y previa satisfacción o garantía de satisfacción del daño se sustentan en datos objetivos derivados de la relevancia del delito, la repercusión de éste sobre el agente mismo y/o la culpabilidad o participación del propio sujeto activo.¹⁹⁴ En otros casos, vienen a cuentas consideraciones distintas que abren

¹⁹² En este sentido, *cf.* el parecer de Montero Aroca, que examina la transferencia de potestades que significaría la oportunidad, entendida de esta manera: del juzgador al Ministerio Público, lo cual “comporta una decisión política de gran trascendencia y, al mismo tiempo, muy reveladora de la concepción que se tiene del Estado”. “Los principios del proceso penal...”, en *XV Congreso...*, *cit.*, nota 10, pp. 388-389.

¹⁹³ “Según que el interés general unido al ejercicio de la acción penal y la voluntad general expresada por la ley penal se consideren separados o, por el contrario, confundidos, el Ministerio Público dispone, en relación con este último, de un margen de apreciación sobre la oportunidad de la persecución penal o, al contrario, está sometido a la obligación legal de perseguir el delito”. Delmas Marty (dir.), *Procesos penales...*, *cit.*, nota 90, p. 44.

¹⁹⁴ Gadea (Costa Rica): bajo el principio de “oportunidad reglado”, procede la aplicación del criterio de oportunidad cuando haya escasa reprochabilidad o se trate de un hecho de “bagatela”; haya arrepentimiento activo o colaboración del imputado en determinadas investigaciones; hubiera sufrido el imputado daños graves con motivo del hecho delictivo; exista “saturación de penas”, por concurrencia de varias sanciones. En Perú, informa Quiroga León, conforme al artículo 2o. del Código Procesal Penal: cuando el agente haya sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito, y la pena resulte inapropiada; cuando se trate de delitos que por su insignificancia o poca frecuencia no afecten gravemente al orden público, sancionados con pena menor, y cuando sean mínimas la culpabilidad del agente o su contribución a la perpetración del ilícito. El Ministerio Público puede solicitar al juez, una vez iniciado el proceso, el cierre de éste por motivos de oportunidad. En la especie, será relevante el criterio del juzgador sobre la gravedad del delito. En Costa Rica —señala Gadea— el M. P. puede solicitar al juez la aplicación del “criterio de oportunidad, sea el archivo de la causa, conciliación, procedimiento abreviado o la suspensión del proceso a prueba”; se resuelve en la fase intermedia.

la puerta a un régimen de “negociación penal”. En éste habría lugar —en concepto de Fairén Guillén— para la formación de “un contrato concertado entre el representante del acusado y el Ministerio Público —y en su caso, con los representantes de los acusadores público y particulares— y aprobado por el tribunal”; así, la pena “de legal, pasa a ser contractual”.¹⁹⁵

Esa negociación se vincula con: a) la persecución del crimen, en cuanto algunas negociaciones y concesiones tienen que ver con el suministro de información útil para la investigación criminal, de donde el infractor deviene colaborador y, de alguna manera, agente de la justicia, una conversión que censuró, en su tiempo, el propio Cesar Beccaria;¹⁹⁶ b) la celeridad de los procedimientos y la prontitud de las decisiones, en tanto los acuerdos entre autoridad e inculpado interrumpen la secuela ordinaria del enjuiciamiento, precipitan la resolución definitiva y desalientan las impugnaciones; y c) la economía de la justicia, en la medida en que el procedimiento abreviado, aligerado, desprovisto de grandes formalidades, reduce las erogaciones públicas y privadas a su expresión mínima:¹⁹⁷ una cosa es el juicio con jurado; otra, el arreglo en la antesala de la audiencia, que el tribunal convalida y que pudiera minar la independencia y dignidad de éste, como lo previno Calamandrei, por obra de “ese lento agotamiento interno de las conciencias, que las hace aquiescentes y resignadas: una creciente pereza moral, que a la solución justa prefiere, cada vez más, la transacción, porque ésta no turba la vida tranquila y porque la intransigencia exige demasiado trabajo”.¹⁹⁸

Son diversas las posibilidades de negociación y acuerdo que evite o modere la acusación y alivie o evite la sanción, al menos la severa pena que pudiera imponerse en otras circunstancias. Las hay depositadas en la ley o atribuidas al acusador oficial; aquéllas, sobre todo en Europa; éstas, en Estados Unidos.¹⁹⁹

¹⁹⁵ “Examen crítico de los principios...”, *XV Congreso...*, *cit.*, nota 128, pp. 431 y 432.

¹⁹⁶ *Cfr. De los delitos y de las penas, cit.*, nota 86, pp. 306-307 (“Atentados, cómplices, impunidad”).

¹⁹⁷ Economía que también se produce con respecto a la etapa ejecutiva. En muchos países —así, Argentina, según informa Bertolino— la consecuencia del juicio abreviado es la condena menor y la posibilidad de que se permita su cumplimiento condicional.

¹⁹⁸ Calamandrei, *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJEA, 1969 p. 275.

¹⁹⁹ Amodio examina, en este campo, el “*modello della premialità legale*”, que considera característico del Continente europeo, y el “*modello della premialità negoziale*”, acogido en el common law y confiado al *prosecutor*. *Cfr. Processo penale...*, *cit.*, nota

El *plea guilty* y el *plea bargaining*²⁰⁰ han dominado en el derecho anglosajón. De ahí que “no obstante la estructura formal bien elaborada del proceso penal en Estados Unidos, la realidad es que no se utiliza en la gran mayoría de los casos”.²⁰¹ En ésta opera el *plea bargaining* y sería difícil, o acaso imposible, que ocurriera otra cosa.²⁰² A partir de esa experiencia, la negociación penal se ha difundido ampliamente, adoptando diversas expresiones. Las hay en el derecho europeo,²⁰³ y han ingresado en el americano,²⁰⁴ y específicamente en el mexicano, bajo fórmulas de negociación

78, pp. 256-257. Sobre modelos de discrecionalidad u oportunidad en el derecho comparado, entendida aquélla como “la facultad (de) que disponen los órganos encargados de promover la persecución penal para no iniciar, suspender o poner término anticipado a la misma”, *cf.* Duce y Riego, *Introducción al nuevo sistema...*, *cit.*, nota 78, vol. 1, pp. 181 y ss.

²⁰⁰ Cassel (Estados Unidos): “un acuerdo negociado entre defensor y fiscal, en el cual el acusado se declara culpable de delitos menores o menos numerosos que los cargos de la acusación, y en cambio el fiscal se compromete a recomendar una pena que no exceda un nivel acordado. El juez no participa en la negociación, pero una vez concluido el acuerdo, hay que revelar su contenido al juez en sesión pública, para que sea aprobado o rechazado por el juez. Los jueces casi siempre aceptan tales acuerdos”.

²⁰¹ Cassel (Estados Unidos). En la mayoría de los casos, los procedimientos penales culminan en *guilty pleas*, al cabo de *plea negotiations*. *Cfr.* Weaver, Russell L., *et al.*, *Criminal Procedure. Cases, Problemas & Exercises*, West Group, St. Paul, Minn., 2001, pp. 935 y ss. Más del noventa por ciento de los casos llevados ante la justicia penal en Estados Unidos terminan con admisiones de culpabilidad negociadas, informan Senna, Joseph J., y Siegel, Larry J., *Introduction to criminal justice*, 4a. ed., St Paul, West Publishing Company, 1987, p. 108.

²⁰² “Este fenómeno —informa Cassel— se debe a razones prácticas. Dado el gran número de delitos cometidos en Estados Unidos, y el costo monetario y humano de un juicio oral y adversarial con todas las garantías debidas, no sería posible enjuiciar plenamente a todos los inculpados. Sin la válvula de escape del ‘*plea bargain*’ u otro semejante, el sistema procesal penal de Estados Unidos caería en colapso”. “En Inglaterra, el sistema de justicia penal no podría funcionar sin el *guilty plea* de la mayoría de los acusados”. Delmas Marty (dir.), *Procesos penales...*, *cit.*, nota 90, p. 678.

²⁰³ *Cfr.* Delmas-Marty (dir.), *Procesos penales...*, *cit.*, nota 90, pp. 659 y ss. Las soluciones negociadas obedecen a diversos factores, entre ellos el rechazo al Estado intervencionista y a las regulaciones que se basan en un modelo de autoridad. Sirven, además, a lo que se ha llamado las “soluciones de recambio: un derecho penal de contenido mínimo, penas y medidas diversificadas, marcha atrás de la pena de prisión, modos alternativos para la solución de los litigios”. *Id.*, pp. 662 y 665.

²⁰⁴ Gadea (Costa Rica): se aplica el principio de oportunidad reglada cuando “haya colaboración del imputado (en) casos 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 informa-

que alteran los principios tradicionalmente observados por este sistema, favorecen composiciones oscuras y han recibido, por todo ello, críticas severas.²⁰⁵ Aquí aparecen las negociaciones con ciertos “colaboradores” de la justicia penal: testigos del Estado, testigos protegidos, testigos con inmunidad, arrepentidos,²⁰⁶ cuyo rol en el enjuiciamiento lleva a pensar que se ha relevado a la confesión como “reina de las pruebas” sólo para recoger en esa posición el testimonio del coimputado o del copartícipe en la conducta criminal.

En este ancho campo de las soluciones “facilitadas” por la voluntad de una parte —o, más frecuentemente, de ambas— figura también la admisión de los hechos²⁰⁷ o de la responsabilidad, sea o no un allanamiento,²⁰⁸ que vulnera el principio procesal de oficiosidad²⁰⁹ y determina el cierre del proceso y la sentencia inmediata, aun cuando se confiere al tribunal —como lo hace el Estatuto de Roma— la facultad de soslayar el carácter conclusivo de aquella admisión y mantener abierto el proceso, si lo estima pertinente

ción útil para probar la participación de otros imputados. El único requisito para aplicar este supuesto es que el hecho punible que se prescinde sea de menor gravedad que los hechos punibles cuya persecución facilita o cuya continuación evita con la colaboración”.

²⁰⁵ Zamora Pierce (México): la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (de 1996), “siguiendo modelos anglosajones, introduce en nuestro derecho principios de negociación de la acción penal y de oportunidad en su ejercicio que son totalmente ajenos a nuestra tradición jurídica”. Igualmente, *cfr.* la crítica que hago a este régimen de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, un ordenamiento deplorable por varios conceptos, en García Ramírez, *Delincuencia organizada...*, *cit.*, nota 49, pp. 127 y ss. En sentido diferente, *cfr.* Moreno Hernández, Moisés, *Política criminal y reforma penal*, Cepolcrim, México, 1999, pp. 383 y ss. Asimismo, el estudio comparativo —que abarca diversas figuras procesales— en Europa y América, con apreciaciones sobre “una nueva forma de garantías” en el ámbito del enjuiciamiento de imputados por delincuencia organizada, en Andrade Sánchez, Eduardo, *Instrumentos jurídicos contra el crimen organizado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Senado de la República, LVI Legislatura, 1996, pp. 29 y ss.

²⁰⁶ *Cfr.* Amodio, *Processo penale...*, *cit.*, nota 34, p. 231.

²⁰⁷ Tavolari (Chile): en la hipótesis de procedimiento abreviado.

²⁰⁸ En materia penal —escribe Alcalá-Zamora— el allanamiento es “un acto de disposición, o de renuncia de derechos”: renuncia al derecho de defensa. *El allanamiento en el proceso penal*, Buenos Aires, EJE, 1962, pp. 129 y ss. La “confesión se contrae a afirmaciones de hecho y el allanamiento, a la pretensión jurídica”. *Proceso, autocomposición...*, *cit.*, nota 185, p. 96.

²⁰⁹ Armenta Deu (España), en relación con cierta disposición en los casos de conformidad del acusado (artículos 655, 688, 784.3, 787.1, 800 y 801 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) o de reconocimiento de hechos (artículo 779.1.5a. de *idem*).

en aras de la justicia:²¹⁰ condición que acoge, sin duda, una consideración de oportunidad.

Para los ortodoxos, digámoslo así, la oportunidad debiera administrarse con infinita cautela, atenta a consideraciones objetivas que traigan beneficios a la sociedad sin perjuicios para la justicia. En consecuencia, no es debido articularla a negociaciones que empañan la función penal del Estado: una función con nervio ético. Al referirse a la negociación entrañada en el reconocimiento de responsabilidad y la reducción de cargos, Alcalá-Zamora empleó una expresión severa: “bochornoso chalaneo, con apariencias de allanamiento y realidades de transacción penal”.²¹¹ No han faltado los juicios desfavorables hacia estas soluciones claroscuros, pero también abundan las expresiones de signo contrario. La exposición de motivos del Código Modelo propone organizar la materia —en la que “operan diversos criterios de selección informales y políticamente caóticos”—, incorporando criterios de oportunidad “legislativamente orientados”.²¹² Se pronuncia, además, por la suspensión del proceso a prueba.

En el procedimiento penal internacional hay espacios para la integración de tipos penales, en virtud de las analogías que algunas descripciones sugieren, por una parte,²¹³ y de la consideración política —*lato sensu*: interés de la justicia— que igualmente recoge el Estatuto de Roma. Esta recepción del principio de oportunidad se hace por un doble conducto: a) de una parte, la paralización de la investigación y el enjuiciamiento por

²¹⁰ Una vez producida la declaración de culpabilidad por parte del imputado, “la Sala de Primera Instancia, cuando considere necesaria en interés de la justicia y en particular en interés de las víctimas, una presentación más completa de los hechos de la causa, podrá ... Ordenar que prosiga el juicio con arreglo al procedimiento ordinario estipulado en el presente Estatuto, en cuyo caso tendrá la declaración de culpabilidad por no formulada” (artículo 65.4.b).

²¹¹ *Proceso, autocomposición...*, *cit.*, nota 185, p. 89.

²¹² “El derecho de nuestros países, en general, se aferra todavía al llamado ‘principio de legalidad’, que pretende perseguir todas las acciones punibles, según una regla general de obligación. Pese a ello, en la práctica operan diversos criterios de selección informales y políticamente caóticos, incluso dentro de los órganos de persecución penal y judiciales del Estado. De allí que sea necesario introducir criterios que permitan conducir esta selección de casos razonablemente y conforme a decisiones políticas convenientes. Ello significa modificar, en parte, el sistema de ejercicio de las acciones del Código Penal, tolerando excepciones a la ‘legalidad’, con criterios de ‘oportunidad’, legislativamente orientados”. Instituto Iberoamericano..., “Exposición de motivos”, *Código Procesal...*, *cit.*, nota 27, p. 35.

²¹³ *Cfr.* García Ramírez, *La Corte Penal Internacional...*, *cit.*, nota 61, pp. 61-62 y 67.

acuerdo del Consejo de Seguridad,²¹⁴ órgano político cuyas determinaciones obedecen a motivos del mismo carácter: paz y seguridad, no necesariamente justicia; y b) de otra parte, la apreciación que hace el fiscal, aprobada o no por el propio tribunal, sobre la conveniencia de llevar adelante el procedimiento o no hacerlo, conforme a un llamado “interés de la justicia”,²¹⁵ cuya entidad deberá ser precisada —en virtud de que no lo hacen ni el Estatuto ni las Reglas de Procedimiento y Prueba— por la futura jurisprudencia de la Corte Penal Internacional.

VIII. EQUILIBRIO EN EL ENJUICIAMIENTO

Al referirnos a igualdad o equilibrio en el enjuiciamiento —una idea que de entrada alude a la existencia de contendientes, partes, protagonistas de una pretensión y una defensa—, debemos recordar que en el curso de aquél, entendido en su máxima expresión, hay por lo menos dos etapas claramente diferenciables: en una no existen partes, sino un órgano público que indaga y un sujeto al que se dirige la indagación; concluida esta etapa preparatoria, sobreviene —o no— la segunda fase: en ella el proceso constituye, verdaderamente, un *actus trium personarum*. Es sólo entonces cuando se plantea con naturalidad el tema de la igualdad de armas entre quienes contienden ante el tribunal.

Sin embargo, es preciso que desde el primer acto persecutorio, en la puerta misma de la actividad inquiriente, surjan ya medidas que equilibren los apremios de la investigación —comprometidos con la justicia y la seguridad—, con las exigencias del derecho en la persona del ciudadano sujeto a investigación —unas exigencias que también se miran comprometidas con aquellos valores de la vida civil, trasladados a la escena de la

²¹⁴ Al amparo del artículo 16 del Estatuto.

²¹⁵ Cuando el fiscal analiza y resuelve sobre la pertinencia de iniciar una investigación, debe considerar, entre otros factores, si “existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas (que serían motivos suficientes para actuar, en estricta justicia), una investigación no redundaría en interés de la justicia” (artículo 53.1.c). Hecha la investigación —y bajo este mismo ejercicio de apreciación que se encomienda a la Fiscalía—, el fiscal puede llegar a la convicción de que “el enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia, teniendo en cuenta todas las circunstancias, entre ellas la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas y la edad o enfermedad del presunto autor y su participación en el presunto crimen” (artículo 53.2.c).

persecución. De lo contrario, la investidura del indagador, autoridad del Estado, arrollaría la debilidad del investigado, apenas un particular cuyo escudo frente al poder es el acervo de los derechos —fundamentales, ante todo— que le protegen de la injerencia arbitraria.

En fin, si aquí no podemos hablar de igualdad, debemos hacerlo de equilibrio. Si éste naufraga, poco se logrará con una ilusoria igualdad en el proceso, cuando el imputado ha quedado, de antemano, inerme. De ahí, pues, la necesidad de que el principio de inocencia —al que adelante me referiré—, el derecho a la defensa y las restricciones en materia de prueba eficaz (para los efectos de una condena; otra cosa son los fines de la próxima acusación), entre otros puntos sensibles del enjuiciamiento, tengan cabida desde la fase preparatoria, con la doble faz que ésta debe poseer: oportunidad de inculpación, pero también de exculpación, con deliberada objetividad.²¹⁶

El principio de igualdad ante la ley, que posee múltiples expresiones, se ha de reflejar también en el proceso, al que concurren diversos sujetos,²¹⁷ y trasladar, por conducto de éste, a la solución justa de la controversia.²¹⁸ Si esa igualdad se desvaneciera por obra del proceso —como se enrarece por la mano de la realidad: una mano visible que administra la fuerza—, aquél dejaría de ser instrumento de la justicia para convertirse en convalidación ritual del poder. Lo cierto es que la “tradición literaria y popular consagra largamente la afirmación del carácter discriminatorio de la justicia penal”.²¹⁹

²¹⁶ “En los últimos años por parte de alguna doctrina —advierte Montero Aroca— se está incurriendo en el gravísimo error de considerar que el procedimiento preliminar consiste en reunir los elementos necesarios para determinar si se debe sostener la acusación y para preparar ésta, con olvido de que la actividad preliminar debe servir tanto para lo que determina la inculpación como para lo que la excluye, es decir, debe preparar tanto la acusación como la defensa”. “Los principios del proceso penal...”, *XV Congreso...*, *cit.*, nota 78, p. 384.

²¹⁷ *Cfr.* Quiroga León (Perú): “tres partes de las cuales no se puede prescindir...: (i) el juez penal; (ii) el Ministerio Público representado por el fiscal; y (iii) el imputado”. Agréguese el agraviado, cuando se convierte en parte civil, y el tercero civilmente responsable.

²¹⁸ Armenta Deu (España): el principio de igualdad “postula el equilibrio o paridad de oportunidades procesales entre todas las partes que intervienen en el proceso, sin que ninguna de ellas disponga de más o de mejores armas de defensa o ataque que las otras”; la vigencia de este principio —como de otros— “admite modulaciones en las diferentes fases del proceso”. El Tribunal Constitucional de España sostiene que este principio “debe conectarse con el derecho a la tutela efectiva, el derecho de defensa e incluso con el derecho a un proceso con todas las garantías”.

²¹⁹ Zaffaroni, “Justicia penal y discriminación”, en Varios, *El juez y la defensa de la democracia. Un enfoque a partir de los derechos humanos*, San José, Costa Rica, Institu-

También aquí, o sobre todo aquí, es preciso ganar la ardua batalla por el acceso a la justicia, el “más fundamental de los derechos”.²²⁰

De ahí la necesidad de elaborar el enjuiciamiento en forma que de veras permita el juego de los platillos de la balanza, sin que ninguno de ellos domine al otro por motivos que no sean las razones de los justiciables, ponderadas en su exacto —o en su menos inexacto— valor. En este punto entran en la escena la independencia y la imparcialidad del juzgador, que deben ser independencia e imparcialidad del proceso mismo, y la posibilidad del inculpado —y, en su caso, de la víctima— de tener acceso a la justicia, presentar su posición y obtener una sentencia justa.

La desigualdad que pudiera empañar el proceso, y a la postre desacreditarlo como instrumento admisible y racional para la solución de los litigios, proviene de factores previos al proceso mismo —y en buena medida extraños a él— y de elementos que gravitan sobre éste, puestos en la cuenta de alguna de las partes. La entidad de los intereses en juego, o mejor aún, en conflicto, y el vigor —político, social, jurídico, moral— de sus titulares, gravitan sobre el derecho material e inciden sobre el sistema procesal. En tal virtud, es preciso establecer la limpieza y confiabilidad del juicio a través del equilibrio de los intereses en conflicto y el empleo racional y legítimo de las potestades conferidas a algunos órganos que participan en el enjuiciamiento. Todo esto comienza en la ley del enjuiciamiento y prosigue y culmina en la conducción judicial de la contienda.

En asuntos estrictamente civiles, dominados por la disponibilidad de los bienes en disputa, no se cuida tanto la igualdad entre las partes como en aquellos otros que interesan más a la sociedad porque afectan, o pudieran hacerlo, bienes de mayor entidad, que no están sujetos, o no debieran estarlo, a los vientos que soplan sobre el mercado. Cuando nos hallamos en esta situación, es preciso incorporar en el flujo del proceso —sobre el que también avanzó, desde hace tiempo, el signo social del derecho moderno— factores de corrección que redistribuyan las fuerzas, bajo la vigilancia del Estado legislador y juzgador. En estos casos opera lo que se ha llamado, en

to Interamericano de Derechos Humanos-Comisión de las Comunidades Europeas, 1993, p. 273.

²²⁰ Cappelletti, Mauro, y Garth, Bryanth, *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, trad. Mónica Miranda, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 13.

palabras de Couture, igualdad por compensación:²²¹ se fortalece más al que menos fuerza posee, no sólo a través de medidas particulares en cada contienda específica, sino por medio de variantes del proceso típico que mejoran la posición de una categoría de litigantes sin impedir que se haga justicia —e incluso se administre la equidad— a las categorías restantes.

Si este género de atenciones se despliega sobre el proceso denominado social, con mayor razón —o por lo menos con la misma— debe proyectarse en el enjuiciamiento penal. En éste se mira, como en ningún otro, una flagrante desigualdad entre las partes y una disparidad notoria de los intereses en pugna.²²² De un lado, el bien directo de la sociedad —paz, seguridad—; del otro, el bien de una persona, que también interesa al conjunto, pero de una manera indirecta y embozada. En un caso, el Estado que acusa bajo el manto del fiscal ante el Estado que juzga bajo la toga del tribunal; en el otro, el “enemigo social”, el particular despojado de crédito y prestigio, que quizás ha sido previamente condenado por la opinión del pueblo y sólo aguarda la homologación de la condena por disposición del magistrado.

Se diría que el proceso penal está naturalmente llamado a ser —por la fuerza de las cosas— el escenario en el que se consume un arrasamiento seguro y espectacular. Éste parece anunciado desde que se proclama, en el epígrafe que identifica la causa, quién contiende contra quién: el Rey, la República, la Nación, el Pueblo, el Estado contra un ciudadano particular. En el sistema democrático, la demolición inmediata se detiene ante ciertos obstáculos que el Estado acusador deberá escalar previamente y el Estado juzgador deberá observar con puntualidad: la presunción de inocencia, la carga de la prueba y la defensa material,²²³ así como una organización del

²²¹ *Cit.* por Fix-Zamudio, Héctor, en “El pensamiento de Eduardo J. Couture y el derecho constitucional procesal”, en *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, México, Unión de Universidades de América Latina-Miguel Ángel Porrúa, 1988,

²²² Assis Moura (Brasil): el inculpado y el Ministerio Público se hallan en niveles diferentes; es necesario que el Estado suprima esta desigualdad; para ello se aplican medidas de *favor rei*. Menciona doctrina brasileña en torno a este punto: Pellegrini Grinover, “As garantías constitucionais do processo”, en *Novas tendências do Direito processual penal*, Río de Janeiro, 1990, p. 7; Rogelio Lauria Tucci, *Directos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, Sao Paulo, 1993, pp. 157 y ss.; Paula Bajer Fernández Martins da Costa, *Igualdade no Direito processual penal brasileiro*, Sao Paulo, 2001, pp. 87 y ss., y Antonio Scarance Fernández, *Processo penal constitucional*, Sao Paulo, 1999, p. 48.

²²³ Se distingue entre defensa formal o estricta, que corresponde al abogado, defensa amplia o material, que “realmente corresponde (proveerla) a todas las autoridades y fun-

proceso que traduzca —en la más amplia medida posible— el designio de la “igualdad de armas”,²²⁴ correspondiente a la idea de un proceso entre partes, esto es, un enjuiciamiento de corte horizontal, en el que uno de los contendientes no abruma por fuerza al otro, vencido —de antemano— por la ignorancia o la pobreza. Esto traería la ruina del principio de igualdad ante la ley.²²⁵

En la regulación y la práctica del enjuiciamiento es relevante que el imputado quede a la brevedad posible —es decir, inmediatamente— en la posibilidad de hacer valer sus derechos como sujeto procesal;²²⁶ antes de esto, como simple objeto de investigación —o en todo caso como sujeto de derechos reducidos o recortados—, se halla en el más grave desvalimiento. Esto no significa, sin embargo, que se hagan completamente de lado, a la hora de regular los actos procesales y sus efectos, las consecuencias que traería consigo una igualdad ciega,²²⁷ desatenta a las necesidades

cionarios que intervengan en el proceso. En este sentido, la defensa o protección del encausado desde el primer momento se basaba en la propia imparcialidad del juez y del fiscal”. Aragonés Alonso, Pedro, *Instituciones de derecho procesal penal*, Madrid, 1979, pp. 181-182.

²²⁴ Bertolino (Argentina) considera que el tema del equilibrio entre las partes “se puede reconducir al terreno del llamado principio de la ‘igualdad de armas’. En el enjuiciamiento argentino se ha querido derivar este principio de la idea del ‘debido proceso’ ... habiéndoselo conectado ... con la igualdad de posibilidades para estar presente durante la audiencia de debate; con el derecho a proponer y controlar pruebas; con los principios de publicidad, oralidad e intermediación y con la identidad reservada de los testigos”. En este punto, el ponente argentino cita a García, Luis M., “El principio de igualdad de armas y los nuevos requerimientos”, *Prudentia iuris* (Universidad Católica Argentina, Buenos Aires), núm. 50, agosto 1999, pp. 75 y ss.

²²⁵ Cassel (Estados Unidos): el principio de igualdad ante la ley determina que el Estado otorgue a los pobres medios adecuados para ejercer sus derechos procesales (*Griffin v. Illinois*, 1956; *Lane v. Brown*, 1963; *Douglas v. California*, 1963); no se trata de alcanzar una igualdad absoluta, sino de que el sistema procesal esté libre de “distinciones que no tienen sentido” y que los pobres “tengan oportunidad para presentar sus casos justamente dentro del sistema adversarial” (*Ross v. Moffitt*, 1974). En la práctica, indica Cassel, “los medios otorgados a los pobres son a menudo deficientes”. Sobre esto, invoca un artículo con título elocuente: Stephen Bright, “Counsel for the Poor: the Death Sentence Not for the Worst Crime but for the Worst Lawyer”, 103, *Yale Law Journal* 1835 (1994).

²²⁶ Armenta Deu (España): es relevante, por los derechos que trae consigo, la adquisición de la condición de imputado: acceso a la defensa técnica, comunicación con el abogado, solicitud de diligencias de investigación, asistencia a ciertos actos de investigación. Al respecto, *cf.*, igualmente, *Lecciones...*, *cit.*, nota 22, pp. 44 y 45.

²²⁷ *Cf.* la referencia de Armenta Deu (España) a la regulación sobre tiempo y consecuencias en orden a la presentación de los escritos de acusación y de defensa en el enjuiciamiento rápido: si el acusador es omiso, se entiende que no pide la apertura del juicio

y propósitos que entraña el enjuiciamiento, en sí mismo y como pieza de un sistema, y a la mejor manera de atenderlos, siempre —lo subrayo— sin avasallar a la persona.²²⁸

Si existen correctivos y valladares en favor del inculpado, es porque se ha reconocido, finalmente, las exigencias de la dignidad humana, que no admiten mella ilícita en los derechos y libertades de la persona, y porque además se ha zanjado el dilema de una justicia que se sabe falible: entre el riesgo de liberar al culpable y el peligro de condenar al inocente, se ha preferido —bajo el concepto *pro homine*, aquí desarrollado como *pro reo*— evitar a todo trance el castigo del inocente, en el que la justicia padecería más que en el otro supuesto: la impunidad del culpable.

El derecho de la Ilustración afirmó un principio que hoy domina, precisamente como eje a partir del cual se deshila una serie de consecuencias: todo individuo debe ser considerado inocente hasta que se demuestre y declare que es culpable del crimen que se le imputa. En este sentido se pronuncian textos internacionales²²⁹ y constituciones iberoamericanas, así como leyes procesales, sea que se presuma la inocencia del sujeto mientras no se pruebe su culpabilidad, sea que se le considere culpable sólo cuando exista sentencia condenatoria, sea que se proscriba la presunción de responsabilidad penal.²³⁰ Esta es una regla eminente en la impartición de justicia penal.²³¹

oral y que considera procedente el sobreseimiento libre, todo ello con el propósito de acelerar el procedimiento. Aquí, “la equiparación de consecuencias para acusación y defensa ... —indica la ponente— se hace a costa de un cierto riesgo de la impunidad de alguna conducta”; en la especie, el objetivo de celeridad “no resulta suficiente para fundamentar un tratamiento desigual de acusador y acusado a la hora de presentar los escritos de acusación y defensa”.

²²⁸ Zamora Pierce (México): “En el proceso penal, en donde se enfrentan un órgano de Estado y un particular acusado, el equilibrio procesal entre las partes, aplicación del principio general de igualdad de los individuos ante la ley, no significa, no puede significar, una identidad total de oportunidades y de cargas procesales, sino, tan sólo, una igualdad de posibilidades de defensa de los intereses que les pertenecen o les han sido confiados”.

²²⁹ Declaración Universal, artículo 11.1; Declaración Americana, artículo 26.2; Pacto Internacional, artículo 14.2; Convención Europea, artículo 6.2; Convención Americana, artículo 8.2; Carta Africana, artículo 7.1.

²³⁰ Bolivia, artículo 16.I; Brasil, artículo 5, LVII; Colombia, artículo 29; Chile, artículo 19.3o.; Ecuador, artículo 24.7; El Salvador, artículo 12; España, artículo 24.2; Guatemala, artículo 14; Honduras, artículo 89; Nicaragua, artículo 34.1; Panamá, artículo 22; Paraguay, artículo 17.1; Perú, artículo 2.24.e; Venezuela, artículo 49.2. Asimismo, Gadea (Costa Rica).

²³¹ Cassel (Estados Unidos): una relevante jurisprudencia sostiene que “the principle that there is a presumption of innocence in favor of the accused is the undoubted law,

La presunción de inocencia —cuyo carácter de verdadera presunción se ha cuestionado—²³² atañe a la responsabilidad penal, más todavía que a la participación en ciertos hechos con apariencia delictuosa. Quien es capturado en situación de flagrancia, también es beneficiario de la presunción, que persiste hasta la condena, si tal es el caso. Esa vulnerable presunción constituye el dato que coloca en cierta posición de equilibrio a quien es acusador y a quien es acusado: todavía no hay un delincuente, resistiendo la justicia del Estado, sino un inocente que defiende su condición.

Sin embargo, la presunción tiene muchas hendiduras por las que se filtra y anticipa el castigo de aquel a quien todavía se considera inocente. Si el proceso se funda, expresivamente, en unos “indicios racionales de criminalidad”, como dice la ley española, o en una “probable responsabilidad del inculpado”, como señala la mexicana, la presunción de inocencia padece.²³³ Y por otra parte, ¿en qué se habría de apoyar la persecución del Estado —yendo por encima de la frontera que le detiene frente a cualquier ciudadano común—, si no en esos indicios de criminalidad o esa probable responsabilidad?

Obviamente, las medidas cautelares en el curso del enjuiciamiento y algunas diligencias probatorias que significan un profundo ingreso en la

axiomatic and elementary, and its enforcement lies at the foundation of the administration of our criminal law” (*Coffin v. U.S.*, 1895).

²³² “No estamos ante una verdadera presunción, pues no existe ni hecho indiciario ni hecho presumido”, señala Juan Montero Aroca, *Derecho jurisdiccional*, Bosch, Barcelona, t. III, p. 43, citado por Quiroga León (Perú). Esta llamada presunción contiene elementos aprovechables —señala el mismo Montero Aroca—, que se reflejan sobre el trato procesal del inculpado: “debe ser tratado y considerado inocente”, y sobre las cargas probatorias de quien acusa. *Cfr.*: “Principios del proceso penal...”, en *XV Congreso...*, *cit.*, nota 78, pp. 406-407. Fairén Guillén, que también discute el carácter de presunción atribuido a esta figura, señala que hasta el momento de iniciarse un proceso penal contra un ciudadano, éste “se halla cubierto por la presunción política de inocencia”; cuando se actúa judicialmente contra esa persona, esa “presunción se transmuta en ficción *ad hoc*; y es esta ficción (que nos engaña, por su contenido y por su nombre) la que figura intacta hasta el final del ... proceso”. “Examen crítico de los principios...”, en *id.*, p. 426.

²³³ Conforme a la Constitución de Guatemala, el auto de prisión supone la existencia de “motivos racionales suficientes para creer que la persona detenida” ha cometido un delito o participado en él (artículo 13). En sentido semejante, Honduras (artículo 92), y México (artículos 16 y 19). Me remito, igualmente, al comentario que hago *infra* acerca de la prisión preventiva. El artículo 5.1.c de la Convención Europea autoriza la privación de libertad si el sujeto fue detenido bajo “sospecha razonable de haber cometido una infracción o cuando haya motivos razonables para creer en la necesidad de impedirle cometer una infracción o huir después de haberla cometido”.

zona de intimidad del sujeto constituyen la prueba de fuego para la presunción de inocencia, una prueba de la que ésta no sale airosa. Vuelvo a Beccaria con respecto a la institución que impone mayor desafío a la presunción: la prisión preventiva es pena que se anticipa a la condena.²³⁴ El “supuestamente” inocente, pues, queda “realmente” privado de la libertad.

La carga de la prueba también tributa al equilibrio entre las partes. Quien acusa debe probar su imputación; el inculpado, abrigado por la presunción de inocencia, no está obligado a acreditar esta última,²³⁵ aunque en la realidad de las cosas más le vale hacerlo, como también le conviene invocar con pericia el derecho en el que funda sus defensas, a pesar de que *iura novit curia*. La regla de que compete al Estado la carga de la prueba —y mejor todavía: existe un deber funcional de probar a cargo del órgano público que sostiene la imputación— ha comenzado a declinar a través de regímenes que presumen la ilicitud y ponen en la cuenta del sujeto acreditar la legitimidad de su conducta, sobre todo a propósito de la procedencia de ciertos bienes.²³⁶ Ha sucedido que se proceda al decomiso, no obstante la ineficacia —para este efecto— de la investigación o del proceso, a título de medida administrativa *sui generis* y no bajo el concepto que rigurosamente corresponde: pena patrimonial,²³⁷ impuesta, paradójicamente, sin constancia de responsabilidad penal.

La desigualdad entre el inculpado y el acusador oficial —más la solución al dilema que ya invoqué: condenar al inocente o absolver al culpable— promueve igualmente medidas de defensa material: las aporta la ley, colocando gramos en la balanza, y las suministra el tribunal, haciendo su propia aportación. El principio de estricto derecho que prevalece en otras causas y que se proyecta sobre el Ministerio Público —cuya posición debe correr la suerte que le depare su maestría en la investigación, si ha partici-

²³⁴ Cfr. *De los delitos...*, *cit.*, nota 86, p. 284 (“De la prisión”).

²³⁵ Cassel (Estados Unidos): “la presunción de inocencia implica que el gobierno lleve el cargo de comprobar todo y cada elemento del delito acusado más allá de cualquier duda razonable (*‘beyond a reasonable doubt’*)” (*Sullivan v. Louisiana*, 1993). Asimismo, Almirón (Paraguay).

²³⁶ Assis Moura (Brasil): así, en el enjuiciamiento por “lavado de dinero”, conforme a la Ley 9.613/98.

²³⁷ Cfr. mi examen de esta materia con respecto a la legislación mexicana, en *Delincuencia organizada. Antecedentes y regulación penal en México*, 3a. ed., México, Porrúa, 2002, 62 y ss. y 80 y ss., y *El nuevo procedimiento penal mexicano*, 3a. ed., México, Porrúa, 2001, pp. 159 y ss.

pado en ella, y en la acusación— no siempre opera con respecto al inculpa- do. En este espacio podrían figurar la negativa de recurso contra senten- cias absolutorias de primera instancia, la suplencia de la queja deficiente, la práctica de pruebas para mejor proveer, la regla *ne reformatio in pejus* y el propio principio *in dubio pro reo* —que se reconoce en alguna ley fun- damental—,²³⁸ aplicado tanto a la verificación de los hechos como a la tipicidad de la conducta.

IX. PRUEBA

El enjuiciamiento es —o provee—, en definitiva, una organizada y sis- temática oportunidad de prueba: de los cargos, en un extremo; de las de- fensas y excepciones, en otro. Desde el primer momento hasta la víspera de la sentencia definitiva, la actividad de los órganos investigadores y del sujeto investigado, en una etapa, y de las partes y sus auxiliares, así como la de otros intervinientes procesales, en la etapa siguiente, se dirige a probar los hechos y la responsabilidad de una persona, o a controvertir esa prueba y acreditar, en contrapartida, la inexistencia o atipicidad de los hechos, la irresponsabilidad del sujeto, la presencia de excluyentes o de causas extintivas de la pretensión punitiva. Se hará lo mismo —aun- que con diferente fuerza final— si se trata de formar la convicción del acusador que debe llevar el convencimiento al ánimo del juzgador. En su caso y momento, la prueba versará también sobre condiciones o circuns- tancias del individuo, para dar sustento al difícil ejercicio de un informa- do arbitrio que trasladará la punibilidad legalmente prevista —en calidad y cantidad— a la norma particular de la sentencia, punición: pena o me- dida, específicas.²³⁹

²³⁸ Perú, artículo 233.7.

²³⁹ En tanto “la punibilidad es conminación de privación o restricción de bienes del autor del delito, formulada por el legislador para la prevención general, y determinada cualitativamente por la clase de bien tutelado y cuantitativamente por la magnitud del bien y del ataque a éste”, la punición es “producto del ejercicio de *ius puniendi* judicial, que se manifiesta en el momento en que el órgano judicial elabora la norma penal indi- vidual y concreta a través de la sentencia penal”, y la pena “es la real privación o restric- ción de bienes del autor del delito que lleva a cabo el órgano ejecutivo para la prevención especial, y determinada en su máximo por la culpabilidad y en su mínimo por la repersonalización”. Islas de González Mariscal, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, 4a. ed., México, Trillas, 1998, pp. 59, 80 y 82.

Con la prueba se pretende alcanzar ciertos fines: objetivamente, el conocimiento de la verdad, y subjetivamente y a partir de ese conocimiento, la persuasión del tribunal. Satisfechos ambos extremos, éste podrá resolver en definitiva. Regularmente se ha dicho que el proceso civil, dominado por la dispositividad de los intereses en juego, puede conformarse con una versión casi convencional de la verdad, apartada de la realidad estricta, que se hallaría en la sombra. Habrá que reflexionar sobre semejante aserto, que pone al juez en las manos de las partes, y más todavía, deja la justicia pública a merced del interés privado:²⁴⁰ el Estado diría que es verdad lo que en realidad es mentira, y sobre ésta montaría el despliegue de una de sus funciones esenciales: la jurisdicción que se concentra, finalmente, en la sentencia. Una cosa es que las partes pacten lo que estimen conveniente —a condición de que el pacto y sus consecuencias no violen normas imperativas o agraven a terceros—, y otra que dispongan a capricho de la jurisdicción²⁴¹ y ésta devenga la “boca que pronuncia las palabras de las partes”.

El proceso penal, en cambio, pretende lo que se ha llamado, no sin redundancia, verdad material, histórica, auténtica: lo que efectivamente ha ocurrido.²⁴² Una verdad “pura y dura”, que vence la duda y convence al tribunal.²⁴³ Pedir certeza absoluta sería demasiado; basta con el convencimiento firme, que satisface la crítica del juzgador prudente, informado y exigente. Calamandrei afirma: “cuando se dice que un hecho es verdadero, se quiere decir en sustancia que ha logrado, en la conciencia de quien como tal lo juzga, aquel grado máximo de verosimilitud que, en relación con los limitados medios de conocimiento de que el juzgador dispone, basta para

²⁴⁰ Examino este punto en “Reflexiones sobre los principios rectores...”, *XV Congreso...*, *cit.*, nota 78, p. 355.

²⁴¹ Tavolari (Chile): las convenciones probatorias del nuevo sistema procesal penal chileno quedan sujetas a la aprobación del tribunal, que se otorgará “siempre que se conformen a las alegaciones efectuadas antes por los intervinientes”.

²⁴² De ahí el conocido señalamiento de Eugenio Florian acerca de la “investigación de la verdad efectiva, material, histórica”, como uno de los fines específicos del proceso penal. *Cfr. Elementos de derecho procesal penal*, trad. L. Prieto Castro, Bosch, Barcelona, s/f, p. 59. Pedro J. Bertolino señala que “la naturaleza del proceso penal pone de resalto tal vez más las vinculaciones que las diferencias (y sin mengua de éstas) entre la ‘verdad jurídica objetiva’ y la ‘verdad material o sustancial’.” *La verdad jurídica objetiva*, Buenos Aires, Depalma, 1990, p. 87.

²⁴³ La función del proceso penal en los Estados Unidos —manifiesta Cassel— es lograr la verdad con alto grado de certeza: “más allá de cualquier duda razonable” o “*beyond a reasonable doubt*”. En este sentido, cita la resolución de *Sullivan vs. Louisiana* (1993).

darle la certeza subjetiva de que aquel hecho ha ocurrido”, sin olvidar que, tal y como advertía Voltaire, “les vérités historiques ne sont que des probabilités”.²⁴⁴ Sobre este cimiento, razonablemente firme, se podrá construir una sentencia justa. Esa verdad, por lo tanto —y no un sucedáneo—, constituye uno de los objetivos específicos del proceso penal. La regla de veracidad estricta rige también en otras vertientes del proceso: ante todo, el proceso social, de signo tutelar, que no podría conformarse con una presentación convencional de los hechos y eludir la realidad, y por ello acepta con holgura la investigación judicial.²⁴⁵

La autoridad que inquiere debe allegarse la prueba de aquello que investiga: unos hechos, una participación, una responsabilidad. Sobre ella pesa este gravamen, necesario para el enjuiciamiento y que en rigor constituye, como dije, una obligación funcional y, en este sentido, una responsabilidad estricta.²⁴⁶ No podría ser de otra suerte cuando se trata de poner en movimiento el *jus puniendi* del Estado en un caso particular. La carencia de prueba y la negligencia o impericia en obtenerla frustran el deber de perseguir e impiden la función de juzgar. Se habría enrarecido, merced a la impunidad —procurada o no—, una de las misiones nucleares del Estado. Y las partes deben probar lo que afirman: lo mismo cuando atribuyen que cuando rechazan. Así, el fiscal y el inculcado, y en su propia hipótesis el ofendido que reclama el resarcimiento. Empero, el fiscal enfrenta esa tarea también bajo el título del deber funcional,²⁴⁷ al paso que los otros sujetos

²⁴⁴ “Verdad y verosimilitud en el proceso civil”, en *Derecho procesal civil. Estudios sobre el proceso civil*, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJE, t. III, p. 318.

²⁴⁵ Cfr. mis *Elementos de derecho procesal agrario*, 3a. ed., México, Porrúa, 2000, pp. 391 y ss.

²⁴⁶ Así, igualmente, Bertolino, que al respecto cita el parecer de José I. Cafferata Nores cuando afirma que al Ministerio Fiscal le incumbe “la responsabilidad (no la carga) de procurar la prueba sobre los extremos de la imputación delictiva” (*Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, 3a. ed., Buenos Aires, Fundamentos del Puerto, 2000, p. 38).

²⁴⁷ Esto es, como “competencias o atribuciones de una autoridad en el complejo de la organización del Estado”, sin detrimento de utilizar en este mismo caso las categorías procesales para “comprender la situación procesal de las partes como tales, es decir, en atención a la solución judicial esperada”. Goldschmidt, J, *Principios generales...*, cit., nota 131, t. II, pp. 91-92. En este sentido, ambas partes tienen carga material de la prueba, entendida como “el interés que tiene una u otra parte en que un hecho determinado se compruebe, porque la no-comprobación del hecho redundaría en su perjuicio. *Id.*, p. 88. El “perjuicio” del Ministerio Público no tiene contenido personal, como el del inculcado o el querrelante particular, sino atañe a la tutela de los intereses cuya defensa se le confía.

lo hacen en concepto de carga: para alcanzar una resolución favorable y evitar una adversa.

Persiste el debate en torno a la actividad probatoria del juzgador. No hay duda sobre la obligación que tiene de apoyar a las partes cuando éstas ofrecen pruebas que no podrían aportar por sí mismas. Pero hay una cuestión acerca de la iniciativa judicial en materia de prueba. ¿Puede el juez, bajo el régimen acusatorio, indagar los hechos por su cuenta con el propósito de conocer la verdad, que de otra suerte —y así lo percibe el tribunal— quedaría en penumbra? ¿Podría, en tal virtud, recuperar la función de inquirir, a riesgo de empañar la misión de juzgar? ¿O sucedería, más bien, que para iluminar ésta se vería en la necesidad de asumir aquélla?

Si partimos de ciertas afirmaciones dogmáticas, la solución se complica extraordinariamente. Conforme al paradigma, el juez del sistema acusatorio debiera conformarse con la prueba que las partes le suministran, aunque advierta —porque el tribunal no es “ciego”— que así se le lleva de la mano por el camino del error, y consecuentemente de la injusticia. En los términos del mismo paradigma, el tribunal devendría inquisidor si disipa por sí mismo la sombra que le impide caminar en procuración de la verdad²⁴⁸ y hacer, en último análisis, justicia.

La respuesta pudiera hallarse en el punto donde coinciden las exigencias de equilibrio entre las partes y búsqueda de la verdad material: no suplirá el tribunal al fiscal, pero no permitirá que una defensa torpe deje la verdad en penumbra y sacrifique al inculpado.²⁴⁹ Quien puede suplir la defi-

²⁴⁸ Armenta Deu (España): el principio de oficialidad domina en la instrucción para llevar adelante el procedimiento e indagar los hechos y la responsabilidad; en cambio, “en la fase de enjuiciamiento (también llamada de juicio oral) la vigencia de la oficialidad se diluye notablemente debido a una interpretación extensiva del principio acusatorio, conforme a la cual, a pesar de la especial naturaleza del ‘*ius puniendi*’ y de que la búsqueda de la verdad material es uno de los fines del proceso penal, un sector doctrinal entiende que cualquier actividad del órgano judicial le hace perder su posición de tercero imparcial; esto es lo que, a juicio de algunos, sucedería con la posibilidad de instar la práctica de nuevas pruebas en el juicio oral o respecto a la eventualidad de utilizar la denominada ‘tesis’ del artículo 733 LECrim” (Ley de Enjuiciamiento Criminal).

²⁴⁹ Assis Moura (Brasil): el juez no es un “observador inerte”; posee iniciativa instructoria: pruebas de oficio para el esclarecimiento de la verdad. Vásquez Rivera y Jiménez Jaramillo (Colombia) informan sobre la solución que aporta el artículo 234 del Código de Procedimiento Penal de ese país: “El funcionario judicial buscará la determinación de la verdad real. Para ello debe averiguar, con igual celo, las circunstancias que demuestren la existencia de la conducta punible, las que agraven, atenúen o exoneren de responsabilidad al procesado y las que tiendan a demostrar su inocencia. La carga de la

ciencia de la queja —que es una deficiencia a propósito del derecho, pero también puede serlo con respecto a los hechos—, igualmente podría resolver la deficiencia de la prueba, cuyas consecuencias no son menos graves que las de aquélla.

Si lo que se pretende es un pleno conocimiento de los hechos y una informada y justa solución del conflicto, parece necesario —y así se ha visto cada vez más— autorizar la aportación al proceso de todo aquello que sirva, a título de prueba, para alcanzar aquellos propósitos.²⁵⁰ El debate, pues, no sólo concierne a la eficacia de la prueba, sino a su admisibilidad y procedencia: que sea “pertinente, idónea y relevante”,²⁵¹ en función del tema del proceso. Esta apertura en la posibilidad de probar, en orden a los medios, debe conciliarse con los límites racionales de la prueba, en función de la pertinencia, y con las reglas de admisibilidad de aquélla, en virtud de la legitimidad.²⁵² La prueba debe ser pertinente: conducente a esclarecer la cuestión que se examina, en el momento procesal adecuado. De no ser así, debiera ser rechazada *in limine*.

El inculcado fue objeto de investigación, con todo lo que ello significa en función de la prueba. Ahora se le reconoce —bajo el régimen acusatorio— una situación jurídica diferente: sujeto procesal, investido con derechos y garantías. La prueba a su cargo, por antonomasia, fue la confesión: en este caso era órgano de la prueba. En la medida en que la confesión fue

prueba de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado corresponde a la fiscalía. El juez podrá decretar pruebas de oficio”.

²⁵⁰ La experiencia muestra que es desaconsejable una total libertad en la admisibilidad de los medios de prueba, sea porque no se fundan en bases científicas suficientemente sólidas, sea porque se daría paso a fraudes y manipulaciones, sea porque ofenderían la dignidad de las personas cuando implicasen coerciones personales inaceptables. Araújo Cintra, Pellegrini Grinover y Rangel Dinamarco, *Teoría geral...*, *cit.*, nota 126, p. 349.

²⁵¹ Bertolino (Argentina), cita a este respecto a D’Albora, Francisco J., *Código procesal penal de la nación, Anotado, Concordado, Abeledo Perrot*, 5a. ed., Buenos Aires, 2002, p. 460. En México, conforme al Código Federal de Procedimientos Penales, la prueba debe ser “conducente” (artículo 206). En este mismo país, el inculcado tiene derecho a que se le reciban “todas las pruebas que ofrezca” (artículo 20 constitucional, A, fracción V). La Ley de Amparo considera violadas las leyes del procedimiento, de manera que su infracción afecta las defensas del quejoso: “VI. Cuando no se le reciban las pruebas que ofrezca legalmente, o cuando no se reciban con arreglo a derecho”. El artículo 24.2 de la Constitución de España atribuye al inculcado el derecho “a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa ...”.

²⁵² Cfr. Bustamante Alarcón, Reynaldo, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, Lima (Perú), ARA Editores, 2001, pp. 135 y ss.

considerada “reina de las pruebas”, o en la que se le atribuyó un alto valor por sí misma, la autoridad podía concentrarse en la obtención de confesiones, lo cual traía consigo ciertas prácticas que contrariaban en lo absoluto —y contraría, ahí donde se emplea— los principios del enjuiciamiento democrático. La decadencia de la prueba confesional —cuestionada desde diversos flancos— y el amplio rechazo constitucional²⁵³ y legal de la declaración propia adversa, que puede constituir “autoincriminación”, han mejorado notablemente la suerte del inculpado y la marcha de la justicia.²⁵⁴

Hay que analizar por separado el tema de la legitimidad, que posee antiguas y nuevas implicaciones. Tradicionalmente se han rechazado las pruebas contrarias al derecho —esto es, las que implican violación de normas jurídicas— y también, aunque en menor grado, las que contravienen la moral, exclusión, ésta, que genera mayores resistencias. Sea lo que fuere, ahí se halla una primera línea de exclusión. Otra, traída por la jurisprudencia —principalmente la jurisprudencia norteamericana— tiene que ver con la legitimidad de los medios con los que se allega la prueba y con la contaminación que sufrirán medios y hallazgos, legítimos en principio, cuando su fuente es ilícita: la doctrina del “árbol envenenado”, cuyos frutos son siempre deleznable.²⁵⁵

Si el proceso es una actividad legítima y reglada, que compromete la más relevante misión del Estado —o una entre las más relevantes: decir el derecho, hacer justicia— y por eso mismo posee un elevado rango ético, jurídico y político, es por lo menos natural la exigencia de que la prueba se recabe en forma legítima y se halle sometida, además, al examen crítico

²⁵³ Argentina, artículo 18; Bolivia, artículo 14; Colombia, artículo 33; Costa Rica, artículo 36; Cuba, artículo 58; Chile, artículo 19.7o.f; Ecuador, artículo 24.9; El Salvador, artículo 12; Estados Unidos (enmienda V); España, artículo 24.2; Guatemala, artículo 16; Honduras, artículo 88; Haití, artículo 46; México, artículo 20, A, II; Nicaragua, artículo 34.7; Panamá, artículo 25; Paraguay, artículo 18; Perú, artículo 2.24.h; República Dominicana, artículo 8.2.i; Uruguay, artículo 20 y Venezuela, artículo 49.5. Igualmente, Pacto Internacional, artículo 14.3.g; Convención Americana, artículos 8.2.g y 8.3.

²⁵⁴ Sobre el derecho al silencio, *cfr.* González-Salas Campos, Raúl, “La valoración del silencio del inculpado”, en Moreno Hernández (coord.), *Globalización e internacionalización...*, *cit.*, nota 27, pp. 211 y ss.

²⁵⁵ En la resolución de *Nardone v. United States* (1939), la Suprema Corte de los Estados Unidos consideró: “(t)he essence of a provision forbidding the acquisition of evidence in a certain way is that nor merely evidence so acquired shall not be used before the Court but that it shall not be used at all”. Weaver *et al.*, *Criminal procedure...*, *cit.*, nota 201, pp. 556 y ss.

inherente al contradictorio, para que produzca los efectos que de ella se esperan en orden a la verdad y la convicción del tribunal. Es lógicamente posible desvincular ambas cosas y permitir que cada una corra por su cuenta: de un lado, la forma de esclarecer los hechos, más o menos plausible o vituperable; y de otro, la convicción que los medios de prueba —independientemente de la forma en que fueron obtenidos— puedan producir en el ánimo del tribunal. Sin embargo, no es posible desatender la licitud de los medios de que se vale el Estado —o el particular— para pretender cierta decisión del tribunal. De otra manera: “el Estado pierde su autoridad moral, y por tanto su legitimidad para ejercer el derecho de castigar en caso de violación de leyes, si, para obtener pruebas, sus agentes se hacen ellos mismos igualmente culpables”.²⁵⁶

Soslayar este punto, en aras del resultado que se pretende, significaría restar calidad ética y jurídica al proceso, rehén del pragmatismo. Se llegaría a la conclusión de que es posible valerse de cualquier argucia, e incluso de cualquier delito, para acreditar la imputación o la defensa. Este “hiperpragmatismo” probatorio asumiría la cuestionada divisa de que el fin justifica los medios y colmaría el enjuiciamiento, que es una reivindicación de la juridicidad, con los productos del comportamiento ilícito.

La regla de exclusión, acuñada por una exigente jurisprudencia, ha llevado a desatender —en forma total o parcial— las pruebas obtenidas por medios que la ley reprueba:²⁵⁷ son nulas de pleno derecho o inexistentes, se ha dicho.²⁵⁸ La confesión bajo tortura puede esclarecer los hechos sujetos a investigación, pero el Estado no podría asumir esa consecuencia aprovechable a partir de una maniobra inaceptable y, más todavía, punible en

²⁵⁶ Delmas Marty (dir.), *Procesos penales...*, cit., nota 90, p. 624.

²⁵⁷ Assis Moura (Brasil): son inadmisibles las pruebas obtenidas por medios ilícitos y las que sean moralmente ilegítimas o atentatorias contra la moral y la seguridad individual o colectiva. Tavolari: quedan proscritas las pruebas obtenidas con inobservancia de las garantías fundamentales. Gadea (Costa Rica) informa que “la Sala Constitucional ha decidido con respecto (al principio de legitimidad de la prueba) que, con el fin de eliminar toda posible prueba ilegítima dentro del proceso, se le niegue todo valor probatorio en sí y se suprima del proceso, y se invaliden también otras pruebas, aunque no ilegítimas, pero que se hayan obtenido a través de un medio espurio, es decir, ilegítimo”.

²⁵⁸ Pellegrini Grinover —citada en este punto por Assis Moura (Brasil)— considera que la prueba ilícita es un “no-acto”, una “no-prueba”, que debe ser reconducida a la categoría de la inexistencia jurídica. Cfr., de Pellegrini, *As nulidades...*, cit., nota 186, p. 143. Difiere de esto último Maria Lúcia Karma, *Competencia no processo penal*, 3a. ed., Sao Paulo, 2002, pp. 50 y ss., también citada por Assis Moura.

el concepto del derecho interno y del orden jurídico internacional. Es absolutamente inadmisibles poner en operación delitos de lesa humanidad para obtener, inyectando sus resultados al proceso, una sentencia “justa”. Evidentemente, hay ejemplos menos dramáticos, pero incluso éstos quedan sujetos a medición bajo la regla de que el fin no justifica los medios.

Es evidente que las cosas pueden verse desde otro ángulo, hasta conseguir una visión que pone en crisis las soluciones “de una pieza”: extrema gravedad del delito cometido —pero hay que decir, mejor, atribuido— y patente levedad relativa, si se hace contraste con aquél, de la violación procesal realizada.²⁵⁹ La admisibilidad de la prueba, considerando para ello los medios utilizados para obtenerla, desencadena problemas de la más subida importancia. Entre éstos figuran los que trae consigo el desarrollo de la ciencia y la tecnología.²⁶⁰

La necesidad imperiosa de combatir con eficacia el delito lleva a debate el alcance de la regla de exclusión. En la jurisprudencia interamericana se ha sostenido con firmeza el reproche a los actos indebidos en el enjuiciamiento. También en otras latitudes se examina con preocupación el problema que plantean, en orden a su admisibilidad, ciertos medios probatorios: agentes “encubiertos”, “arrepentidos”, testigos de “identidad reservada”.²⁶¹

Se quiere preservar la licitud, pero también evitar que los llamados “tecnicismos” generen una insoportable impunidad, que pondría en predicamento el sistema mismo de justicia. No hay que olvidar, sin embargo, que lo que se califica como “tecnicismo” puede constituir, en rigor, una garantía trabajosamente consagrada y difícilmente preservada. Aquí la justicia discurre sobre el filo de la navaja. Se suele restar toda eficacia —más aún, rechazar la admisibilidad— de las declaraciones arrancadas con violencia u obtenidas sin observar las garantías establecidas en la Constitución o en

²⁵⁹ Valgámonos de la reflexión que hace Delmas Marty: “Si los cacheos y los registros ilegales son deplorables, infracciones como la violación, la tortura, el homicidio y el robo a mano armada son evidentemente mucho peores. Cuando un indicio ilegalmente obtenido prueba que un acusado es culpable de alguna de esas infracciones —a diferencia de una infracción poco grave— parece chocante suprimir el indicio de manera que un criminal escape a la justicia”. *Procesos penales...*, cit., nota 90, p. 624.

²⁶⁰ Tavolari (Chile) refiere las cuestiones que suscitó, a propósito del derecho al silencio, el empleo de “exámenes corporales”, esto es, pruebas de carácter biológico (de sangre y otros análogos), que hacen del imputado órgano de prueba. El problema se resolvió atribuyendo al juzgador la facultad de admitir esas pruebas “siempre que no fuere de temer menoscabo para la salud o dignidad del interesado”.

²⁶¹ Bertolino (Argentina).

la ley, y de las pruebas obtenidas por medio de un allanamiento ilegítimo, que también contraviene esas garantías.²⁶²

Una forma de sortear los riesgos de ese filo es ponderar la trascendencia que el acto violatorio tuvo sobre la resolución final.²⁶³ Esto mueve la razón y la imaginación, y en ocasiones obliga, a través de un ejercicio de abstracciones, a incurrir en conjeturas de las que no siempre derivará una solución juiciosa y segura. Es verdad que la persecución se arriesga cuando opera con severidad la regla de exclusión, negando toda eficacia a cualquier acto ilícito —como lo hace, con fórmula enfática, el Código de procedimientos de la provincia de Córdoba²⁶⁴— y sometiendo el proceso —y, en su caso, la sentencia— a la sanción de nulidad.²⁶⁵ Pero también lo es que los peligros abundan y crecen cuando se multiplican las concesiones a la ilicitud.

En la jurisprudencia interamericana, el tema de los actos indebidos en el enjuiciamiento ha surgido a propósito de la prueba, pero también —y más todavía— en relación con otros actos incompatibles con el Pacto de San José: juicio por tribunal incompetente, restricciones a la defensa,²⁶⁶ obstáculos a la prueba, detenciones irregulares o inobservancia de derechos de los

²⁶² Brasil, artículo 5, LVI; Cuba, artículo 58.4; El Salvador, artículo 12; España, artículo 24.2; Honduras, artículos 88 y 100; México, artículo 20, A, II; Paraguay, artículo 17.9; Perú, artículo 24.h.

²⁶³ Cassel (Estados Unidos) informa: “Si bien es cierto que el juicio no tiene que ser perfecto (*Delaware v. Van Arsdall*, 1986), sin embargo es esencial que los errores constitucionales, sin lugar a dudas, no tengan impacto en el fallo (*Chapman v. California*, 1967), y que los errores menores no tengan impacto significativo en el fallo (*Kotteakos v. U.S.*, 1946)”.

²⁶⁴ Al que alude Bertolino en la ponencia nacional, y que dispone: “Exclusiones probatorias. Carecen de toda eficacia probatoria los actos que vulneren las garantías constitucionales. La ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubieren podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia necesaria de ella” (artículo 194).

²⁶⁵ El artículo 29 de la Constitución de Colombia indica: “Es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso”. Vásquez Rivera y Jiménez Jaramillo (Colombia) califican esta disposición como “garantía de la legalidad y regularidad de la prueba”.

²⁶⁶ En los términos del artículo 73 del Código de Procedimientos Penales de Perú, en algunos casos “el juez puede ordenar que una actuación (de la instrucción) se mantenga en reserva por un tiempo determinado cuando juzgue que su conocimiento puede entorpecer o dificultar en alguna forma el éxito de la investigación que lleva a cabo”. Quiroga León (Perú). Gadea (Costa Rica): secreto temporal de las actuaciones. Cassel (Estados Unidos): derecho del inculpado a conocer los datos del expediente que pudieran favorecerle (*Brady v. Maryland*, 1962; *U.S. v. Agurs*, 1976), pero desequilibrio en esta materia

detenidos, que se ha estimado violatoria del debido proceso legal, independientemente de cualquier examen sobre la influencia que pudo tener sobre la sentencia de condena.

Al referirse a los sistemas actuales de apreciación de la prueba —mucho más acá de los regímenes históricos, como la ordalía—, el profesor Alcalá-Zamora solía deslindar los criterios de valoración *a priori* (ordálico y legal o tasado) y *a posteriori* (libre, de conciencia o íntima convicción, y de sana crítica o apreciación razonada). Si existe autoritarismo en la tasación legal del valor de la prueba —regla limitante de la apreciación judicial que tiene correspondencia en el régimen clásico de las atenuantes y agravantes en el orden material—,²⁶⁷ puesto que el legislador —no sin fundamento en la experiencia— prejuzga la convicción del tribunal, también lo hay en la valoración en conciencia, sin otro asidero, como sucede en el juicio por jurado, cuyo veredicto sólo interroga a aquélla y no le solicita justificación.²⁶⁸ Esto constituye —decía el recordado catedrático— un claro ejemplo de “dictadura judicial, puesto que se preocupa tan sólo de vencer, sin cuidarse además de convencer, como hace la sana crítica”.²⁶⁹

Ahora prevalece el criterio de sana crítica o razonada convicción,²⁷⁰ expresado con diversidad de fórmulas. Su mejor expresión no se contrae a

con respecto al acceso del fiscal a la investigación de la policía, conforme a las normas aplicables a los procesos penales federales. En casos de seguridad nacional se plantean ciertas restricciones (*Classified Information Procedures Act*, 18 U.S. Code app. 3, 1980). También, en casos de terrorismo: *U.S. v. Bin Laden* (S.D.N.Y. 2001). En la etapa de apelación se ve favorecido el inculpado, que puede impugnar la condena, no así el fiscal, que no puede combatir la absolución (*Griffin v. Illinois*, 1956; *McKane v. Durson*).

²⁶⁷ Consecuencia del pensamiento clásico “fue el sistema de atenuantes y agravantes, que fijaría la gravedad del delito y el de las escalas penales que adaptaría la pena a dicha gravedad. La pena fue, pues, una ecuación matemática; el juez un autómatas que pronun-ciaba la solución”. Carrancá y Trujillo, *Derecho penal...*, *cit.*, nota 27, p. 632.

²⁶⁸ Cassell (Estados Unidos): en este país “por lo general la valoración de las pruebas queda dentro de la libre discreción del encargado de adjudicar los hechos, es decir, el juez o, en su caso, el jurado”.

²⁶⁹ Alcalá-Zamora y Levene (h), Ricardo, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Guillermo Kraft, 1945, t. II, pp. 43 y ss.

²⁷⁰ Delmas Marty, al cabo del examen de los sistemas procesales de cinco naciones europeas, señala que “en todos los sistemas objeto de nuestro estudio, la prueba es libre desde un doble punto de vista. No sólo porque (con excepción de los casos que acabamos de discutir) todo medio de prueba puede ser empleado, sino también porque el tribunal es libre de valorar las pruebas como mejor le parece”. Sin embargo, también indica —recogiendo disposiciones de algunos países examinados— que “una salvaguarda útil contra la negligencia y la arbitrariedad en la valoración de las pruebas es la obligación

una estimación genérica del conjunto, en relación con la totalidad de los hechos *sub judice*, sino requiere vincular las pruebas con cada hecho sujeto a ellas, a fin de acreditar, detalladamente, el sustento de las diversas afirmaciones con las que se construye la sentencia.²⁷¹ Sólo así será posible replantear la cuestión al tribunal de superior instancia, cuando existe la posibilidad de recurrir por errónea valoración de la prueba o acreditación de los hechos. Esta regla ha ganado terreno en la legislación y en la práctica nacional e internacional.

X. CONTRADICCIÓN Y DEFENSA

El sistema acusatorio,²⁷² que desconcentra las funciones del proceso y las distribuye entre diversos personajes, dotados con sendas atribuciones y facultades, se instala sobre un amplio concepto de defensa y supone el

que tiene el tribunal de enumerar en su sentencia las pruebas que le han convencido y las que no le han convencido, y explicar en ambos casos por qué”. *Procesos penales...*, cit., nota 90, pp. 638 y 640.

²⁷¹ Bertolino: en Argentina rige la sana crítica; en el Código para Buenos Aires, “convicción sincera”, que aquel autor explica: “la convicción debe ser sincera, es decir, requiere el juzgador pronunciarse totalmente y sin fingimientos”. Cfr. la referencia que el autor de la ponencia nacional hace a su artículo “La ‘convicción sincera’ como regla para la valoración de la prueba en los juicios penales”, en Varios, *La prueba. Homenaje a Hernando Devis Echandía*, Bogotá, Ed. Universidad Libre, 2002, pp. 265 y ss. En Brasil —indica Assis Moura— rige el principio de “libre apreciación de la prueba o de persuasión racional”. En Costa Rica —informa Gadea— “sistema de libre apreciación, según el cual se valorará de acuerdo con las reglas de la sana crítica racional”. En Colombia —manifiestan Vásquez Rivera y Jiménez Jaramillo— se aprecia conforme a la sana crítica. En Chile (Tavolari), el nuevo código dispone que los jueces apreciarán la prueba con libertad, pero sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados; así, recoge el sistema de sana crítica “por la vía de describirla sin darle este ya tradicional calificativo que, por su amplitud, imprecisión o vaguedad, en ocasiones termina constituyendo un verdadero estándar jurídico o un concepto jurídico indeterminado”. En México, informa Zamora Pierce, se acoge el sistema de sana crítica en el Código Federal de Procedimientos Penales, ya que todos los medios de prueba son meros indicios —salvo documentos públicos e inspección judicial— y se exige a los jueces “que en sus resoluciones expongan los razonamientos que hayan tenido en cuenta para valorar jurídicamente la prueba (artículo 290)”.

²⁷² Es preciso distinguir entre principio acusatorio, que establece la separación entre el órgano que acusa y el que juzga, y sistema acusatorio, que entraña la plena vigencia de ciertos principios propios de un Estado de derecho: igualdad de las partes, contradicción, el propio principio acusatorio y amplio derecho de defensa. Cfr. Armenta Deu, *Lecciones...*, cit., nota 22, pp. 43 y 55.

debate sobre los hechos y los razonamientos ante el tribunal cuya convicción se pretende formar. La regla de contradicción —esto es, análisis, discusión, argumentación, confrontación: diálogo, en suma, bajo la mirada atenta del juzgador— es el alma del proceso acusatorio; ella encarna el drama del proceso, que de otra suerte sería —como ocurrió bajo el concepto inquisitivo— un largo monólogo del tribunal: monólogo reflexivo en el sentido estricto de la expresión, discusión interna del órgano consigo mismo. Por eso, Calamandrei afirma que “el contradictorio es indispensable en el proceso ... en interés de la justicia y del juez”.²⁷³

En este sentido, los ordenamientos nacionales proveen la posibilidad —esencial para la validez del enjuiciamiento— de que haya contradicción entre los contendientes a la hora del procedimiento intermedio —ahí donde existe, con nitidez, esta etapa procesal— y sobre todo en el curso del juicio, propiamente. No sucede lo mismo en la etapa de investigación, cuando no hay partes que cuestionen sus afirmaciones, sus probanzas y sus razones. En esta primera etapa persiste, con alguna moderación, el trato vertical entre quien investiga y quien se halla sujeto a investigación. Sin embargo, éste ha adquirido un conjunto de derechos, creciente en cantidad y entidad, que le permiten sostener ante el investigador, aunque se carezca de la figura del debate, sus versiones y sus razones. El magisterio de la ley que se atribuye al indagador —heredero del inquisidor— le obliga a ponderar los argumentos del indiciado como lo haría un prudente juzgador.

Hoy día, la defensa es un dato crucial del debido proceso en el orden democrático, que abarca numerosos derechos y garantías:²⁷⁴ en rigor, la posición total del inculcado en el enjuiciamiento, su propia actuación y la de otros intervinientes en éste, atraídos por él, se explican en función de la defensa. Al defensor —pieza maestra en esta actividad, que no se agota, en

²⁷³ *Proceso y democracia, cit.*, nota 198, p. 157. “El juicio oral se domina por el principio de contradicción”. Goldschmidt, J., *Principios generales...*, *cit.*, nota 131, t. II, p. 141.

²⁷⁴ Gadea (Costa Rica): el derecho general de defensa comprende: principio de intimación (conocimiento de la acusación), principio de imputación (derecho a una acusación formal), derecho de audiencia y derecho de defensa en sí. Armenta Deu (España): garantías, que a su turno involucran otros derechos: a ser informado de la acusación, a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable, a la defensa (en sentido estricto) y a la asistencia de letrado, a utilizar todos los medios pertinentes para la defensa. *Cfr. Lecciones...*, *cit.*, nota 22, pp. 48 y ss. Zamora Pierce (México): a ser informado de la acusación, a rendir declaración, a ofrecer pruebas, a ser careado, a ser defensor.

modo alguno, con las actividades de este sujeto— se le ha concebido como un sujeto que concurre a integrar la personalidad procesal del imputado,²⁷⁵ no apenas como un colaborador o asistente dispensable. Se ha destacado la necesidad de que haya defensa completa, oportuna y competente; además, gratuita cuando el inculpado no puede recurrir a los servicios de un profesional independiente.²⁷⁶ Los textos constitucionales²⁷⁷ e internacionales²⁷⁸ se ocupan en asegurar al inculpado la defensa, como actividad, y la concurrencia del defensor, como protagonista de aquélla. Así lo indican, de manera uniforme, las ponencias nacionales presentadas al XII Congreso Mundial de Derecho Procesal.²⁷⁹

El Código Modelo manifiesta enfáticamente: “Es inviolable la defensa en el procedimiento” (artículo 5, primer párrafo), y en seguida examina los

²⁷⁵ Cfr. Guarneri, José, *Las partes en el proceso penal*, trad. Constancio Bernaldo de Quirós, Ed. José M. Cajica Jr., Puebla, Pue. (México), 1952, pp. 336-337. Dice Calamandrei que la relación entre el imputado y el defensor “se asemeja mucho a la que se establece entre el pupilo y el tutor; el abogado no es solamente un mandatario de su cliente sino, en cierta medida, un suplemento de su capacidad, o sea, un integrador de su personalidad”. *Proceso y democracia*, cit., nota 81, p. 183.

²⁷⁶ Bertolino (Argentina): el artículo 63 de la Ley 24.946 indica que el imputado que sea asistido por un defensor público oficial “deberá solventar la defensa en caso de condena” si cuenta con los medios para hacerlo. Sin embargo —informa el ponente nacional argentino— “estas exigencias no se cumplen estrictamente en la gran mayoría de los casos, actuando así prácticamente la defensa oficial en plenitud y sin cortapisas respecto de sus defendidos”. La gratuidad de la justicia se reconoce en algún texto: Constitución de México, artículo 17. En todo caso, las tasas o costas no deben significar un obstáculo insalvable para el acceso a la justicia; tampoco el régimen obligatorio —diferente del consensual— para la fijación de honorarios, aun cuando tasas, costas y honorarios se fijen de manera proporcional al valor económico de lo que se reclama. Así lo ha resuelto la Corte Interamericana de Derechos Humanos en: *Caso Cantos, Sentencia de 28 de noviembre de 2002*. Serie C, núm. 97, párrs. 50, 54 y 56.

²⁷⁷ Argentina, artículo 18; Bolivia, artículo 16.II; Brasil, artículo 5.LV; Colombia, artículo 29; Costa Rica, artículo 39; Cuba, artículo 59; Chile, artículo 19.3; Ecuador, artículo 24.10.d; El Salvador, artículo 12; Estados Unidos (enmienda VI); España, artículo 24.2; Guatemala, artículo 12; Haití, artículo 24.3.c; Honduras, artículo 82; Nicaragua, artículo 34.4; Panamá, artículo 22; Paraguay, artículos 17.5 y 17.6; Perú, artículos 20.23, 139.14 y 139.16; República Dominicana, artículo 8.2.j; Uruguay, artículo 16; Venezuela, artículo 49.1.

²⁷⁸ Declaración Universal, artículo 11; Convención Europea, artículo 6.1.c; Pacto Internacional, artículo 14.3.b y d; Convención Americana, artículo 8.2.d y c; Carta Africana, artículo 7.c.

²⁷⁹ Cfr. Bertolino (Argentina). Assis Moura (Brasil). Vásquez Rivera y Jiménez Jaramillo (Colombia). Gadea (Costa Rica). Tavolari (Chile). Armenta Deu (España). Cassel (Estados Unidos). Zamora Pierce (México). Quiroga León (Perú). Almirón (Paraguay).

actos de defensa que puede realizar el imputado y el derecho que tiene a contar con defensor, así como el que le asiste —cuya relevancia es obvia— a ejercer aquélla y disponer de éste oportunamente; es decir, desde el momento mismo en que se inicia el procedimiento que le atañe. A tal punto es importante la defensa —un *munus público*—, que en determinados casos el defensor puede actuar como corresponda en beneficio del imputado, inclusive contra la voluntad de éste.²⁸⁰

Tomando en cuenta las exigencias de la justicia y las necesidades de la defensa, sería preciso que ésta actuara desde el momento mismo en que se “indicia” —se señala— a un sujeto como participante en cierto hecho delictuoso, aunque no exista todavía una imputación formal y definitiva en ese sentido.²⁸¹ Sin embargo, no parece probable, y ni siquiera posible, que el sujeto señalado de alguna manera como participante en un hecho ilícito tenga noticia de que esto ocurre al principio de la investigación para el esclarecimiento del delito.

De ahí que no siempre se podrá ejercer la defensa desde el primer acto del procedimiento, no obstante la facultad reconocida por la Constitución al indiciado. Lo será, en cambio, cuando el sujeto es detenido, y en este

²⁸⁰ Assis Moura (Brasil).

²⁸¹ A este respecto, tómense en cuenta las disposiciones contenidas en los artículos 5 y 6 del Código Procesal Penal Modelo. Aquél señala que el imputado tendrá derecho —salvo excepciones previstas en la ley— “a intervenir en todos los actos del procedimiento que incorporen elementos de prueba...”, y que el tribunal designará al defensor de oficio “a más tardar antes de que se produzca la primera declaración del imputado sobre el hecho”. Por su parte, el artículo 6 indica que las facultades que las leyes fundamentales y el propio Código otorgan al imputado “puede hacerlas valer la persona a quien se le atribuye participación en un hecho punible, desde el primer acto del procedimiento dirigido en su contra hasta su finalización. Se entenderá por primer acto del procedimiento cualquier indicación que señale a una persona como posible autor de un hecho punible o participe en él, ante alguna de las autoridades de la persecución penal que este Código establece”. Cassel (Estados Unidos) informa que el inculpado tiene derecho, conforme a la enmienda VI, a la asistencia de abogado a partir del inicio formal de un proceso (*Brewer v. Williams*, 1977); e incluso antes, según la enmienda V, para salvaguardar el derecho al silencio durante el interrogatorio en detención (*Snyder v. Massachusetts*, 1934). Gadea (Costa Rica): el Estado debe proporcionar defensor público “desde el primer acto del procedimiento”. Almirón (Paraguay): la garantía constitucional de defensa en juicio no se restringe al debate, sino “funciona desde el momento en que el imputado es señalado como posible autor o participe en un hecho punible ante cualquier autoridad competente para entender del hecho”. Zamora Pierce (México): la Constitución extiende la garantía de defensa: no sólo en el proceso, también en la averiguación previa.

sentido se pronuncian algunas Constituciones.²⁸² Aquí se carga el énfasis de la ley y de la jurisprudencia, que han previsto la información al detenido sobre la causa de su detención y los derechos que le asisten,²⁸³ todo ello en calidad de derecho fundamental cuya vulneración influirá en la validez del proceso y repercutirá en la sentencia. El abogado debe estar presente en el interrogatorio que se haga al detenido²⁸⁴ y en la confesión que éste realice.²⁸⁵

Una vez puesto en movimiento el trabajo de la defensa, debe continuar en todas las direcciones y etapas que atañen al procedimiento penal. Limitarlo a un momento de intensa afectación del inculpado —así, la etapa inmediata posterior a la detención y el acto de la libertad provisional—, puede satisfacer una necesidad apremiante, pero deja a descubierto los temas principales del enjuiciamiento. De ahí que la ley penal sancione, a título de delito, el abandono del defensor.²⁸⁶ Y ese trabajo debe proseguir en las nuevas instancias del proceso, donde se examinan los recursos, en los procesos autónomos que pudieran suscitarse —por ejemplo, el juicio de garantías y la revisión, que tienen su propia entidad procesal— y en el largo y accidentado periodo de ejecución de la pena.²⁸⁷

²⁸² Bolivia, artículo 16.III; Colombia, artículo 29; Chile, artículo 19.3o.; Ecuador, artículo 19.17.d; El Salvador, artículo 12; España, artículo 17.3; Guatemala, artículo 8; México, artículo 20, A, IX (desde el inicio del proceso); Nicaragua, artículo 34.5; Panamá, artículo 22; Uruguay, artículo 16. Vásquez Rivera y Jiménez Jaramillo (Colombia) comentan con respecto al señalamiento de la ley fundamental de su país que así se “demuestra que el proceso penal en su forma propia se constituye por el desarrollo de dos funciones, una investigativa y otra de juzgamiento”.

²⁸³ Cassel (Estados Unidos).

²⁸⁴ Costa Rica, artículo 39; Ecuador, artículo 24.5; España, artículo 17.3; Haití, artículo 25.1; Uruguay, artículo 16.

²⁸⁵ México, artículo 20, A. II. Bertolino (Argentina): carece de valor probatorio la declaración del imputado que se presta en ausencia de su defensor (artículos 35 de la Constitución de Tierra del Fuego y 258 del Código de Procedimiento Penal de Córdoba).

²⁸⁶ Es delito, conforme al artículo 232 del Código Penal Federal mexicano, “abandonar la defensa de un cliente o negocio sin motivo justificado y causando daño” (frac. II), e igualmente se sancionará “al defensor de un reo, sea particular o de oficio, que sólo se concrete a aceptar el cargo y a solicitar la libertad caucional ... sin promover más pruebas ni dirigirlo en su defensa”.

²⁸⁷ Así se reconoce en el CM: el ejecutado “tendrá derecho a la defensa técnica y continuará ejerciéndola el defensor nombrado con anterioridad ... No recae sobre el defensor el deber de vigilar la ejecución de la pena; tan sólo deberá asesorar al condenado cuando él lo requiera e intervenir en los incidentes que se planteen durante la ejecución de la pena” (artículo 388, párrafos segundo y tercero).

No existe una sola fórmula acerca del defensor. Se ha garantizado al inculpado la posibilidad de defenderse por sí mismo, pero también se le ha dotado con la facultad de designar a una persona que lo defienda o recibir esta prestación a cargo del Estado, por medio del llamado defensor público o de oficio, derecho bien conocido en el orden internacional.²⁸⁸ Dicho defensor depende, en algún sistema, de la “misma cabeza” que el Ministerio Público,²⁸⁹ con los problemas que pueden surgir por esa discutible dualidad.

Algunas normas —así, en México— acogen un principio de “libre defensa” que permite, con grave riesgo para el inculpado, designar defensor a una persona de la confianza de éste, aunque sea ajeno a la profesión jurídica y carezca de los conocimientos indispensables para el desempeño de una verdadera defensa.²⁹⁰ La mayoría de los textos, en cambio, requieren que el defensor sea abogado, letrado, profesional del derecho:²⁹¹ se

²⁸⁸ Brasil, artículo 5.LXXIV; Bolivia, artículo 116.10; Chile, artículo 19.3; Ecuador, artículo 24.10; España, artículo 119; Guatemala, artículo 204; Honduras, artículo 83; México, artículo 20. A, IX; Nicaragua, artículo 34.5; Paraguay, artículo 17.6; Perú, artículo 139.16. En Estados Unidos, indica Cassel, defensa por el propio inculpado, por abogado de su elección o por abogado defensor de oficio, si el encausado carece de recursos (sobre la defensa de oficio de quien carece de recursos para contratar abogado, *Gideon v. Wainwright*, 1963). Gadea (Costa Rica): cuando el inculpado carece de medios económicos para disponer de defensor privado, se le proporciona un defensor público.

²⁸⁹ Bertolino (Argentina): la Ley 12.061 del Ministerio Público, de la provincia de Buenos Aires, estatuye que “el Ministerio Público es (un) cuerpo de fiscales, defensores oficiales y asesores de incapaces” encabezados por el Procurador General.

²⁹⁰ Zamora Pierce (México): esta disposición es “criticable”; tomando en cuenta que el acusador es siempre letrado, “se rompe la igualdad de las partes si no lo es el defensor”. *Cfr.* mi crítica a esta disposición en García Ramírez, *El nuevo procedimiento penal...*, *cit.*, nota 237, pp. 109 y ss., y *Proceso penal y derechos humanos*, 2a. ed., México, Porrúa, pp. 78 y ss.

²⁹¹ Bertolino (Argentina): debe ser abogado legalmente habilitado para actuar (“matriculado”), como derivación del “carácter eminente y crecientemente técnico del derecho y de razones de igualdad entre las partes, ya que el representante del Ministerio Público es un letrado” (Vázquez Rossi, *La defensa penal*, 1996). Quiroga León (Perú). Assis Moura (Brasil): la carencia de defensa técnica, en lo sustancial, determina la nulidad del proceso. Sobre este punto, menciona jurisprudencia y disposición legal: Súmula 523 del Supremo Tribunal Federal y artículo 564, III, “I”, del Código de Procedimiento Penal. La profesora Assis Moura refiere que a mediados del siglo pasado se permitía la defensa por parte de legos que tuvieran, sin embargo, conocimientos jurídicos; a estos personajes se denominaba “rábulas”. En México se utilizaba el mismo término para designar a personas con similares características. El *Diccionario de la Lengua Española* (Real Academia Española, 21a. edición) define rábula como “abogado indocto, charlatán y vocinglero”. Gadea (Costa Rica): abogado, inscrito ante el Colegio de Abogados. Vásquez Rivera y Jiménez

SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO Y ÓRGANOS DE ACUSACIÓN 81

trata de un desempeño técnico, cuya satisfacción demanda conocimientos especializados y práctica suficiente. Por eso es importante que el defensor sea perito en derecho, con título o licencia para el ejercicio profesional y “competente en la materia”.²⁹² En ocasiones se sanciona a quien realiza actos de defensa sin contar con los requerimientos formales para hacerlo, como profesional del derecho.²⁹³ Al respecto, es relevante la disposición del Código Modelo: “El imputado tiene derecho a elegir un defensor letrado de su confianza. Si no lo hiciere, el tribunal designará de oficio un defensor letrado...” (artículo 5, segundo párrafo).

El verdadero acceso a la justicia, cuestión mayor en el régimen del proceso, implica la organización de la asistencia jurídica en forma que pueda beneficiar a todas las personas que la necesitan —que son todas las que se hallen sujetas a un procedimiento penal del que pudiera derivar la afectación de sus derechos—, sea que lo soliciten, sea que se abstengan e incluso la rechacen. Que haya defensa es interés de la sociedad y del Estado, no sólo del inculpado. Por ello es “necesaria” y se “impone” al imputado. Más todavía, es pertinente brindar a éste, cuando ha resuelto ejercer por sí mismo la defensa,²⁹⁴ el apoyo de un defensor letrado que supla las deficiencias del inculpado.²⁹⁵

Jaramillo (Colombia): es indispensable la defensa técnica (la jurisprudencia ha sostenido que “en toda actuación judicial se garantiza el derecho de defensa, la que debe ser integral, ininterrumpida, técnica y material”); excepcionalmente se ha permitido la intervención de estudiantes de los dos últimos años de la carrera de derecho, bajo la responsabilidad de las facultades correspondientes en sus consultorios jurídicos. La falta de defensa determina la nulidad de actuaciones.

²⁹² Cassel (Estados Unidos) menciona sobre este requerimiento la sentencia en el caso *U.S. v. Cronin* (1984). Assis Moura (Brasil): titulado en derecho, inscrito en la Orden de Abogados de Brasil.

²⁹³ Assis Moura (Brasil): así, el artículo 4 del Estatuto de la *Ordem dos Advogados do Brasil* (Ley 8906/94): además de nulidad de los actos realizados, se previene sobre sanciones civiles, penales y administrativas.

²⁹⁴ En Argentina —informa Bertolino—, donde es muy poco frecuente la autodefensa técnica con exclusión de abogado, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que la renuncia a la asistencia letrada debe resultar de un acto inequívoco de voluntad (caso “*Sueldo*”, del 10/7/84, en L.L. 1985-D-212).

²⁹⁵ Al respecto, el Código Modelo manifiesta que si el inculpado “prefiriese defenderse por sí mismo, el tribunal lo autorizará, sólo cuando no perjudique la eficacia de la defensa técnica y, en caso contrario, designará de oficio un defensor letrado...” (artículo 5, segundo párrafo). En sentido semejante, la legislación argentina (artículo 104 del Código de Procedimiento Penal de la Nación): que no se perjudique la eficacia de la defensa ni se obstaculice la normal sustanciación del proceso. Cassell (Estados Unidos):

Otro problema es la mayor o menor capacidad real que posea el sistema de justicia penal para brindar la defensa que se requiere, en millares de casos, con cierta calidad mínima para que resulte “adecuada”, como puntualiza la Constitución de México.²⁹⁶ La ausencia de una defensa calificada puede determinar la nulidad de actuaciones.²⁹⁷ Con respecto a un país de nuestra región se apunta que “la defensa oficial es no sólo mayoritaria, sino que podríamos decir, casi total, esto en razón de las circunstancias socioeconómicas”.²⁹⁸

No se trata de enfrentar guarismos con medidas del mismo carácter, sino de servir razonablemente las necesidades de cada caso, conforme a sus particularidades. La carga abrumadora de asuntos que gravita sobre un puñado de defensores puede frustrar la seriedad de la defensa y echar por tierra todos los discursos que se escriban o se digan sobre el acceso a la

el juez puede permitir que el inculpado carezca de defensor cuando aquél se rehusa a designarlo o aceptarlo, y el tribunal se cerciora de que el propio inculpado goza de salud y capacidad mental y ha sido informado sobre sus derechos y las consecuencias de no ejercerlos. En algún caso se ha designado abogado defensor en calidad de *amicus*; vigila el proceso a pesar de que el imputado no lo contrate ni acepte. Gadea (Costa Rica): el artículo 100 del Código Procesal señala que “cuando no perjudique la eficacia de la defensa técnica, (el inculpado) podrá defenderse por sí mismo”. En México, el Código Federal de Procedimientos Penales dispone la designación de un defensor de oficio cuando el defensor del inculpado no es perito en derecho (artículo 160).

²⁹⁶ Sobre esta característica, *cf.* Zamora Pierce, *Garantías...*, *cit.*, nota 17, p. 269: dado que la Constitución permite confiar la defensa a una persona de la confianza del inculpado, “no profesional e ignorante del derecho, al exigir que la defensa sea adecuada, pareciera que nuestra norma fundamental otorga un derecho sin imponer las condiciones para hacerlo efectivo”. Mi punto de vista sobre el sentido de la expresión “adecuada”, en *El nuevo procedimiento penal...*, *cit.*, nota 49, pp. 115-116.

²⁹⁷ Cassel (Estados Unidos): así, en el supuesto de falta de “asistencia efectiva”, aunque “es difícil lograr anulación o remedio por esa vía, porque los tribunales de apelación opinan en la gran mayoría de los casos que ... la falta de competencia mínima del abogado no perjudicó el resultado del juicio” (por ejemplo, *People v. Madej*, 1997). Bertolino (Argentina): la Corte Suprema ha señalado que, en materia criminal, la garantía de defensa en juicio consagrada por el artículo 18 constitucional exige la observancia de la defensa (Fallos 125:10; 127:36; 189:34); que la inobservancia de esa forma sustancial puede deberse a que se haya privado al defensor designado de la oportunidad de actuar (Fallos 296:65; 298:578; 304:830) o a que la intervención conferida sólo lo ha sido formalmente (Fallos 304:1886). Algunos ordenamientos disponen que carece de valor probatorio la declaración del procesado en ausencia de su defensor; en términos similares, la legislación mexicana; asimismo, la colombiana (Jiménez Jaramillo y Vásquez Rivera).

²⁹⁸ Bertolino (Argentina). Zamora Pierce (México): “La mayor parte de los inculpados, 80% aproximadamente, no tienen recursos que les permitan designar a un defensor particular. Su defensa es confiada, entonces, a un defensor de oficio”.

justicia. La solución de este problema demanda una profunda reflexión atenta a las condiciones y posibilidades del país: ¿turno entre abogados colegiados?, ¿defensa pública gratuita, suministrada por el Estado?, ¿combinación de ambos sistemas? Más que pensar en una solución ideal, hipotética, conviene reflexionar sobre aquella que resulte practicable dentro de las circunstancias prevaecientes.

El abogado debe disponer de las condiciones necesarias para ejercer con eficacia la defensa en el caso concreto. Su presencia en el proceso contribuye al equilibrio entre las partes, pero no lo consigue por el mero hecho de figurar como defensor en la causa. Ante todo, es necesario que goce de independencia —nominal y real— y que ésta sea verdaderamente respetada por el poder público, en los términos en que la postulan los estándares internacionales sobre la materia.²⁹⁹ Hay que rodear de garantías el desempeño de la defensa: dicho en otros términos, “defender al defensor”, que muchas veces ha enfrentado riesgos y sufrido daños con motivo de la defensa que ejerce, particularmente, tal vez, cuando se desempeña en la protección de los derechos humanos. Y es preciso abrir en su favor, plenamente, el acceso a los datos del proceso y la posibilidad de ofrecer y desahogar las pruebas que su función requiere.

Conviene detenerse un momento sobre cierta salvedad al ejercicio de la defensa en función de un supuesto “interés de la justicia”. Se diría que siempre interesa a la justicia que haya defensa. Esto no podría interesarle menos que la presencia del acusador en el proceso. El Estatuto de Roma, que organiza el procedimiento penal internacional, contiene algunas estipulaciones que autorizarían a prescindir de defensor cuando no se lesione, por esa causa, el “interés de la justicia”. Algunos comentaristas calificados —como Schabas—³⁰⁰ y algún Estado —es el caso de Colombia—³⁰¹ han salido al paso de esta disposición controvertible, reafirmando el principio

²⁹⁹ Al respecto, tómesese en cuenta los “Principios básicos sobre la función de los abogados”, de Naciones Unidas, adoptados el 7 de septiembre de 1990, especialmente los puntos 16 y ss., bajo los rubros “Garantías para el ejercicio de la profesión”, “Libertad de expresión y de asociación” y “Asociaciones profesionales de abogados”.

³⁰⁰ Este autor se refiere, primordialmente, al caso de inculpados que carecen de medios para disponer de un defensor particular. *Cfr. An introduction...*, *cit.*, nota 65, p. 124.

³⁰¹ En una declaración interpretativa acerca de los artículos 61.2.b y 67.1.d del Estatuto, Colombia manifestó que siempre será en interés de la justicia que el inculpado colombiano tenga garantizado el derecho de defensa, y especialmente el de ser asistido por un abogado.

de que el interés de la justicia requiere que exista siempre defensor y se realicen, con intervención de éste —que es el personaje calificado para ello—, actos conducentes a la defensa del inculpado, es decir, a la salvaguarda de derechos cuya observancia también atañe a la justicia.

No podría cerrar este apartado sin aludir al juicio penal en ausencia, conocido en algunos sistemas y desechado en otros³⁰² —no me refiero, por supuesto, a la simple incomparecencia voluntaria del imputado, a quien se convoca debidamente,³⁰³ o a su retiro de la audiencia por motivos de orden o seguridad. Donde el juicio en ausencia se practica, está generalmente circunscrito a supuestos de menor gravedad —cuyas consecuencias sobre el imputado pueden ser, por eso mismo, menos severas—, o a rectificaciones que provienen de la posibilidad de impugnar la sentencia —cuando la ley autoriza a dictarla, pese a la ausencia del imputado— una vez que éste comparece. Recientemente se pretendió incorporar en algún sistema, sin éxito por ahora, aquella forma de juicio penal, que en la correspondiente propuesta no sólo consideraba la ausencia del inculpado, sino también la exclusión de las actividades de defensa.³⁰⁴

El enjuiciamiento en ausencia excluye el contradictorio, suprime el debate y priva de defensa al inculpado. De ahí que se le mire, a menudo, con

³⁰² La Constitución de Uruguay veda el juicio criminal en rebeldía (artículo 21); la de Venezuela lo permite cuando se trata de reos contra la cosa pública (artículo 60.5). Cassell manifiesta que en Estados Unidos se permite el juicio en ausencia cuando el inculpado estuvo presente en el inicio y posteriormente se sustrajo a la justicia, o si el comportamiento de aquél altera la marcha del proceso, o bien, cuando se trata de delitos menores y existe consentimiento escrito del acusado para que la causa prosiga en su ausencia. Fundamentos para ello, en *Federal Rules of Criminal Procedure* 43 y en *Bartone v. U.S.*, 1963. En Colombia, según informan Vásquez Rivera y Jiménez Jaramillo, “se puede continuar la actuación sin (la) presencia (del sindicado, previa declaración de persona ausente) contrario a lo que usualmente sucede en la mayoría de las legislaciones”.

³⁰³ Assis Moura (Brasil): el inculpado resuelve libremente acerca de su comparecencia a los actos del proceso, entendida como una carga; sufrirá, en su caso, las consecuencias de la abstención (“*arcando com os onus de seu nao comparecimento*”).

³⁰⁴ Assis Moura (Brasil): en determinados casos es posible llevar adelante un proceso en ausencia del inculpado, pero nunca sin la participación del defensor. Existe una situación especial en el procesamiento por “lavado de dinero”, conforme a la Ley 9.613/98, que restringe la aplicación del artículo 366 del Código Procesal Penal (suspensión del proceso cuando el acusado, citado por edictos, no comparece ni designa abogado). El deplorable proyecto al que me refiero en el texto fue presentado en México, en 1997, como iniciativa de reforma constitucional. Afortunadamente, el Senado de la República lo desechó. Al respecto, *cfr.* mis comentarios en “Una reforma constitucional inquietante (La iniciativa del 9 de diciembre de 1997)”, en *Estudios jurídicos, cit.*, nota 186, pp. 916 y ss.

antipatía y se le desacalifique desde la perspectiva del debido proceso.³⁰⁵ Al lado de las ventajas que pudieran aducirse a favor de este régimen, que ciertamente no ofrece las garantías que debiera proveer un juicio penal conforme a las reglas más exigentes, y que tampoco puede equipararse —porque los bienes en juego son diferentes, y es distinto el interés social subyacente— a un juicio civil en rebeldía, existen desventajas evidentes. Así lo ha entendido el Código Modelo, cuyos autores expresan claramente su reticencia³⁰⁶ —que comparto— con respecto a este procedimiento que prescinde de algunas garantías y que responde a los principios que se enuncian en este trabajo.

XI. INMEDIACIÓN

Si se trata de formar la convicción del tribunal acerca de los hechos y, en cierto modo, de las personas que participaron en éstos y se hallan sujetas al procedimiento, nada más natural que disponer la observancia estricta de la intermediación procesal. Esta es inmediata cercanía del juzgador con las pruebas que nutrirán su convicción y con los sujetos que concurren al proceso, particularmente el inculpado, que no es representante de alguien fuera de la escena procesal —como lo es el Ministerio Público—, sino destinatario final de la sentencia que resolverá sobre su responsabilidad o irresponsabilidad y, en el primer caso, acerca de sus bienes y, más todavía,

³⁰⁵ Amodio cita el pronunciamiento adverso de la Comisión Europea de Derechos Humanos, el 5 de mayo de 1983, en los casos *Colozza y Rubinat*: quebranto del principio de *fair hearing* en el régimen contumacial italiano. *Cfr. Processo penale...*, *cit.*, nota 34, p. 73.

³⁰⁶ El artículo 40 señala que la declaración de rebeldía del imputado —a la que se refiere el artículo 39— “no suspenderá el procedimiento preparatorio, salvo en lo que se refiere a toda labor crítica del comportamiento imputado; sin embargo, podrán expedirse dictámenes y dictarse decisiones sobre el comportamiento imputado, cuando fuere necesario para solicitar su extradición.—En lo demás, el procedimiento se paralizará sólo con respecto al rebelde ... Cuando el rebelde compareciere o fuere puesto a disposición de la autoridad que lo requiere ... el proceso continuará según su estado”. Los autores del proyecto han dejado abierta la posibilidad de que persista el procedimiento contra ausentes en los países que lo conservan (y para ello proporcionan algunas reglas que se incorporarían en el proyecto), pero destacan: “Sin embargo, su aplicación no es recomendable (principio de inviolabilidad de la defensa), al menos para las persecuciones penales que tienen como objeto un delito. Exceptuase de la recomendación al procedimiento por contravenciones...”. “Exposición de Motivos”, *Código procesal penal modelo...*, *cit.*, nota 33, p. 152.

de su destino. Es esto lo que entraña la sentencia que condena a pena privativa de libertad, no se diga la que resuelve la aplicación de pena capital.

La intermediación, que debiera presentarse en todos los procesos, tiene su sede natural en el enjuiciamiento penal. El civil, que es fundamentalmente un proceso acerca de relaciones jurídicas, puede desarrollarse exitosamente bajo el principio de escritura y con distancia de las partes en sentido material; esto es, por medio de representantes cuya gestión basta para los efectos del juicio. En el penal no acontece lo mismo: aquí son relevantes los individuos que han protagonizado el hecho criminal, tanto el agente como la víctima.

Ciertamente, el juzgador apreciará ante todo la existencia de unos hechos típicos, que tal vez podrían esclarecerse sin la presencia de los participantes, pero también deberá considerar cuestiones relativas a las personas que intervinieron en ellos, tanto sujetos activos como pasivos. No me refiero, por supuesto, al conocimiento que se requeriría en el marco de un derecho penal de autor,³⁰⁷ sino a la consideración sobre ciertos extremos ordinarios del individuo bajo el derecho penal de conducta. El punto de la culpabilidad, eje de la sentencia, atañe a las personas; a éstas concierne el cuestionado estudio de personalidad y la prognosis criminal, asimismo discutible y discutida; a ellas aluden los códigos penales cuando hablan de móviles, conducta del agente previa y posterior al delito, comportamiento de la víctima, antecedentes de ambos, etcétera, todo ello con el fin de resolver sobre la capacidad de culpabilidad e individualizar la pena, considerando las alternativas y el tramo de punibilidad que el código previene.

La intermediación se plantea, sobre todo, en la etapa de juicio, cuando el tribunal que debe resolver escucha a las partes y recibe las pruebas.³⁰⁸ El CM señala, sobre este punto, que “el debate se realizará con la presencia ininterrumpida de las personas llamadas a dictar la sentencia, del Ministerio Público, del imputado, su defensor y los demás intervinientes o sus mandatarios” (artículo 291, primer párrafo). Los mencionados en primer término son aquellos que resolverán el fondo del asunto: miembros del jura-

³⁰⁷ En cuyos términos “la ley penal pretende algunas veces, más que sancionar una determinada acción, sancionar al hombre por aquello que es, por su modo de ser”. Antolisei, Francesco, *Manual de derecho penal*, trad. Juan del Rosal y Ángel Torio, Buenos Aires, UTEHA Argentina, 1960, p. 433.

³⁰⁸ Assis Moura (Brasil): el juez debe tener contacto directo con las partes y las pruebas, pero no se exige la identidad física del juez.

do y jueces profesionales, en su caso. El Ministerio Público —una institución: única e indivisible— concurre por conducto de cualquiera de sus funcionarios debidamente acreditados. El defensor debe hallarse presente, so pena de ser relevado por otra persona que asuma la función respectiva.

No obstante ser la etapa de juicio, como dije, el ámbito característico de la intermediación,³⁰⁹ es pertinente que esta regla se observe también en otros periodos del enjuiciamiento. Así, en la investigación, puesto que también se pretende formar la convicción del titular del órgano que hará la acusación o dispondrá el cierre de aquélla, por no hallarse sustanciada la imputación; y en el periodo intermedio, puente hacia el juicio, en el que se recibirán pruebas, se oirán alegaciones y se dispondrá la apertura del juicio si el juzgador que preside esa etapa procesal llega al convencimiento de que existen elementos para hacerlo. Este deber funcional vincula al juzgador y al M. P. investigador y acusador; en este caso, tanto para los efectos de ciertas peticiones que afectan la libertad del inculpado,³¹⁰ como para los fines de su posición con vistas a la individualización de la pena, aunque aquélla no determine, por fuerza, el sentido de la condena.³¹¹

A la intermediación se opone la delegación de funciones, bajo cualquier denominación, para recibir pruebas o escuchar alegatos, a la que en ocasiones se recurre en virtud de la severa carga de trabajo que enfrentan los titulares de la jurisdicción.³¹² Si se pretende formar la convicción de una

³⁰⁹ En esa fase, señala San Martín Castro (*Derecho procesal penal, cit.*, nota 113, pp. 471-472), invocado por Quiroga León, “rigen los principios de contradicción, publicidad, oralidad, intermediación y continuidad”.

³¹⁰ Así, p. ej., conforme a la norma constitucional mexicana —desarrollada en el derecho secundario— a propósito de la negativa de libertad provisional (artículo 20, A, I).

³¹¹ “La correlación exigible entre acusación y sentencia no ha de entenderse como un necesario y vinculante encarrilamiento del Tribunal sentenciador por entre los cauces jurídicos apuntados por acusación y defensa. Tras la observancia fidelísima del principio *audiatur et altera pars*, el Tribunal, y en méritos al *iura novit curia*, no ha de tener otro norte que el dictado de su conciencia en conexión íntima con los preceptos integrantes de la Ley penal sustantiva”. Soto Nieto, Francisco, *Correlación entre acusación y sentencia. Temas procesales*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1979, p. 225.

³¹² En México —señala Zamora Pierce— no obstante el reconocimiento del principio de intermediación en el Código Federal de Procedimientos Penales (artículo 16, párrafo tercero), “en la práctica, alegando exceso de trabajo, los jueces están ausentes en todas salvo las más importantes de las audiencias, las cuales resultan presididas por los secretarios”. En Perú, informa Quiroga León, “ante la evidente carga de trabajo que tiene cada magistrado ... se ha materializado la costumbre de que la realización de algunas diligencias judiciales (cualquiera sea su naturaleza) sea encargada a algún funcionario del despacho judicial que con su participación suponga la intervención por comisión del juzgador de una causa”.

persona, el juzgador, que habrá de valorar lo que mira y escucha, y construir, sobre este cimiento, cierta conclusión, empeñando en ella su autoridad y su responsabilidad, no es aceptable que otra persona lo suplante en su desempeño esencial y se convierta en “ojos y oídos” del tribunal.³¹³ Por eso se ha reprochado que las pruebas reunidas por la policía o el Ministerio Público tengan valor pleno en el juicio, determinando de este modo la convicción del tribunal, que ciertamente no podría supeditarse a semejante “prejuicio” y al mismo tiempo mantener íntegramente su dignidad y responsabilidad.³¹⁴

El tribunal debe sustentar su sentencia en la prueba rendida durante el juicio: esto es consecuencia del principio de inmediación y de las reglas de la prueba, con las que se quiere ilustrar el criterio de quien ha de emitir sentencia.³¹⁵ Otra cosa es la hipótesis, siempre excepcional, de que se recaben pruebas en circunstancias de urgencia, cuando se corre el riesgo de que aquéllas desaparezcan sin remedio: lo que el Estatuto de Roma denomina “oportunidad única de probar” y autoriza en forma especial, como también lo hacen algunos ordenamientos nacionales.

La importancia de la inmediación ha influido, inclusive, en la propuesta de suprimir el recurso de apelación y concentrar la contienda en un proceso de única instancia, situación que ya se contempla en varias legislaciones a las que me referiré adelante. Este es, por lo demás, un rasgo característico del proceso acusatorio, sobre el que existe debate.³¹⁶ Acerca de este punto, la Exposición de Motivos del CM aduce que en un juicio oral y público —agreguemos: bajo principio de inmediación, consecuente con aquellas formas— la apelación “representaría, ineludiblemente, duplicar el juicio, al menos en relación con el aspecto del hecho sobre el que

³¹³ Gadea (Costa Rica): los elementos de prueba que se reúnen en la etapa preparatoria del enjuiciamiento aún no tienen valor probatorio para los fines del juicio mismo.

³¹⁴ Assis Moura (Brasil): las pruebas (confesión extrajudicial y testimonio) reunidas en la fase investigadora poseen valor no sólo para la acusación, sino también para la resolución jurisdiccional, a pesar de que no se trate de “pruebas irrepetibles”.

³¹⁵ Tavolari (Chile): la negativa de eficacia probatoria a la prueba que no se produce durante el juicio —rechazo que recoge la legislación chilena— hace realidad “la idea de que la prueba de la investigación no tiene más propósito que formar la convicción acusadora del fiscal, al paso que la del juicio (se dirige) a formar la convicción sentenciadora del tribunal”.

³¹⁶ Cfr. Armenta Deu, *Principio acusatorio y derecho penal*, Barcelona, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad de Barcelona, J.M. Bosch Editor, 1995, pp. 81 y ss.

versa el juicio”. El tribunal superior debería recibir de nueva cuenta las pruebas, oír también nuevamente las consideraciones de las partes y llevar adelante, en suma, el mismo juicio que ya se despachó ante el *a quo*.³¹⁷

XII. ORALIDAD

La oralidad, uno de los rasgos medulares del sistema acusatorio,³¹⁸ recogida en Constituciones,³¹⁹ implica que las actuaciones del juicio se desarrollen en forma verbal: actos de partes, de otros participantes y del tribunal, sin perjuicio, por supuesto, de que se recojan en documentos. Serán esas actuaciones las que el tribunal considerará para los fines de su sentencia. Evidentemente, la disyuntiva entre oralidad y escritura es flexible: no hay proceso totalmente escrito, como no lo hay completamente oral; se trata, en rigor, de preeminencia o preferencia por alguna de estas formas, dentro del esquema general del enjuiciamiento.³²⁰

El artículo 299 del CM dispone: “El debate será oral; de esa forma se producirán las declaraciones del imputado, de los órganos de prueba y las

³¹⁷ “Así es —señala la *exp. de mot.*— porque una regla de principio del juicio oral y público impone que sólo los jueces que presenciaron el debate están habilitados para deliberar y votar la sentencia; la regla de la inmediación así lo manda ... También sin esa regla, cualquier neófito se daría cuenta de que un tribunal posterior, que no ha presenciado el debate, carece de base para el fallo, pues aun apelando a métodos modernos de reproducción, la inasistencia de los jueces de fallo al debate que lo funda provocaría la pérdida de toda la sustancia y razón de ser del juicio oral, implicaría un regreso a la delegación”. “Exposición de motivos”, en *Código procesal penal modelo...*, *cit.*, nota 33, pp. 26-27.

³¹⁸ Se alude a la oralidad en diversos sentidos: uno de ellos, como forma procesal; en otras expresiones, el juicio oral es sinónimo de la etapa de conocimiento que sigue al periodo intermedio y culmina en la sentencia; en algunos casos, se habla de sistema oral para calificar el conjunto del enjuiciamiento. Alcalá-Zamora hace ver que el principio de oralidad “no es más que uno de los que rigen la actividad procesal, o sea el relativo al medio de expresión en los juicios, en contraste con la escritura”, y que se propende, erróneamente, a darle un sentido más amplio, identificando la oralidad “con un determinado tipo de proceso en que además de ella, convergen otros principios, como los de inmediatividad, concentración, publicidad e identidad física del juez”. “Proceso oral y abogacía”, *Estudios de teoría general...*, *cit.*, nota 129, t. II, pp. 16-17.

³¹⁹ Brasil, artículo 98.I; Ecuador, artículo 194; Guatemala, artículo 204; Paraguay, artículo 256; Venezuela, artículo 257.

³²⁰ Díaz de León (México). Armenta Deu (España): “Hoy en día ... no existe procedimiento que sea radicalmente oral o escrito, de manera que la configuración procedimental a estos efectos termina por ser una cuestión de preeminencia, más que de opción”. *Lecciones...*, *cit.*, nota 22, p. 66.

intervenciones de todas las personas que participan en él. Las resoluciones fundadas del tribunal se dictarán verbalmente, quedando notificados todos por su emisión, pero constarán en el acta del debate”. Es preciso examinar cuidadosamente el momento de emisión de la sentencia: se tiende a abrir la posibilidad de hacerlo al concluir la audiencia de juicio. Esta celeridad podría afectar la reflexión que el tribunal requiere a la hora de llegar al más importante acto del proceso, hacia el que se dirigen todas las expectativas: estatales, sociales e individuales. La oralidad ha sido calificada, en algunos casos, como “el eje central de la amplia reforma de los ordenamientos procesal-penales”.³²¹ En torno a ella se articulan diversos principios del enjuiciamiento.³²²

En mi concepto, la oralidad es consecuencia —o exigencia— de la intermediación, entendida conforme a los postulados del sistema acusatorio. Por eso me he referido primero a la intermediación y después a la oralidad.³²³ Si el tribunal recibe directamente las pruebas y conoce personalmente las razones y reflexiones de las partes, no podría hacerlo en un ejercicio de silencio, enfrascado en la lectura de los documentos que describen pruebas y exponen consideraciones: la intermediación tiene sentido porque todo aquello que el juzgador debe saber para formar su impresión en torno a los hechos controvertidos —e incluso sobre aquéllos que no lo son— le es suministrado oralmente, e incluso porque el tribunal se vale de esta forma de comunicación para tratar con las partes, interrogarlas, escuchar sus respuestas y aclaraciones, conocer sus reacciones.

³²¹ Bertolino (Argentina), quien señala: “en ‘clave de oralidad’ corresponde sean entendidos todos y cada uno de los elementos estructurales del actual sistema argentino”.

³²² Almirón (Paraguay): la oralidad es el instrumento más idóneo para la operación de los principios de publicidad, inmediatidad, contradicción, concentración y economía. Se cita a Alberto Binder: “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 intermediación, la publicidad del juicio y la personalización de la función judicial”. *Introducción al derecho procesal penal*, 2a. ed., Buenos Aires, 1999, p. 100. Díaz de León (México): son principios “que deben observarse siempre en el juicio sumario oral, los correspondientes a la economía procesal, a la intermediación, a la concentración y a la publicidad”.

³²³ La designación de cierto tipo de proceso —que acoge diversos principios— sólo como oral es “injusta en el discernimiento de méritos, ya que la superioridad, en conjunto indudable, de oralidad sobre escritura, más se debe a los principios de inmediatidad y concentración que a sus propias virtudes”. Alcalá-Zamora, “Proceso oral...”, en *Estudios de teoría general...*, *cit.*, nota 129, t. II, p. 17.

El régimen probatorio de “examen cruzado” (*cross-examination*)³²⁴ del sistema norteamericano, pone en juego las posibilidades de la intermediación y de la oralidad para lograr el esclarecimiento de los hechos y provocar el mayor impacto posible en el ánimo del tribunal: jurado —principalmente— y magistrado. Una cosa es hablar de las formas procesales en abstracto, como paradigmas a los que puede acogerse la regulación del proceso, y otra —a menudo distante de aquélla— considerarlos en concreto, de cara a una circunstancia precisa: los datos de la realidad en la que se desenvuelve el enjuiciamiento. El proceso no es un tema de academia, sino de praxis cotidiana; con él se pretende alcanzar ciertos fines, a los que me he referido frecuentemente, y por lo tanto debiera servir con eficacia a ese objetivo. Para que lo haga es preciso que exista congruencia entre los fines perseguidos, el modelo procesal adoptado y la realidad social y judicial en la que el proceso se desarrolla.

A menudo se ha destacado el carácter dramático del proceso. Si adoptamos esta figura, habría que interrogarse, una vez conocido el drama, sabidos los parlamentos, precisado el escenario, si el público que lo presencia y los actores que lo desarrollan son los adecuados para recoger el mensaje del autor y beneficiarse en plenitud de la obra. En algún caso, por lo menos, lejos de observarse el avance de la oralidad se advierte que ésta retrocede; la realidad ofrece una resistencia que llega a ser victoriosa.³²⁵

El proceso que se desarrolla —en hipótesis: es decir, el proceso legislativo, no necesariamente el proceso vivido— conforme a los principios de intermediación, publicidad, concentración y oralidad requiere una rigurosa preparación de sus conductores. Entiendo bajo este concepto al tribunal, al

³²⁴ Interrogatorio del declarante por la contraparte de quien propuso su declaración, para acreditar la credibilidad de aquél o ampliar sus declaraciones. *Cfr. Black's Law Dictionary*, West Publishing Co., St. Paul, Minn. (Estados Unidos), 1991.

³²⁵ Zamora Pierce (México): “El proceso penal mexicano, obedeciendo a tradiciones centenarias y que parecerían imposibles de erradicar, es escrito y rechaza la oralidad”. Los intentos para modificar este orden de cosas, tropiezan con la resistencia de los defensores, “quienes encuentran inútil formular alegatos verbales en una audiencia en la que el juez está ausente”. Añade: “Lejos de avanzar, la oralidad retrocede. En la actualidad, y al amparo de la garantía de no autoincriminarse, los inculpados declaran por escrito en la casi totalidad de las averiguaciones previas, y, con frecuencia, rinden también por escrito su declaración preparatoria, posibilidad que les otorga desde 1994 el artículo 155, CFPP” (Código Federal de Procedimientos Penales). Acerca de esta desacertada reforma en materia de declaración preparatoria, por ciertas prácticas viciadas, *cf. mi crítica en El nuevo procedimiento penal...*, *cit.*, nota 237, pp. 276 y 324.

Ministerio Público y al defensor. Obviamente, no se pretendería ninguna preparación especial de los inculpados, las víctimas y los testigos. Si aquellos no satisfacen las condiciones para el éxito de ese tipo de proceso, ocurrirá lo que en la práctica ha sucedido con frecuencia: que se proclamen las virtudes de la oralidad, mejor o peor instalada en la ley, y en seguida se despache el procedimiento conforme a las sabidas y transitadas —y por ello más seguras, para una profesión forense insuficientemente capacitada— reglas de la escritura, la delegación y la discontinuidad. La provisión de un avanzado tipo de proceso debe contar con profesionales del foro debidamente preparados para extraer de aquél todas sus ventajas, en beneficio de la justicia misma.³²⁶

XIII. PUBLICIDAD

El autoritarismo se vale del secreto, supremo instrumento de gobierno. De ahí la reacción del proceso democrático: la más amplia publicidad posible, que permita a todos —comenzando por el inculpadado mismo— saber lo que ocurre y cómo se maneja, esto es, asistir a la escena misma donde la jurisdicción se exploya, y convertirse en jueces de la justicia. Por supuesto, la publicidad del proceso no es cosa de nuestros días: tiene remotas aplicaciones, que se desvanecieron en la extensa etapa inquisitiva. La publicidad —hoy se habla, además, de “transparencia”—,³²⁷ en fin, es un dato inherente a la democracia: opera en todos los órdenes; también en el dominio del enjuiciamiento penal, que durante mucho tiempo fue el imperio del secreto. Las cosas han cambiado.

³²⁶ La oralidad es un tema recurrente en la doctrina, abundantemente explorado en congresos de nuestra materia. En el XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal —al que me he referido en diversos puntos de este trabajo— también hubo una sección destinada al examen de la oralidad en el proceso penal. Fueron ponentes: Sergio Herrera Trejo, “Propuesta de reformas para simplificar la legislación procesal penal”; Marco Antonio Díaz de León, “El juicio sumario y la oralidad en el proceso penal”; Daniel González Álvarez, “La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal”, y Mauro Chacón Corado, “La oralidad en el proceso penal guatemalteco”. *Cfr. XV Congreso..., cit.*, nota 78, pp. 587 y ss.

³²⁷ En México rige una reciente Ley de transparencia y acceso a la información pública gubernamental, que alude a datos relacionados con investigaciones (averiguaciones previas, en la terminología procesal mexicana) y procesos. Distingue entre información reservada (artículos 13 y 14) e información confidencial (artículo 18).

Algunos textos constitucionales recogen el principio de publicidad en el proceso, con ciertas restricciones en algunos casos³²⁸ y lo mismo hacen diversos instrumentos internacionales.³²⁹ Las normas procesales organizan la materia con amplia publicidad en la fase de juicio y restringida en las etapas previas.³³⁰ La inobservancia de la publicidad se sanciona con nulidad.³³¹ “El debate —previene el artículo 293 del CM— será público”, sin perjuicio de que por ciertos motivos justos se lleve a cabo con reserva, e incluso se disponga que el acusado abandone la sala donde se desarrolla el proceso.³³² A veces, probablemente las menos, ciertas prácticas siguen militando contra la fiel observancia de la garantía constitucional de publicidad.³³³

La publicidad, tomada como concepto y contemplada en sus primeras expresiones radicales, constituye, pues, una palanca democrática del proceso. Se vincula a la participación popular en la justicia y concurre como

³²⁸ Brasil, artículo 5.LX; Bolivia, artículo 19.IV; Colombia, artículo 228; Ecuador, artículo 195; El Salvador, artículo 12; España, artículo 24; Estados Unidos, enmienda VI; Guatemala, artículo 204; México, artículo 20, A, III y VI; Nicaragua, artículo 34.10; Perú, artículo 139.4; Paraguay, artículo 17.2; República Dominicana, artículo 8.2.j; Venezuela, artículo 257.

³²⁹ Declaración Americana, artículo XXVI; Convención Europea, artículo 60.1; Pacto Internacional, artículo 14.1; Convención Americana, artículo 8.5.

³³⁰ Bertolino (Argentina). Vásquez Rivera y Jiménez Jaramillo (Colombia).

³³¹ Assis Moura (Brasil). Zamora Pierce (México): la inobservancia de la publicidad de la audiencia afecta las defensas del quejoso, desde la perspectiva de la Ley de Amparo (artículo 160, fracciones IX y X).

³³² Es frecuente que se restrinja la publicidad en casos de orden, cuestiones que afectan seriamente la moral o la paz y otros similares. Desde luego, hay diligencias de suyo reservadas. Como ejemplo, en el informe de Assis Moura (Brasil): sigilo de las diligencias en la etapa de investigación policial, votaciones del jurado, diligencias, grabaciones y transcripciones obtenidas por medio de interceptación telefónica. Armenta Deu (España): secreto en la fase de investigación; esto implica que no puede transgredirse la reserva “por medio de ‘revelaciones indebidas’ (artículo 301, LECrim, Ley de Enjuiciamiento Criminal) o a través de un conocimiento ilícito y su posterior difusión. Ahora bien, fuera de este ámbito no cabe arrebatar uno o varios elementos de la realidad social a la libertad de información sin crear indebidamente una ‘materia reservada.’” Así lo ha sostenido el Tribunal Constitucional (STC 13/1985).

³³³ Zamora Pierce (México): “En años recientes, se ha presentado un caso grave de violación de la garantía de publicidad del proceso, en relación con los centros de reclusión de alta seguridad: diseñados para albergar únicamente reos sentenciados, se les ha usado en algunas ocasiones para internar en ellos a simples procesados. Se han improvisado entonces estrechos locales para que puedan tener lugar en ellos las audiencias del proceso, pero sus pequeñas dimensiones y las estrictas normas de seguridad de la institución impiden la celebración de audiencias cabalmente públicas”.

instrumento de control poderoso, vigilia del pueblo que observa el quehacer de la justicia. Al hacerlo, contribuye a que ésta se haga de veras; pone en dirección correcta las manos temerarias o medrosas que la administran: unas que se atreven demasiado y otras que no se atreven en lo absoluto. La publicidad resuelve el problema, sea porque infunde temor a quien imparte la justicia, sea porque le confiere el valor que necesita. Por ambas vías cumple su tarea.³³⁴

La publicidad en la justicia tiene más de un rostro, como Jano. Por una parte, es ingreso del pueblo en el estrado; asunción directa del poder jurisdiccional. Por la otra, es acceso a la sala de audiencia —real o virtual—, para observar desde ahí el flujo de una función del Estado, garantizarla, cercarla y acaso determinarla.³³⁵ En este momento me refiero, sobre todo, a esta segunda expresión de la publicidad democratizadora de la justicia, a reserva de aludir después a aquélla.

Recordemos el parentesco entre el pueblo y la Constitución democrática, en el concepto de Carl Schmitt.³³⁶ La publicidad del proceso corresponde al supuesto en que el pueblo opera “junto” a la regulación constitucional.³³⁷ Ahora diríamos: junto a la regulación democrática del proceso y para los fines de éste: como “opinión pública” que mira y, al hacerlo, cuida. En diversos términos, “el nexo entre opinión pública y democracia es constitutivo: la primera es el fundamento sustantivo y operativo de la segunda”.³³⁸ Si es verdad que “quien decide es el tribunal”, también lo es que “éste actúa ante el foro de la opinión pública y bajo la vigilancia virtual de todos”.³³⁹ Esto contribuye a responder a la famosa pregunta sin respuesta:

³³⁴ Cfr. García Ramírez, “Libertad de expresión y derecho a la información”, *Revista de la Facultad de Derecho*, México, LII, núm. 239.

³³⁵ Cassel (Estados Unidos): la publicidad del juicio protege los derechos del inculcado, pero además “promueve comportamiento responsable por parte de los jueces y fiscales, responde a los clamores de la sociedad para que haya una respuesta a la delincuencia, y estimula a los testigos que comparezcan y digan la verdad”. El ponente cita la sentencia en *Waller v. Georgia* (1984).

³³⁶ Diversas posiciones en la relación entre el pueblo y la Constitución democrática: aquél, “antes y por encima” de la Constitución (como sujeto del poder constituyente); “dentro” de la Constitución, en el “ejercicio de facultades regladas por ley constitucional” (elecciones, votaciones populares); y “junto” a la regulación constitucional (opinión pública). Cfr. *Teoría de la Constitución*, México, Nacional, 1952, pp. 276 y ss.

³³⁷ Cfr. *idem*, pp. 280 y ss.

³³⁸ Sartori, *¿Qué es la democracia?*, *cit.*, nota 73, p. 59.

³³⁹ Zamora Pierce (México).

¿quién custodia al custodio? La publicidad pretende que lo haga el pueblo desde el estrado de la justicia, aunque no la administre de manera directa. Desde ahí se comunica, a veces ruidosamente, consigo mismo: los que miran dentro con los que aguardan fuera; todos se interesan.

Bobbio asegura que la publicidad de los actos del poder “representa el verdadero y propio momento de cambio en la transformación del Estado moderno de Estado absoluto en Estado de derecho”.³⁴⁰ Otro tanto se diría del principio de publicidad procesal: se inicia cuando el proceso traspone la frontera entre la inquisición y la acusación, y justamente para que la trasponga. A partir de Kant —quien afirma: “todas las acciones referentes al derecho de otros hombres cuya máxima no puede ser publicada, son injustas”—,³⁴¹ el mismo Bobbio subraya que la publicidad de los actos gubernamentales no sólo permite al ciudadano conocer las acciones del poderoso, y en consecuencia controlarlas, sino constituye “en sí misma una forma de control, es un expediente que permite distinguir lo que es lícito de lo que es ilícito”.³⁴² La publicidad es el cauce para que corra, en los términos de una bella formulación kantiana, el “uso público de la propia razón”.

Hay un abismo entre la publicidad y los *arcana imperii*. Y esta norma vale tanto para la publicidad de los debates políticos como para la de los debates judiciales,³⁴³ a los que debemos agregar, con creciente largueza —contradicha por leyes y circunstancias—, diversos actos inmediatamente anteriores, en los que esos debates toman su sentido y en los que reposa la legitimidad de la sentencia.

Hoy, el derecho a la publicidad en el curso del enjuiciamiento se halla ampliamente difundido y consagrado. Ese derecho tiene su cimiento en otros de más amplio espectro: a “decir” y a “saber”. Estos se proyectan en una prerrogativa de la sociedad, que reclama el uso informativo y crítico de la palabra y exige el acceso a los archivos del poder, donde se guarda la historia general; y otra del individuo, que invoca su libertad de expre-

³⁴⁰ Bobbio, *El futuro de la democracia*, trad. José F. Fernández Santillán, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 115.

³⁴¹ *Cit.* por Bobbio, *ibidem*, pp. 37 y 101.

³⁴² *Ibidem*. *Cfr.*, del mismo autor, *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, trad. José F. Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 33 y 34.

³⁴³ *Cfr.* Bobbio, *El futuro...*, *cit.*, nota 73, p. 100.

sión y pretende el acceso a la sección de esos archivos (poder público o poder social) que le concierne directamente: ahí donde constan los folios de su biografía particular.³⁴⁴

El principio de publicidad —que entraña derechos para diversos sujetos: partes, abogados y asesores, terceros, público en general— se manifiesta también a propósito de los medios de comunicación social. Desde hace tiempo, éstos son el cauce para que la información llegue al público, o bien, en otros términos, para que el pueblo conozca lo que acontece y ejerza así el derecho a la expresión³⁴⁵ y a la información. Por ello, las normas acerca de aquel principio, entendido como fuente de facultades, reconocen a la prensa el derecho de tener acceso a diversos actos del enjuiciamiento, con algunas limitaciones.³⁴⁶

La publicidad no es apenas una abstracción, un modelo de relación aséptica entre lo que ocurre y quien se interesa en ello. El instrumento carece de alma, pero no quien lo maneja,³⁴⁷ ni quienes reciben el mensaje, aunque puedan perderla —y esto suele ocurrir— en el curso de una prolongada recepción que opera desde la infancia. La propaganda totalitaria

³⁴⁴ De ahí la acción de *habeas data*, una protección que hoy se difunde: “derecho que asiste a toda persona —identificada o identificable— a solicitar judicialmente la exhibición de los registros —públicos o privados— en los cuales están incluidos sus datos personales o los de su grupo familiar, para tomar conocimiento de su exactitud; a requerir la rectificación, la supresión de datos inexactos u obsoletos o que impliquen discriminación”. Ezmekdjian, Miguel Ángel, y Pizzolo (h.), Calogero, *Habeas data. El derecho a la intimidad frente a la revolución informática*, Buenos Aires, Depalma, 1996, pp. 1 y 2.

³⁴⁵ Recuérdese, en este punto, el doble contenido de la libertad de expresión. P. ej., la Convención Americana sobre Derechos Humanos puntualiza que el “derecho a la libertad de pensamiento y de expresión ... comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección” (artículo 13.1).

³⁴⁶ Cassel (Estados Unidos): esto se sustenta en la enmienda I (*Richmond Newspapers v. Virginia*, 1980), y se aplica también a fases preliminares del proceso (*Press-Enterprise Co. v. Superior Court*, 1984 y 1986). Restricciones, las estrictamente indispensables y sólo por motivos muy poderosos (*compelling*) (*Globe Newspaper Co. v. Superior Court*, 1982).

³⁴⁷ Cfr. Berizonce, “Recientes tendencias en la posición del juez”, en Berizonce (coord.), *El juez y la magistratura (Tendencias en los albores del siglo XXI)*. Relatoría general y Relatorías nacionales. XI Congreso Nacional de Derecho Procesal-XI World Congress on Procedural Law, Viena, Austria, 1999, Buenos Aires, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal-Rubinal-Culzoni, Editores, 1999, p. 32.

aplasta a la opinión pública; el arrasamiento cala cuando entran en la escena la radio y la televisión.³⁴⁸

El grave riesgo —uno de ellos, en todo caso— es el “prejuicio” publicitario: primero sentencian los medios; luego, si acaso, la administración de justicia. De ahí que algunas normas prohíban la exhibición de inculpados antes de que exista siquiera indagación judicial,³⁴⁹ y la difusión que vulnere la probabilidad de un juicio justo.³⁵⁰ Si alguna vez observó el pueblo, presente en la sala de juicio, las razones y conclusiones de la justicia,³⁵¹ hoy día existe el riesgo de que el juzgador, atento a la prensa escrita o electrónica, reciba en las páginas de los diarios o en los informes y comentarios de la radio y la televisión, los datos a los que luego conformará su sentencia.³⁵²

No obstante todo lo dicho, la impartición de justicia bajo la mirada de los medios de comunicación masiva puede caer en problemas que alteren sus virtudes. En rigor, “la independencia e imparcialidad de los jueces aparece potencialmente jaqueada ahora por los medios de comunicación”.³⁵³ Uno de esos problemas es la “politización de la justicia”. Ante la imposibi-

³⁴⁸ La “autonomía de la opinión pública ha sido aplastada ampliamente por la propaganda totalitaria y entra en crisis, cuando menos en crisis de vulnerabilidad, con la llegada de la radio y, todavía más, de la televisión”. Sartori, *¿Qué es la democracia?*, cit., nota 73, p. 60.

³⁴⁹ El artículo 13, segundo párrafo, de la Constitución de Guatemala indica: “Las autoridades policiales no podrán presentar de oficio, ante los medios de comunicación social, a ninguna persona que previamente no haya sido indagada por el tribunal competente”. Almirón (Paraguay): el Código de procedimientos prohíbe a las autoridades presentar al imputado como culpable si no hay sentencia que lo resuelva. “La norma va dirigida a funcionarios policiales, a fiscales, jueces, eventualmente defensores y autoridades de establecimientos de reclusión preventiva”.

³⁵⁰ Cassel (Estados Unidos): *Gannett Co. v. DePasquale* (1979) (audiencia preliminar sobre exclusión de prueba, para evitar que el jurado conozca, por medio de la prensa, las pruebas excluidas).

³⁵¹ Así, cuando los asistentes a la audiencia reciben noticia directa sobre los hechos, las pruebas y las conclusiones de las partes, y más aún cuando toman conocimiento de las razones del tribunal, en la deliberación judicial pública sobre la sentencia, como se practica por la Suprema Corte de Justicia de México, elogiada por Calamandrei. *Cfr. Proceso y democracia*, cit., nota 81, pp. 108 y ss.

³⁵² Armenta Deu (España) destaca dos problemas: los “llamados ‘juicios paralelos’ y la dificultad de articular la publicidad en la fase de instrucción, por temor a la llamada ‘pena de banquillo’”.

³⁵³ Berizonce, “Recientes tendencias...”, en Berizonce (coord.), *El juez...*, cit., nota 347, p. 32.

lidad e inconveniencia de suprimir la publicidad, hay que recurrir a limitaciones lógicas, como sugiere Eberhard Schmidt,³⁵⁴ tanto más difíciles cuanto que aquí entran en contacto —y en colisión— prerrogativas tales como la publicidad procesal, el derecho a la información y la libertad de comunicación. La politización puede poner en conflicto a diversos órganos del Estado, que aparentemente concurren en la función de la justicia y realmente difieren en el interés político. Quien padece es aquélla, la justicia, y concretamente el justiciable. La prensa “impone sentencias sociales, basadas únicamente en investigaciones periodísticas”.³⁵⁵

No es posible ni deseable excluir a los medios de la observación sobre el procedimiento penal, aunque su presencia puede tener mayor o menor intensidad en las diversas etapas del enjuiciamiento. Sin embargo, en la solución de este punto, siempre atravesado por cuestiones relevantes, habría que traer a cuentas —para desprender de ahí las consecuencias, bajo forma de normas y prácticas razonables— la necesidad de que justicia y medios “esté(n) en su sitio: los papeles respectivos de la justicia y de los medios no han sido nunca y no serán nunca los mismos”.³⁵⁶ Habrá que mostrar la diferencia a un público cada vez más informado y, sobre todo, cada vez más ilustrado y competente para distinguir, apreciar y resolver. Estoy consciente, sin embargo, de que me muevo en el terreno de los “buenos deseos”, generalmente distanciados de las evidentes realidades.

Se sostiene que las exigencias de la administración de justicia y el respeto a la intimidad constituyen fronteras para el derecho a la información y la libertad de prensa.³⁵⁷ Así lo entienden diversos instrumentos internacio-

³⁵⁴ Cfr. Schmidt, *Los fundamentos teóricos y constitucionales...*, pp. 235 y ss.

³⁵⁵ Dromi, Roberto, *Los jueces. ¿Es la justicia un tercio del poder?*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1992, p. 16.

³⁵⁶ Delmas Marty cita a Garapon, A. (*La justice est-elle délocalisable dans les médias, “Droit et société”, 1994.86*) y resume: “El tiempo de la justicia no es el de la prensa: el tiempo de la justicia es el plazo razonable durante el cual el juez debe esforzarse para abandonar su certidumbre, reunir pruebas y saber dudar. El tiempo de la prensa es el tiempo del instante, del diario de las ocho de la noche ... El lugar de la justicia no es el de la prensa: el lugar de la Justicia debe ser único, mientras que el de la prensa es plural (y ello mismo es una garantía fundamental) ... La acción de la justicia no es la de la prensa: el papel del juez no es el de informar, es el de juzgar”. *Procesos penales...*, cit., nota 90, p. 726.

³⁵⁷ El Congreso Internacional de Derecho Penal (Lisboa, 1961) declaró que “la justificación de la información en los procesos viene dada ... por el interés público de formación de conciencia social, ejemplaridad y conocimiento de la ley, y los límites impuestos

nales, que invocan “los intereses de la justicia”³⁵⁸ y “la autoridad e imparcialidad del poder judicial”.³⁵⁹ En mi concepto, no se trata solamente de tutelar los intereses y derechos del justiciable,³⁶⁰ sino el buen desempeño de la justicia, que se dirige a la sentencia justa, y la independencia, dignidad, respetabilidad y confiabilidad del tribunal, que son el cimiento de unas decisiones que merezcan la calificación de justas.³⁶¹

Obviamente, este asunto se puede y se debe abordar desde cualquier región de la justicia. Sin embargo, tiene acentos singulares en la justicia penal, “llegando a intromisiones inadmisibles respecto del procedimiento de las causas, ‘filtración’ de elementos de convicción y difusión pública

son el respeto al secreto del sumario, la no interferencia en la administración de justicia y el respeto a la intimidad de las personas y de las familias y, para proteger la intimidad y el honor de los detenidos y los liberados en situación condicional o definitiva, guardarse de revelar su identidad”. *Cit.* Quiroga Lavié, *Los derechos humanos...*, *cit.*, nota 19, p. 68. En el famoso caso *Sunday Times v. United Kingdom*, de 1979, la Corte Europea de Derechos Humanos examinó la facultad del Estado de prohibir la publicación de material que puede influir sobre el desarrollo de un proceso judicial. La Corte consideró que es legítima la intención de “mantener la autoridad y la imparcialidad del Poder Judicial” —como señala el artículo 10 de la Convención europea—, pero sostuvo que la publicación de un artículo que relataba hechos de manera objetiva, tomando como base varios casos sujetos a juicio no ponía en riesgo la autoridad y la imparcialidad judiciales, y que en tales circunstancias resultaba excesiva la prohibición del artículo. *Judgment of 26 April 1979*, Series A, núm. 30; EHRR 245 (1979-80).

³⁵⁸ Artículos 6o.1 de la Convención Europea, 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sobre este punto, *cfr.* Faúndez, “Los límites de la libertad de expresión”, en Varios, *Los derechos humanos y la agenda...*, *cit.*, nota 112, pp. 484 y ss.

³⁵⁹ Declaración Universal, artículo 10; Declaración Americana, artículo XXVI; Convención Europea, artículo 10.2; Pacto Internacional, artículo 14.1; Convención Americana, artículo 8.1.

³⁶⁰ Faúndez Ledesma menciona las restricciones, explícitas o inherentes, que se relacionan con las necesidades derivadas de la administración de justicia, y señala que “podrán estar diseñadas para preservar los derechos o intereses de las partes involucradas en un proceso, o para preservar la autoridad e imparcialidad del poder judicial”. “Los límites de la libertad...”, en Varios, *Los derechos humanos y la agenda...*, *cit.*, nota 112, p. 484.

³⁶¹ Armenta Deu (España): el Tribunal Constitucional español ha resaltado la importancia del principio de publicidad en atención a su doble finalidad; “por un lado, proteger a las partes de una justicia sustraída al control público, y por otro, mantener la confianza de la comunidad en los tribunales, constituyendo en ambos sentidos tal principio una de las bases del debido proceso y uno de los pilares del Estado de derecho” (STC 96/1987). La ponente nacional informa también sobre jurisprudencia pertinente a esta materia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: sentencias en los casos *Le Compte, Van Leuven y De Meyere*, de 28 de junio de 1981; *Albert y Le Compte*, de 10 de febrero de 1983; *Pretto*, de 8 de diciembre de 1983, y *Axen*, de 10 de diciembre de 1983.

que perjudica la investigación judicial, y hasta el ‘juzgamiento’ anticipado de los reos”.³⁶² Añádase a esto un dato invariablemente asociado a la justicia penal: la estigmatización.³⁶³ En esa expresión de la justicia pública, las consecuencias de una indebida o desmedida actividad publicitaria pueden ser, asimismo, más graves que en otros ámbitos, en cuanto se vuelcan sobre los derechos más preciados de los individuos que intervienen en este escenario judicial: sea el inculpado, sea la víctima. Por supuesto, el golpe sobre la justicia acabará por tocar a la sociedad.

Por lo demás, la generalizada —y motivada— creencia de que los medios ejercen un poder superior al de los poderes formales del Estado, que pueden actuar como ariete para la atención de éstos e influir en sus determinaciones, trae consigo un fenómeno que altera o mediatiza la vía regular de la justicia: el acceso de los litigantes a los medios sociales, primero, para el impulso de su pretensión, y sólo más tarde a los tribunales —o al Ministerio Público— para la “consolidación” de ese interés, sobre el cauce que antes abrió la comunicación.³⁶⁴ En otros términos, el acceso a los medios parece ser un requisito para el acceso eficaz a la justicia.³⁶⁵

Estos problemas, que pueden ser vistos desde diversos ángulos, también suscitan algunas cuestiones relacionadas con el quehacer del tribunal, por propia iniciativa, ante el sistema de comunicación y, en definitiva, ante

³⁶² Cfr. Berizonce, “Recientes tendencias...”, en Berizonce (coord.), *El juez...*, cit., nota 347, pp. 32-33.

³⁶³ De ahí el esfuerzo por evitar que ciertos justiciables sean artículo de consumo para los medios; así, los menores de edad, conforme a la derogada Ley que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal (México), de 1973 (publicada en 1974), cuyo artículo 68 previno: “Los medios de difusión se abstendrán de publicar la identidad de los menores sujetos al conocimiento del Consejo y la ejecución de medidas acordadas por éste”. Cfr. mi comentario en *Legislación penitenciaria y correccional comentada*, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1978, pp. 341 y 342. Sobre la reserva en casos de justicia de menores, cfr. Schmidt, *Los fundamentos teóricos y constitucionales...*, cit., nota 126.

³⁶⁴ La inconformidad con los procedimientos judiciales hace que los individuos recurran a los medios de comunicación “en procura de la legitimación para accionar y de la celeridad para zanjar el conflicto”. Dromi, *Los jueces...*, cit., nota 355, p. 109.

³⁶⁵ El Código Federal de Procedimientos Penales de México previene: “Cuando el denunciante o querellante haga publicar la denuncia o la querrela, están obligados a publicar también a su costa y en la misma forma utilizada para esa publicación, el acuerdo que recaiga al concluir la averiguación previa, si así lo solicita la persona en contra de la cual se hubiesen formulado dichas denuncia o querrela, y sin perjuicio de las responsabilidades en que aquéllos incurran, en su caso, conforme a otras leyes aplicables” (artículo 118, tercer párrafo).

SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO Y ÓRGANOS DE ACUSACIÓN 101

la opinión pública. Sucede, como se ha manifestado, que “los propios jueces son permeables y partícipes de la intromisión, por ‘vedettismo’, vanidad, complacencia o infidelidad”,³⁶⁶ e incurrir en un “exhibicionismo judicial”³⁶⁷ perturbador, que a la postre no beneficia a la justicia. Aquí resurge el “Estado-espectáculo”, ahora en manos de funcionarios y para los fines de éstos. Los críticos han subrayado: “el firmamento en que se mueven los jueces-estrella pugna con la idea misma de la justicia, cuya realización correcta riñe con los aspayentos y la teatralidad”.³⁶⁸

XIV. CELERIDAD. EL PROBLEMA DEL “PLAZO RAZONABLE”

En todo caso es relevante la diligencia en el despacho de la jurisdicción, pero este problema sube de punto en el enjuiciamiento penal, sobre todo cuando se ha debido aplicar una medida de coerción o cautelar que afecta la libertad del inculcado y la disposición de sus bienes. El concepto de plazo razonable se aplica a la solución jurisdiccional de una controversia —lo que a su vez significa que haya razonabilidad en el trámite y la conclusión de las diversas etapas del procedimiento que llevarán a la sentencia definitiva—, y tiene relevancia particular cuando se analiza el caso de la prisión preventiva y, en general, de las privaciones de la libertad personal.³⁶⁹

La cuestión del plazo razonable para resolver un juicio ha llegado, por supuesto, al dominio del derecho internacional de los derechos humanos. Al sostener que el tribunal de derechos humanos puede considerar de oficio la observancia del plazo razonable, se ha subrayado el alto rango de esta garantía.³⁷⁰ El plazo debe ser razonable en función de las circunstan-

³⁶⁶ Berizonce, “Recientes tendencias...”, en Berizonce (coord.), *El juez, cit.*, nota 347, p. 33.

³⁶⁷ *Cfr.* Dromi, *Los jueces..., cit.*, nota 355, p. 142 y 143.

³⁶⁸ Alcubilla, Enrique Arnaldo, “Una visión dinámica del Poder Judicial”, en Varios, *Administraciones públicas..., cit.*, nota 100, p. 728. La justicia —agrega— pide “silencio y cautela, y no se acomoda al protagonismo de algunos jueces pues con el mismo se disminuye el crédito o confianza de los ciudadanos en la imparcialidad de la justicia”. *Ibid.*

³⁶⁹ *Cfr.* Albanese, Susana, “El plazo razonable en los procesos internos a la luz de los órganos internacionales”, en Abregú, Martín, y Curtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires, 1997, p. 268.

³⁷⁰ En este sentido, a propósito de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos —en el *Caso Moreira de Azevedo v. Portugal*, con fallo del 23 de octubre de

cias, es decir, en forma relativa, pero también debe serlo en términos absolutos. Hay tardanzas absolutamente injustificables... En estos casos parece especialmente aplicable la antigua máxima, en la que con razón insisten los justiciables: “justicia retardada es justicia denegada”.³⁷¹ La demora en el enjuiciamiento constituye un problema ampliamente observado,³⁷² difícilmente se podría encontrar un lugar donde no haya queja por la tardanza en la impartición de justicia,³⁷³ que puede tener cierta eficacia criminógena.³⁷⁴

La celeridad constituye uno de los objetivos destacados en el actual régimen constitucional del proceso.³⁷⁵ De ahí que algunas leyes fundamentales establezcan el principio —como garantía del justiciable— de solución pronta y expedita, con determinación de plazos totales para la conclusión del juicio y con precisión de plazos específicos para el cumpli-

1990—, *cf.* Albanese, “El plazo razonable en los procesos internos...”, en *id.*, pp. 270-271. Conviene observar que la regla *jura novit curia*, ampliamente aplicable en el ámbito de los derechos humanos, llevaría al tribunal a considerar de oficio cualesquiera violaciones a los derechos cuya comisión se desprenda de las constancias procesales.

³⁷¹ Con toda razón “se ha insistido en que una justicia lenta y retrasada no puede considerarse como tal (justicia), e inclusive puede traducirse en una denegación, cuando ese retraso llega a ser considerable”. Fix-Zamudio, “Ejercicio de las garantías constitucionales sobre la eficacia del proceso”, en *Latinoamérica: Constitución... cit.*, nota 221, p. 514. Asimismo, Díaz de León (México).

³⁷² Fix-Zamudio señala que a este respecto es “desalentador” el panorama del proceso contemporáneo: “imperera el fenómeno del rezago ... respecto del cual todavía no puede encontrarse una solución satisfactoria, y además, en ocasiones la acumulación de asuntos en los tribunales llega a adquirir caracteres dramáticos”. *Ibid.*

³⁷³ Assis Moura (Brasil): los procesos, generalmente morosos, pueden dilatar años. Quiroga Lavié invoca un severo testimonio de Allan R. Brewer-Carías sobre la lentitud de la justicia, “producto de una organización tribunalicia anticuada y de un procedimiento judicial realmente arcaico, lo cual, si produce consecuencias desastrosas en el procedimiento civil y comercial, en el penal son denigrantes y atentatorias contra la libertad y seguridad personales. La administración de justicia se encuentra reservada a quienes pueden esperar años ... por lo tanto a quienes pueden afrontar los costos derivados de la lentitud de los procesos”. “Estudio introductorio” en *El constitucionalismo... cit.*, nota 19, 92. Díaz de León (México): “Una instancia sin límite de tiempo para concluir su tramitación, políticamente hace inseguro al poder de jurisdicción y, por tanto, afecta al respectivo fin del Estado que lo justifica”.

³⁷⁴ *Cfr.* Navarro, Guillermo Rafael, “La duración del proceso penal como factor criminógeno”, en Varios, *Política criminal, derechos humanos y sistemas jurídicos en el siglo XX. Volumen de homenaje al profesor Pedro R. David*, Buenos Aires, Depalma, 2001, pp. 525 y ss.

³⁷⁵ *Cfr.* Amodio, *Processo penale... cit.*, nota 34, pp. 62 y ss.

miento de ciertas etapas procesales³⁷⁶ o la emisión de actos determinados que revisten particular importancia.³⁷⁷ La materia aparece en varios tratados internacionales.³⁷⁸ Los ordenamientos secundarios reproducen el “estándar” del plazo razonable o fijan plazos para la duración del proceso,³⁷⁹ además, se entiende, de los señalados como referencias temporales a diversos actos y etapas del enjuiciamiento. Y alguna jurisprudencia ha buscado destacar el derecho a una solución pronta de la controversia³⁸⁰ o suplir el silencio de la ley con criterios acerca de los plazos admisibles y las causas que pudieran determinar la duración del proceso.³⁸¹ El concepto de diligencia, celeridad o plazo razonable se proyecta sobre las diversas fases del enjuiciamiento. Así, también sobre la etapa preparatoria o de investigación, a tal punto que el exceso en este periodo puede traer consigo el cierre definitivo de la causa.³⁸²

³⁷⁶ Almirón (Paraguay): investigación y proceso. Zamora Pierce (México): la determinación constitucional sobre el plazo para concluir el proceso penal (que la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia aplica al periodo que corre entre el auto de formal prisión y la sentencia de primera instancia, sin abarcar apelación y amparo) “conquista cimas inalcanzadas”; no se encuentra precisión igual en otros ordenamientos constitucionales e internacionales, que se atienden al concepto de “juicio rápido”.

³⁷⁷ La Constitución de Estados Unidos (enmienda VI) establece el derecho a juicio rápido (*speedy trial*). La Constitución mexicana menciona un plazo para concluir el juicio (artículo 20, A, VIII), y otro para resolver, mediante auto de formal prisión, el procesamiento del inculcado (artículo 19) y la nicaragüense se refiere al derecho a ser juzgado sin dilación (artículo 34.2). La ley fundamental de Colombia también asegura el debido proceso público “sin dilaciones injustificadas” (artículo 29). España: proceso sin dilaciones indebidas (artículo 24.2), consignación o liberación (artículo 17.2), duración de prisión preventiva (artículo 17.4).

³⁷⁸ Declaración Americana, artículo XVIII; Pacto Internacional, artículo 9.3 y 14.3.c; Convención Americana, artículo 7.5.

³⁷⁹ Bertolino (Argentina). Cassel (Estados Unidos): existe, en materia federal, una *Speedy Trial Act*, 18 U.S.C. sección 3161 (b), con similares en los estados de la Unión (US Report, p. 124).

³⁸⁰ Bertolino (Argentina) cita el *leading-case* de *Mattei* (en *Fallos*: 272:188), en el que la Suprema Corte de Justicia de la Nación afirmó “el derecho de todo imputado a obtener —luego de un juicio tramitado en legal forma— un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal”.

³⁸¹ Assis Moura (Brasil): ochenta y un días, para el cierre de la instrucción; factores para exceder los plazos, sin que resulte ilegal la prisión del inculcado: gravedad del delito sujeto a investigación, complejidad de la causa, retardo provocado por la defensa, entre otros.

³⁸² Gadea (Costa Rica): el imputado puede pedir al juez la fijación de un plazo para que concluya la fase preparatoria; si se excede el plazo, la acción penal queda extinguida

Desde luego, lo que más importa es que se haga justicia, y ello significa que en la colisión entre dos derechos fundamentales —derecho a defensa y derecho a la solución definitiva en un plazo razonable— el primero prevalece sobre el segundo, como se ha estipulado en algunos textos³⁸³ y ha destacado la doctrina.³⁸⁴ Esto mismo se puede examinar desde la perspectiva de los juicios abreviados, que tienen su mejor sustento en la facilitación de la prueba: así, por flagrancia o por confesión admisible y creíble, aunque también los haya por entidad relativamente menor del delito imputado, que trae consigo una pena leve, o por consenso entre las partes.³⁸⁵

En ocasiones, los procedimientos abreviados o sumarios han dominado el panorama del enjuiciamiento, dejando el de carácter ordinario para los delitos graves³⁸⁶ o para aquellos casos en los que la necesidad de mayores diligencias probatorias o la complejidad de la contienda no permiten prescindir de actos o etapas procesales.³⁸⁷ Es preciso cuidar con escrúpulo de que el interés por la celeridad —que ciertamente atañe a la administración de justicia en su conjunto— no altere el interés por la justicia misma. En consecuencia, los procedimientos abreviados deben incorporar todas las garantías inherentes al debido proceso.³⁸⁸

automáticamente. En algunos ordenamientos procesales penales mexicanos existe un límite temporal para el agotamiento de la averiguación; si no se observa ese plazo, sobreviene el archivo definitivo de la averiguación. *Cfr.* García Ramírez, *El procedimiento penal en los Estados...*, *cit.*, nota 133, pp. 101-103.

³⁸³ *Cfr.*, por lo que respecta a la Constitución mexicana, Zamora Pierce, *Garantías...*, *cit.*, nota 34, pp. 325 y ss.

³⁸⁴ *Cfr.* Amodio, *Processo penale...*, *cit.*, nota 34, pp. 153 y ss.

³⁸⁵ Bertolino (Argentina): delitos “menores” o “medianos”, flagrancia y supuestos de prueba sencilla o evidente.

³⁸⁶ En este sentido, Quiroga León (Perú).

³⁸⁷ En el derecho comparado hay diversas expresiones de enjuiciamientos breves o acelerados, en los que se prescinde de alguna etapa del proceso o de determinadas actuaciones, que en la especie serían innecesarias. Así, en Italia: *rito direttissimo* y *giudizio immediato*, en los que se omite la audiencia preliminar; *giudizio abbreviato* y *applicazione della pena su richiesta delle parti*, en los que se prescinde del debate; y *decreto penale di condanna*, que suprime tanto la audiencia preliminar como el debate. *Cfr.* Centro Superiore Studi Giuridici Collana Omnia Iura, Ed. Sipiel, Milán, 1989, pp. 102 y ss. Además, *cfr.* Chiavario, Mario, *La riforma del processo penale*, Turín, UTET, 1988.

³⁸⁸ Gadea (Costa Rica): el procedimiento abreviado “no admite en forma alguna la reducción de garantías y derechos fundamentales del imputado; el debido proceso es un principio que siempre debe cumplirse”. Díaz de León: “se han ideado diversos mecanismos adjetivos que de alguna manera coinciden en acortar el aspecto temporal del proceso penal, simplificando trámites, eliminando tiempos de prueba, suprimiendo recursos, asimis-

En este orden se ha acuñado una referencia orientadora que entraña, no obstante, algunos problemas de interpretación. Me refiero al concepto de “plazo razonable”, que utilizan varios instrumentos internacionales y nacionales. Al respecto existen pronunciamientos de la Corte Europea de Derechos Humanos,³⁸⁹ que ha seguido, en su propia jurisprudencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se sostiene que con el propósito de ponderar el plazo razonable es preciso “tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales”.³⁹⁰ En algún caso, este último tribunal ha considerado que no sería razonable que un juicio se prolongara por más de cinco años.³⁹¹

mo la doble instancia y, en suma, dando por terminada la relación procesal inclusive por voluntad de las partes”. En este propósito hay que cuidar de que se actúe “sin prescindir de las garantías de defensa y legalidad que dan seguridad ... credibilidad y confianza a las sentencias definitivas”; “que no se vulneren los principios rectores del debido proceso”.

³⁸⁹ *Inter alia*, Eur. Court H. R. *Motta, judgement of 19 february 1991*. Series A núm. 195-A, párr. 30; *Ruiz Mateos vs. Spain, judgement of 23 june 1993*, Series A núm. 292, párr. 30.

³⁹⁰ CIDH, *Caso Genie Lacayo. Sentencia del 29 de enero de 1997*. Serie C, núm. 30, párr. 191. Asimismo, *Cfr. CIDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, Sentencia de 31 de agosto de 2001, cit.*, párr. 134; CIDH, *Caso del Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano vs. Perú), Sentencia de 31 de enero de 2001, cit.*, párr. 843; y CIDH, *Caso Hilaire, Constantine, Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago, Sentencia de 21 de junio de 2002, cit.*, párrs. 143 y ss. En procesos penales —señala Osvaldo A. Gozaíni— la detención del procesado se proyecta sobre siete criterios que atañen a la celeridad del juicio: “la duración de la detención en sí misma; la naturaleza del delito y la pena que tiene señalada; los efectos materiales sobre el detenido de orden material, moral u otros; la conducta del acusado; las dificultades de la instrucción del proceso; la manera en que éste ha sido llevado por las autoridades judiciales y la actuación de estas autoridades durante todo el procedimiento”. *La justicia constitucional. Garantías, proceso y tribunal constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1994, pp. 318 y 319.

³⁹¹ Se desearía, por supuesto, una definición más precisa del plazo razonable, que permitiera la más amplia defensa de esta garantía. No es preciso proporcionarla en forma que abarque y satisfaga todas las hipótesis. Es posible señalar —se ha escrito en orden al enjuiciamiento civil— “que el proceso debe tener una duración que como mínimo —para resultar razonable— debe permitir su desarrollo con arreglo a los principios de igualdad y bilateralidad en un grado acorde con las cuestiones en disputa”. En cuanto al máximo, se considera más practicable fijarlo en asuntos penales que en cuestiones civiles: aquí “no resulta posible establecer concretamente un término máximo de duración”. Grillo Ciochini, Pablo Agustín, “Debido proceso, ‘plazo razonable’ y otras declamaciones”, *XII Congreso Nacional...*, *cit.*, nota 10, t. I., pp. 184 y 185.

Este asunto reviste particular importancia en el cruce entre las jurisdicciones nacionales e internacionales. Como se sabe, la jurisdicción interamericana sobre derechos humanos tiene carácter subsidiario con respecto a la jurisdicción nacional. En tal virtud, antes de acceder a aquélla es preciso acreditar que se ha agotado el procedimiento interno conducente a precisar la violación (supuestamente) cometida y enfrentar las consecuencias jurídicas que de aquí resulten.

Sin embargo, la regla de agotamiento de los recursos internos reconoce algunas salvedades de las que depende la admisibilidad de la queja. Entre ellas figura la excesiva prolongación del procedimiento doméstico. Esto demostraría que existe obstrucción de la justicia y que el recurso no constituirá un medio eficaz para combatir la violación que se alega.³⁹² De tal suerte, quedaría abierta la posibilidad de iniciar el procedimiento internacional, que sería admisible.

XV. LEALTAD Y PROBIDAD

El proceso es un medio civilizado para alcanzar la solución de los conflictos mediante la aplicación del derecho, que alguna de las partes ha violentado o desconocido. Por lo tanto, el proceso recibe toda la carga ética que entraña el derecho: debe ser utilizado conforme a sus fines y bajo sus reglas. De otra forma se subvertiría este cauce jurídico, volcado en contra de sus designios y alterada su naturaleza.³⁹³ El antiguo proceso —evoca Couture—, “con acentuada tonalidad religiosa, tenía también acentuada

³⁹² El artículo 46 de la Convención Americana previene, como condición de admisibilidad de la petición o comunicación, “que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del derecho Internacional generalmente reconocidos” (1.a), y excusa de este agotamiento “cuando haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos” (2.c).

³⁹³ El proceso no cumple su finalidad “cuando se obstruye, altera o dificulta su objetivo de organizar un debate amplio en el que el órgano jurisdiccional pueda brindar una solución justa. La tésis del proceso se encuentra afectada por el obrar desleal o contrario al principio de probidad”. Esto lesiona la garantía de protección judicial de los derechos. “Relatorio geral latino-americano. Abuso de los derechos procesales en América Latina”, en Barbosa Moreira, José Carlos (coord.), *Abuso dos direitos processuais*, Río de Janeiro, Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal-Ed. Forense, 2000, p. 31.

tonalidad moral”. Y “en los últimos tiempos se ha producido una tendencia a acentuar la efectividad de un leal y honorable debate procesal”.³⁹⁴

De ahí que se requiera de los participantes una conducta consecuente con el carácter del proceso y con el respeto que merece la impartición de justicia, se reproche y sancione la infracción y el abuso³⁹⁵ y se atribuya al juez la custodia de la moralidad en el desarrollo del proceso, sin que esto suponga el ejercicio de un autoritarismo judicial³⁹⁶ ni vulnere el derecho a la defensa.³⁹⁷ El proceso no debe ser utilizado como medio para consumir un fraude,³⁹⁸ perpetrar un atropello o entorpecer la acción de la justicia. La lealtad y la probidad son deberes frente a la justicia, que es el punto de referencia para el comportamiento de todos los participantes en el proceso. La animadversión o el encono que pudieran existir entre participantes en el enjuiciamiento —sobre todo en el penal, donde se plantean profundos agra-

³⁹⁴ *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, Depalma, 1966, pp. 190-191. El gran jurista uruguayo recogió este principio en el artículo 7 de su proyecto de Código de Procedimiento Civil, de 1945: “Principio de probidad. El juez deberá tomar, de oficio o a petición de parte, todas las medidas necesarias establecidas en la ley, tendientes a prevenir o sancionar cualquier acto contrario a la dignidad de la justicia, al respeto que se deben los litigantes y las faltas a la lealtad y probidad en el debate”.

³⁹⁵ Este “constituye —en concepto del profesor Raúl Tavolari— un proceder, formalmente permitido, verificado sin infringir ley o norma prohibitiva alguna, pero que persigue un fin diverso al que se tuvo en cuenta cuando se estableció la regla que permitió la conducta”. “Abusos en el proceso”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal* (Argentina), año 1, núm. 1, 2002, p. 95. Por otra parte, es preciso distinguir, como lo hace el autor, entre abusos en el proceso y abusos de los derechos en el proceso. *Cfr. id.*, pp. 92-93.

³⁹⁶ Francisco Ramos Méndez rechaza la tendencia autoritaria que pretende convertir al juez “en un guardián del *fair play* procesal”. Opta por una concepción más liberal, y explica: “En un proceso, que encarna la lucha por el derecho, se reflejan las mismas tensiones que en el resto de la sociedad. Lo razonable es asumirlas ... No estrechemos innecesariamente el marco de las garantías procesales”. “Relatório geral ibérico. ¿Abuso de derecho en el proceso?”, en Barbosa Moreira (coord.), *Abuso dos direitos...*, *cit.*, nota 393, p. 6. Bien dijo, en su momento, Alcalá-Zamora: “Si la iniciativa procesal de las partes requiere que se le marquen cortapisas, para que la libertad no degenera en anarquía, desde la otra vertiente hay que hacer otro tanto, a fin de que la autoridad no se convierta en tiranía”. “Liberalismo y autoritarismo en el proceso”, *Estudios de teoría general...*, *cit.*, nota 129, t. II, p. 174.

³⁹⁷ La participación en el debate, que interesa profundamente a la defensa, “supone comprender que el Estado garantiza la administración de justicia para fines útiles y no para el ejercicio abusivo de derechos”. Oteiza, “Relatório geral... Abuso de los derechos”, en Barbosa Moreira (coord.), *Abuso dos direitos...*, *cit.*, nota 393, p. 19.

³⁹⁸ *Cfr.* Fairén Guillén, *Teoría general...*, *cit.*, nota 432, p. 35.

vios— no absuelve a nadie de observar una conducta adecuada en las actuaciones del proceso.

A este postulado no escapa ninguno de los participantes: desde el juzgador mismo hasta el más modesto de los colaboradores o de los intervinientes en el enjuiciamiento,³⁹⁹ pasa, pues, por los abogados, los terceros, los participantes incidentales, los auxiliares de la justicia.⁴⁰⁰ Ciertamente, la obligación es más intensa cuando se trata del juzgador o de otro funcionario público llamado a ajustar su conducta estrictamente a la ley, con entera objetividad e imparcialidad, que cuando se trata del inculpado mismo. En este orden de consideraciones destaca la función del M. P. como una magistratura al servicio de la ley, no necesariamente de la condena: por ello “tiene un doble rol: no solamente de procesar, sino también de buscar justicia”.⁴⁰¹ Es, como se ha dicho, “parte imparcial”⁴⁰² o “parte de buena fe”,⁴⁰³ practicante del más arduo oficio judicial, escribió Calamandrei: “como mantenedor de la acusación, habrá de ser parcial como un abogado, y como guardador de la ley, deberá ser imparcial como un juez.”⁴⁰⁴

³⁹⁹ El “principio de probidad no se circunscribe al juez”; hay que “darle la batalla en todos los terrenos a la picaresca procesal”. Por ello el profesor Alcalá-Zamora, autor de esas expresiones, propuso agregar un párrafo al artículo 7 del proyecto de Código de Procedimiento Civil de Couture: “Sin perjuicio del deber (del juez) consignado en el apartado precedente, cuantas personas intervengan a título profesional en la sustanciación de un proceso, tendrán la obligación estricta de atenerse a las reglas éticas de su respectiva profesión”. “Interpretación e integración de las leyes procesales”, en *Estudios de teoría general...*, *cit.*, nota 129, t. I, p. 21.

⁴⁰⁰ *Cfr.* Oteiza, “Relatório geral... Abuso de los derechos...”, en Barbosa Moreira (coord.), *Abuso dos direitos...*, *cit.*, nota 393, pp. 9 y 29.

⁴⁰¹ Cassel (Estados Unidos).

⁴⁰² *Cfr.* Carnelutti, *Sistema de derecho procesal civil*, trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, UTEHA Argentina, 1944, t. II, p. 52. En México, *cf.* Silva Silva, Jorge Alberto, *Derecho procesal penal*, México, Harla, 1990, p. 162.

⁴⁰³ Assis Moura (Brasil): en el proceso penal, el M.P. “asume un doble papel: parte procesal y fiscal de la ley, lo cual le permite actuar también en beneficio del acusado”. Almirón (Paraguay): “cabe distinguir la tenue línea que separa la imparcialidad judicial al momento de valorar las circunstancias que rodean al hecho imputado, del criterio de objetividad al que debe ceñirse el Ministerio Público en el control de legalidad como en la búsqueda de los elementos de cargo descargo con relación al imputado”.

⁴⁰⁴ “Abogado sin pasión, juez sin imparcialidad; este es el absurdo psicológico en el cual el Ministerio Público, si no tiene un exquisito sentido de equilibrio, está expuesto en

El inculpado, en cambio, podría mentir —pero no calumniar— para evitar la condena; humanamente, no es posible exigir otra conducta, y por ello se le exime de prestar juramento o formular protesta —promesa de decir verdad— cuando es llamado a declarar. Y el defensor debe actuar en pro del inculpado: para establecer su inocencia o su menor responsabilidad; si actúa en contra, habría indefensión de aquél,⁴⁰⁵ con las consecuencias que de ahí resultan.

Couture dice al abogado: “Sé leal”, y en seguida explica: “si a las astucias del contrario y a sus deslealtades correspondiéramos con otras astucias y deslealtades, el juicio ya no sería la lucha de un hombre honrado contra un pillo, sino la lucha de dos pillos”.⁴⁰⁶ Saberlo y evitarlo explica y justifica la conducta procesal prudente, paciente, gobernada por la ética, frente al comportamiento desordenado de quien se vale de artificios deshonestos, sin escrúpulo que lo detenga, para alcanzar objetivos indignos. Una “rara filiación etimológica liga ley y lealtad —medita el gran procesalista uruguayo—. Lo que Quevedo decía del español, que sin lealtad más le vale no serlo, es aplicable al abogado. Abogado que traiciona a la lealtad, se traiciona a sí mismo y a su ley”.⁴⁰⁷

El principio de lealtad y probidad ha sido mejor explorado en el enjuiciamiento civil que en el penal,⁴⁰⁸ quizás como consecuencia de la posible “inexigibilidad de otra conducta” en la que se encuentra el inculpado. Sin embargo, también debiera considerarse en el segundo, si no tanto para el imputado, sí para los otros participantes, que en ocasiones —abogados y auxiliares— incurrir en conductas que vulneran frontalmente la lealtad y la probidad que es debido observar en el proceso. Es interesante la disposición contenida en el artículo 200 del Código de Chubut, Argentina: el acusador público deberá obrar “con absoluta lealtad hacia el acusado y su defensor, hacia el ofendido, aunque no asuma el papel de acusador y hacia los demás intervinientes en el procedimiento”.⁴⁰⁹

todo momento a perder, por amor a la serenidad, la generosa combatividad del defensor, o por amor a la polémica, la desapasionada objetividad del magistrado”. *Elogio de los jueces...*, *cit.*, p. 60.

⁴⁰⁵ Assis Moura (Brasil).

⁴⁰⁶ *Los mandamientos del abogado*, México, 1957, pp. 31 y 33.

⁴⁰⁷ *Ibidem*, p. 33.

⁴⁰⁸ Assis Moura (Brasil).

⁴⁰⁹ Bertolino (Argentina).

XVI. MINISTERIO PÚBLICO⁴¹⁰

La organización, las atribuciones y el funcionamiento del Ministerio Público constituyen uno de los temas principales en el examen del enjuiciamiento penal y, desde luego, en el buen desempeño de éste como instrumento de seguridad, paz y justicia. Dejo de lado, por no ser pertinente para los fines del presente trabajo, el estudio histórico de esta institución. De sus orígenes y de las circunstancias por las que ha atravesado en un desarrollo varias veces centenario, provienen sus caracteres actuales. Sin embargo, considero indispensable que el examen del Ministerio Público —con sus respectivas conclusiones— tome en cuenta tanto las expectativas que hubo en el origen de la institución, que fueron muy elevadas —puesta la mirada en una amplia “representación social”—,⁴¹¹ como la naturaleza contingente y el talante multifacético de aquella, producto de condiciones nacionales que le han impreso fisonomía, persistencia y trascendencia.⁴¹²

Aunque reconozco el papel eminente del Ministerio Público entre los órganos de la justicia penal,⁴¹³ estimo que su misión desborda ampliamen-

⁴¹⁰ En este trabajo he utilizado la denominación más frecuentemente empleada en los países cuyas ponencias nacionales concurren a la formulación de esta ponencia general: Ministerio Público, sin perjuicio de referirme, cada vez que ha sido pertinente, a las designaciones que el mismo órgano o la misma institución reciben en otros países: Ministerio Fiscal, en España, y Fiscal, en Colombia. En este país —subrayan los ponentes nacionales Vásquez Rivera y Jiménez Jaramillo— el Ministerio Público cumple funciones diferentes; cuando actúa en el proceso lo hace en condición de sujeto procesal no necesario.

⁴¹¹ Portalis aseguró que el M.P. da “un órgano a la ley, un regulador a la jurisprudencia, un consolador apoyo a la debilidad oprimida, un formidable acusador a los malhechores, una salvaguarda al interés general, en fin, una suerte de representante al cuerpo entero de la sociedad”. Goyet, F., *Le Ministère Public*, 3a. ed., París, Rec. Sirey, 1953, p. 1.

⁴¹² Carlos A. Ayarragaray señala que la institución moderna del Ministerio Público “participa... del sello local que la evolución o la historia le ha impreso en cada país y en cada época. Con tal criterio debe estudiarse, verificando en cada caso y circunstancia, sus caracteres esenciales y comunes”. Agrega: “Cuando en la historia surgen, merced a circunstancias diversas, necesidades y funciones nuevas, se crean los órganos necesarios para desempeñarlas. La aparición, desarrollo y consolidación del Ministerio Público se ajustaron a esta ley de biología histórica”. *El Ministerio Público*, L. Lajouane (ed.), 1928, pp. 10 y 11.

⁴¹³ Destacado en una obra reciente por el profesor Héctor Fix-Zamudio. *Cfr.*, de éste, *Función constitucional del Ministerio Público. Tres ensayos y un epílogo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 103 y ss.

SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO Y ÓRGANOS DE ACUSACIÓN 111

te este cometido —al menos en determinados sistemas,⁴¹⁴ contruidos conforme a necesidades y posibilidades también específicas—, y que en el catálogo de sus atribuciones puede figurar, como la más relevante, una amplia “magistratura de la juridicidad”.⁴¹⁵ También habría que recordar la destacada misión del jefe de la institución —aunque aquélla corresponda a una atribución distinta de la penal característica, y por ello pueda suponerse que se trata de otra “institución”— como “formador de la Constitución”, en los términos de la experiencia norteamericana.⁴¹⁶

En esta exposición me ocuparé del Ministerio Público o Ministerio Fiscal como institución con atribuciones en el enjuiciamiento penal —investigación y acusación, en sus casos—, dejando de lado otras funciones o facultades que pudieran corresponder a su actividad —e incluso a la denominación del órgano en el que se encuentra inscrito— de procuración de justicia.⁴¹⁷ Cuando el observador se interna en el examen del M. P. en el

⁴¹⁴ Además de la titularidad de la acción penal, el M. P. peruano —observa Quiroga León— es defensor de la legalidad, contralor de la legitimidad del proceso y representante de la sociedad, de la familia, de los incapaces y de los menores en el proceso.

⁴¹⁵ A este respecto, me remito a diversas publicaciones mías: *cfr.* “La nueva Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República”, en Varios, *La reforma jurídica de 1983 en la administración de justicia*, Procuraduría General de la República, México, 1984, esp. pp. 478 y ss.; “El Ministerio Público”, “Reflexiones sobre el Ministerio Público: presente y futuro” y “La legislación orgánica de la Procuraduría General de la República”, en *Estudios jurídicos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 621 y ss., 635 y ss., y 673 y ss., respectivamente; *Curso...*, *cit.*, nota 21, pp. 270 y ss.; “Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal”, en *Historia de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal*, México, PGJDF, 1996, t. VI, pp. 27 y ss.; y “A manera de prólogo. La obra de Fix-Zamudio y la institución del Ministerio Público”, en Fix-Zamudio, *Función constitucional...*, *cit.*, nota 413, esp. pp. 7 y ss.

⁴¹⁶ *Maker of the Constitution*, opinante calificado, que es el *Attorney General*. *Cfr.* Nelson, Rita W., “The Opinión Function of the Federal Attorney General”, en *New York University Law Review*, vol. 25, núm. 4, 1950, p. 825, y Rhodes, Irwin S., “Opinion of the Attorney General Revived”, en *American Bar Association Journal*, vol. 64, 1978, p. 1375. Asimismo, *cfr.* Cassel (Estados Unidos). Igualmente es necesario considerar el importante papel del Solicitor General en el sistema jurídico norteamericano. Sobre esto, *cfr.* Caplan, Lincoln, *The Tenth Justice. The Solicitor General and the Rule of Law* (por referencia a los integrantes de la Suprema Corte, que son nueve), Alfred A. Knopf, Nueva York, 1987.

⁴¹⁷ La razón de ser del Ministerio Fiscal —escribe Armenta Deu (España)— es “la persecución del interés social plasmado en el ordenamiento jurídico a través, sobre todo, de su actuación en los Tribunales”. Ahora bien, “en la práctica, donde la presencia y actuación del Ministerio Fiscal resulta más frecuente e intensa es en el proceso penal”. En el derecho mexicano es característica la vinculación entre Ministerio Público y procuración de justicia, que se expresa en el nombre del órgano que recoge a la institución del

proceso recuerda la aleccionadora expresión de Carnelutti: “Si hay una figura ambigua en el proceso civil y penal, es el Ministerio Público”.⁴¹⁸

El Ministerio Público, que es, “como titular de la acción pública (...), el resultado institucional de la asunción por el Estado del monopolio de la acción penal”,⁴¹⁹ ha tenido y tiene diversas adscripciones en el aparato del Estado moderno, con mayor o menor dependencia o independencia —conforme a la perspectiva desde la que se observe, que acentuará un extremo u otro— con respecto al poder político.⁴²⁰ En unos casos se halla incorporado en la estructura del Poder Judicial —que a menudo fue su localización histórica—,⁴²¹ en otros figura entre los órganos del Poder Ejecutivo, aunque se le reconoce autonomía técnica, y en alguno más, se ha instalado como órgano autónomo del Estado, fuera de la estructura de los poderes tradicionales. Si el Ministerio Público o Fiscal es, como debe ser, una magistratura que sólo atiende a la ley, en todos los actos de su intervención en el enjuiciamiento, su localización debiera ser aquella que le permita desempeñarse con mayor independencia de las decisiones o las influencias de cualesquiera órganos del Estado.⁴²²

Ministerio Público: Procuraduría General de la República o Procuradurías Generales de Justicia en el Distrito Federal y en los estados de la Unión. Esto tiene su origen en la reforma constitucional de 1900, que retiró de la Suprema Corte de Justicia al Fiscal General y al Procurador de la República y los unificó en una sola magistratura —Procurador General de la República— dentro del Poder Ejecutivo de la Unión. *Cfr. Apuntes y documentos para la historia de la Procuraduría General de la República*, PGR, México, 1987, pp. 28 y ss.

⁴¹⁸ “Poner en su lugar al Ministerio Público”, en *Cuestiones sobre el proceso penal*, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa-América, 1961, p. 211. Al respecto, *cfr.* Alcalá-Zamora, “Situación especial del Ministerio Público”, *Estudios de teoría general...*, *cit.*, nota 129, t. I, pp. 303 y ss.

⁴¹⁹ Delmas-Marty (dir.), *Procesos penales...*, *cit.*, nota 90, p. 414.

⁴²⁰ *Cfr.* Delmas-Marty (dir.), *Procesos penales...*, *cit.*, nota 90, pp. 413 y ss. Por lo que toca a Constituciones: En cuanto a instrumentos internacionales:

⁴²¹ Gadea (Costa Rica): es un ente adscrito al Poder Judicial. Armenta Deu (España): el encuadramiento institucional del Ministerio Fiscal no es en el Poder Judicial; “de ahí que resulte sorprendente, desacertada y engañosa la redacción del artículo 2.1 EOMF (Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal), donde se dice que el Ministerio Fiscal está integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial”; empero, aquél “no ejerce tareas jurisdiccionales sino que colabora con la administración de justicia (y por ello) es también claro que no le resulta connatural la independencia”.

⁴²² En Argentina, es “un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera” (artículo 120 constitucional). Después de la reforma constitucional de 1994 en ese país, prevalece la idea de configurarlo como “un ‘cuarto poder’ o, mejor aún, un ‘órgano extrapoder’”. Bertolino (Argentina). Assis Moura (Brasil): en “la práctica judi-

De ahí la reiterada propuesta de que el Ministerio Público se instituya o reestructure como órgano autónomo.⁴²³ Para este efecto no sobra parafrasear la sabida reflexión sobre la mujer del César: es necesario que el Ministerio Público sea independiente y que se crea que es independiente. Sobra decir que el Ministerio Público resulta severamente lesionado —con descrédito para el sistema general de justicia— si se piensa que está al servicio de la “razón de Estado” o, más específicamente, de los “designios de los gobernantes”, y que su empeño en el enjuiciamiento estará más determinado por este designio que por las exigencias de la justicia.

En este ámbito es preciso tomar en cuenta, por supuesto, una serie de referencias que concurrirán a afianzar —y mostrar— la independenciamiento: así, la designación de los funcionarios del Ministerio Público, a partir del propio titular de la dependencia correspondiente o jefe de la institución;⁴²⁴ la existencia de una verdadera carrera del Ministerio Público, no menos exigente y rigurosa que otras carreras dentro del servicio civil: la judi-

cial se acostumbra decir que el Ministerio Público es un ‘cuarto poder’, al lado del Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial”. Tiene autonomía plena, pero el nombramiento del titular proviene del Presidente de la República. Este incurre en “crimen de responsabilidad” si atenta contra el libre desempeño del Ministerio Público (artículo 85, II, constitucional). Gadea (Costa Rica): tiene independenciamiento funcional y orgánica. Chile, artículo 80 A; Ecuador, artículo 217; El Salvador, artículo 191; Guatemala, artículo 251; Paraguay, artículo 266; Venezuela, artículo 273.

⁴²³ En diversas ocasiones he propuesto esta recondución institucional del M. P. Así, en los trabajos preparatorios del “Programa de Justicia Penal para el nuevo gobierno”, de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, tarea que sugerí a esa corporación. Señalé: “El Ministerio Público debe ser un organismo técnico autónomo, independiente del Poder Ejecutivo”. La propuesta quedó en los siguientes términos en el documento final de la Academia: “La procuración de justicia debe subordinarse exclusivamente a la ley. Es importante que así sea y así parezca. Conviene desvincular al Ministerio Público del Poder Ejecutivo y constituirlo en un órgano autónomo que garantice independenciamiento, competencia y suficiencia”. *Cfr.* “La justicia penal en México: examen y propuestas de la Academia Mexicana de Ciencias Penales”, *Criminalia*, año LXVI, núm. 2, mayo-agosto de 2000, pp. 91 y 97. Asimismo, *cfr.* “A manera de prólogo:...”, en Fix-Zamudio, *Función constitucional...*, *cit.*, nota 413, p. 14.

⁴²⁴ En España, el Fiscal General es nombrado por el Rey, a propuesta del gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial (artículo 24.4). En Estados Unidos (Cassel), el *Attorney General* es designado por el Presidente con aprobación del Senado. Lo mismo en México (artículo 102, A, de la Constitución). En aquel país, los *attorney general* y fiscales de distrito son funcionarios de elección popular. Assis Moura (Brasil): en este país, la designación proviene del Presidente de la República. Sobre el régimen de designación y, en general, la carrera civil en el M. P., *cfr.* Fix-Zamudio, *Función constitucional...*, *cit.*, nota 413, pp. 184 y ss.; 194 y ss.

cial, particularmente; las normas y prácticas sobre la provisión de los cargos, movimientos y promociones, supervisión, estímulos y remoción, etcétera.⁴²⁵

El enjuiciamiento supone, obviamente, una actividad de investigación —que es un dato distintivo del enjuiciamiento penal—⁴²⁶ y otra de acusación, que generalmente se han puesto en las manos del Estado, aunque no sea desconocida —sino, por el contrario, creciente, en una especie de nuevo movimiento pendular— la entrega a particulares de ciertas facultades que pueden poner en movimiento la actividad indagatoria del poder público e incluso de la facultad misma de acusar ante los tribunales. De esto me ocuparé adelante.

Si el Estado asume la tarea de investigar, habrá que resolver a qué órgano del Estado corresponde mejor esta misión dentro del sistema acusatorio característico del proceso penal democrático de nuestros días. Evidentemente, la revisión histórica de la materia revelaría la concentración de aquella actividad en el inquisidor multifuncional, una concentración que pudiera tener expresiones contemporáneas donde el órgano que indaga también resuelve. El malestar por la confusión de actividades que debieran hallarse claramente deslindadas determinó que en algunos países se excluyera al juzgador de la averiguación.⁴²⁷

⁴²⁵ Sobre esta materia, así como acerca de la autonomía del Ministerio Público, *cfr.* Fix-Zamudio, *Función constitucional...*, *cit.*, nota 413, pp. 184 y ss.

⁴²⁶ “La instrucción preparatoria —se lee en la *exp. de mot.* del CM— es un problema propio del enjuiciamiento penal y uno de los más delicados a enfrentar a la hora de decidir políticamente su regulación... Desde que (el Estado) se atribuyó para sí no sólo la tarea de decidir los conflictos jurídicos, sino que también asumió, en materia penal, la labor de perseguir los llamados delitos de acción pública, tuvo necesidad, como extraño al conflicto por definición, de informarse acerca de él, para preparar su propia demanda de justicia, esto es, su decisión acerca de la promoción del juicio. Tal característica distancia al procedimiento penal de los procedimientos utilizados para resolver conflictos jurídicos privados”. Instituto Iberoamericano..., “Exposición de Motivos”, en *Código Procesal...*, *cit.*, nota 33, p. 22.

⁴²⁷ Este fue, típicamente, el caso de México. *Cfr.* la presentación del tema por Venustiano Carranza en el “Mensaje” que precedió al proyecto sometido al Congreso Constituyente de 1916-1917, en *Los históricos debates de la Constitución de 1916-1917* (reedición de los ejemplares del 1 al 81, que contienen las versiones taquigráficas de las sesiones del colegio electoral y ordinarias), Cámara de Diputados, LII Legislatura, 1985, diario correspondiente al 1 de diciembre de 1916. Del rechazo al juez de instrucción y las expectativas puestas en el Ministerio Público provinieron las características peculiares del monopolio de la acción penal que el M. P. tuvo en México durante mucho tiempo.

Un fuerte movimiento contemporáneo ha depositado en el Ministerio Público la tarea de investigar, retirando de ésta al órgano jurisdiccional⁴²⁸ y sometiendo la actividad de la policía.⁴²⁹ Es preciso señalar que esta tendencia, observada en países de América Latina,⁴³⁰ no ha conseguido el favor general, no obstante los méritos que se le atribuyen — que posee, en concepto de muchos, entre ellos el autor de estas líneas— a los fines del sistema acusatorio. En Europa —y específicamente en España, por ejemplo—, hay opiniones en otra dirección, que sustentan con firmeza un régimen procesal distinto.⁴³¹ En el seno de la polémica entre las corrientes llamadas “pro-fiscales” y “anti-fiscales” se ha observado, con prudencia y razón, que la opción debiera depender finalmente de las circunstancias que en cada país prevalezcan.⁴³² En el debate es

⁴²⁸ En Argentina —informa Bertolino—, la investigación corre a cargo del Ministerio Público Fiscal, sea en gestión exclusiva, sea compartida con un juez de instrucción o por delegación de éste. En Costa Rica la investigación corre a cargo del M. P. (Gadea). En Estados Unidos, el fiscal tiene a su cargo la investigación (Cassel). Asimismo, en Paraguay (Almirón), donde “los jueces, salvo las excepciones previstas en el Código procedimental, no podrán realizar actos de investigación que comprometan su imparcialidad”. En Colombia —indican Vásquez Rivera y Jiménez Jaramillo— la Fiscalía General de la Nación lleva adelante la investigación de los delitos. Conforme a la nueva legislación chilena —indica Tavolari— el Ministerio Público dirige la investigación y sustenta la acción penal pública, tarea, ésta, que comparte con otras personas. A este respecto, *cfr.* también Duce y Riego, *Introducción al nuevo sistema...*, *cit.*, nota 78, vol. 1, pp. 108 y ss. y 130 y ss.

⁴²⁹ En Brasil —manifiesta Assis Moura—, la investigación corre a cargo de la policía, con el control externo del Ministerio Público, que también puede practicar investigaciones en materia penal. Este último reconocimiento se sustenta en la jurisprudencia, que no es unánime acerca de esta cuestión. La Tercera Cámara Criminal del Tribunal de Justicia de Sao Paulo (HC 394.430.3/3, sentencia del 5 de noviembre del 2002), que hizo tal reconocimiento, asentó que en las indagaciones que haga el M. P. se debe asegurar el respeto del derecho de defensa del inculcado, así como de otros derechos fundamentales de éste.

⁴³⁰ *Cfr.* Cafferata Nores, “La reforma procesal...”, en Varios, *Reformas a la justicia penal...*, *cit.*, nota 32, pp. 60-61 y 70-71.

⁴³¹ Sobre este punto, en cuanto a la posición española, *cfr.* Armenta Deu, *Lecciones...*, *cit.*, nota 22, pp. 96-98. La materia ha quedado pendiente de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. “Se trata —comenta la autora— de una decisión prudente si se tiene en cuenta el calado de la misma, la falta de acuerdo al respecto y no haberse mostrado su carácter imprescindible”. *Id.*, pp. 97 y 98.

⁴³² Fairén Guillén, quien es “opuesto a que el (Ministerio Fiscal) detente las potestades de instruir los juicios penales”, agrega un dato para explicar su oposición: objeta “a ‘éste’, a nuestro MF, al español actual ... Más la figura del MF o del MP no se agota con la vista de la actualidad española...”. *Estudios de derecho procesal civil, penal y consti-*

preciso tener en cuenta esta necesidad,⁴³³ que ilustrará los fundamentos y fortalecerá las conclusiones.

En la exposición de motivos del CM se aborda el punto con énfasis y amplitud. En ella se invoca el espíritu republicano inicial que sustentó 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 poder requirente, y a otro distinto, los jueces, el poder de controlar los límites del ejercicio de ese poder y, consecuentemente, el poder de decisión”.⁴³⁴ De esta forma se quiere alcanzar un doble objetivo indispensable: investigación eficiente y respeto a la seguridad individual.⁴³⁵

En su tarea investigadora, el M.P. debe actuar por sí mismo y auxiliarse de otros órganos del Estado, principalmente —aunque no exclusivamente— la policía. El artículo 68 del CM señala que “al Ministerio Público le está confiado el ejercicio de la persecución penal de los hechos punibles perseguibles de oficio ... Con este propósito realizará todos los actos nece-

tucional. La reforma penal. 1988-1992, Madrid, Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas, 1992, t. III, pp. 25 y 187.

⁴³³ En palabras de Montero Aroca: “La discusión sobre si debe confiarse o no al Ministerio Público la actividad preparatoria no debe suscitarse en puros términos teóricos, sino que debe plantearse en un momento determinado y con relación a un país concreto. Sólo así adquiere sentido útil el debate. Por ello siempre que se inicie una discusión en torno a quién debe ser competente para la fase preliminar del proceso penal, debe quedar claro, desde el principio, si se está debatiendo sólo teóricamente o con referencia a un país y en un momento histórico determinado”. “Los principios del proceso penal...”, *XV Congreso...*, *cit.*, nota 78, p. 386.

⁴³⁴ Esta idea se trasladó al proyecto de Código Modelo: “El Ministerio Público es el responsable de la investigación preliminar y los jueces quienes controlan el ejercicio de ese poder cuando interesa a las seguridades individuales básicas”. Instituto Iberoamericano..., “Exposición de Motivos”, en *Código Procesal...*, *cit.*, nota 33, p. 23.

⁴³⁵ El mismo documento explica la posición adoptada: “Toda la tarea que supone la investigación preliminar de un delito de acción pública, para buscar el fundamento de una acusación formal o, de otro modo, requerir un sobreseimiento, ha sido confiada al Ministerio Público, que así reemplaza la labor que actualmente llevan a cabo los jueces instructores. Con ello se pretende acentuar la forma acusatoria del procedimiento penal —en combinación con otras reglas específicas posteriores—, por una parte, y, por la otra, simplificar y dinamizar la tarea de investigación, hoy encerrada en formalidades que no cumplen ninguna función —ni siquiera protectora de la seguridad individual— y que restan eficacia tanto a la averiguación de la verdad, cuanto a una decisión rápida acerca de la promoción del juicio o del sobreseimiento (absolución anticipada), incluso en beneficio del imputado”. *Id.*, pp. 21 y 22.

sarios para cumplir este fin”; así “tendrá a su cargo, específicamente, el procedimiento preparatorio y dirigirá a la policía en su función judicial” (artículo 68).

Las soluciones orgánicas difieren: desde adscribir un cuerpo investigador al Ministerio Público, en forma inmediata, directa y exclusiva,⁴³⁶ hasta mantener un deslinde orgánico que distingue diversas corporaciones policiales, ninguna adscrita solamente el M. P., pero colocar a sus agentes bajo la autoridad de éste en lo que concierne a la investigación de los delitos,⁴³⁷ o bien, bajo la conducción del juzgador que practica la averiguación.⁴³⁸ En algún caso, las atribuciones investigadoras de la policía son muy amplias: lleva adelante una pormenorizada investigación, de la que da cuenta a la autoridad judicial.⁴³⁹

⁴³⁶ Zamora Pierce (México).

⁴³⁷ Bertolino (Argentina). Cassel (Estados Unidos). Almirón (Paraguay). Por otra parte, el CM consigna: “Los funcionarios policiales serán auxiliares del Ministerio Público para llevar a cabo el procedimiento preparatorio” (artículo 73, segundo párrafo), y: “Los funcionarios de la policía administrativa, en tanto cumplan actos de policía judicial, ejecutarán sus tareas bajo la superintendencia directa del Ministerio Público y deberán ejecutar sus órdenes, sin perjuicio de la autoridad administrativa a la cual están sometidos” (artículo 74, primer párrafo).

⁴³⁸ En Perú, señala Quiroga León, la policía judicial “tiene la función de auxiliar a la administración de justicia, investigando los delitos y las faltas y descubriendo a los responsables, para ponerlos a disposición de los jueces, con los elementos de prueba y efectos de que se hubiesen incautado” (artículo 59 del Código de Procedimientos Penales). Es un órgano de auxilio al M. P. y a las autoridades judiciales, integrado en una dirección especializada de la PNP. Armenta Deu (España): se pone a disposición de los tribunales unidades de los cuerpos policiales de las administraciones públicas; igualmente, dichas unidades pueden hallarse además a disposición del Ministerio Público, “lo cual ha sido objeto de crítica desfavorable a causa de la diversidad de las funciones asignadas a cada una de ambas instituciones y de las diferencias en sus modos y filosofías de actuación”. El hecho de que esas policías dependan orgánicamente de la administración y funcionalmente del tribunal que encomienda las diligencias, “no elimina por sí mismo el riesgo, siempre presente y real, de interferencias o inmiscusiones de las administraciones públicas en las tareas jurisdiccionales”.

⁴³⁹ Assis Moura (Brasil): la Policía Civil realiza diligencias de policía judicial —“inquerito policial”— y aporta al juzgador sus resultados; éste los remite al Ministerio Público. Esa investigación —señala la ponente nacional— “sirve para formar la opinión del Ministerio Público sobre la pertinencia de ejercitar la acción penal”. El M. P. cumple una función de “control externo” de la policía, y en la práctica el Ministerio Público “acostumbra dejar que la policía realice todas las investigaciones que considere necesarias, y una vez que ha concluido la indagación el Ministerio Público puede requerir la práctica de nuevas diligencias, conforme a sus instrucciones”. La mencionada atribución de “control externo” forma parte del sistema de frenos y contrapesos entre las diversas instituciones;

Sea lo que fuere, hay que poner atención cuidadosa y rigurosa en la actividad de la policía, que cumple una función destacada en la realidad de la investigación y cuyas actuaciones desencadenan diversos problemas frecuentemente planteados ante los órganos de la justicia. Estos inciden, a menudo, en la legitimidad y subsistencia de actos del procedimiento.⁴⁴⁰ No en balde se ha dicho —por lo que toca al panorama de países europeos occidentales— que “la policía dispone de una gran autonomía en la elaboración del expediente (*dossier*) penal, y el Ministerio Fiscal, concebido como un órgano de control, corre el riesgo de ser solamente una instancia de legalización”.⁴⁴¹ El alcance de las atribuciones policiales en materia de investigación genera un “predominio policial” y “comienza a destruir el carácter judicial del procedimiento”,⁴⁴² ahí donde las leyes establecen éste.

Luego de la investigación, el Ministerio Público lleva el caso ante el órgano judicial competente para seguir el procedimiento intermedio, y posteriormente ante el tribunal de conocimiento, para los fines del juicio y la sentencia. El M. P., que no es dueño de la acción penal, sino depositario de dos facultades —o poderes-deberes— que el Estado le asigna, está investido con la atribución exclusiva de acusar en caso de delitos públicos, pero no puede hacerlo u omitirlo libremente. Su actuación futura debe pasar una “exclusa”: el procedimiento intermedio —que recibe diversas denominaciones—, en el que un titular de función jurisdiccional resolverá sobre la pertinencia de llevar el asunto a juicio. Si esto sucede, el M. P.

se ha establecido así —opina Hugo Nigro Mazzailli (“O controle externo da atividade policial”, *Revista dos tribunais* 664, fev. 1991, pp. 387-393, y *Regime jurídico do Ministério Público*, 3a. ed., Sao Paulo, Saraiva, 1996, p. 244, citados por la ponente nacional)— un sistema “de fiscalización, un sistema de vigilancia y verificación administrativa, teleológicamente dirigido a la mejor reunión de los elementos de convicción destinados a formar la *opinio delictis* del promotor de justicia, fin último de la investigación policial”.

⁴⁴⁰ Bertolino (Argentina) comenta la “frecuente presencia sociológica del tema de las facultades policiales en el enjuiciamiento penal, si se tiene en cuenta la profusión de fallos que al respecto —y con cierta tendencia a afirmar la validez procesal de tales facultades— viene dictando, por ejemplo, la CNCP (Cámara Nacional de Casación Penal)”. En México se han reducido las atribuciones de la policía investigadora o policía judicial. *Cfr.* mis comentarios en *El nuevo procedimiento penal...*, *cit.*, nota 237, pp. 199 y 200.

⁴⁴¹ Delmas Marty (dir.), *Procesos penales...*, *cit.*, nota 90, p. 498.

⁴⁴² Schünemann, Bernd, “La posición de la policía en el proceso penal”, *Primer Seminario Internacional...*, *Revista de Política Criminal*, pp. 258-260.

acusará ante el juez de conocimiento. Es así que no compete al Ministerio Público resolver, por sí y ante sí, el inejercicio de la acción.⁴⁴³

Ha ocurrido que se atribuya al M. P. un amplio monopolio en el ejercicio de la acción,⁴⁴⁴ que supone aquella facultad. En otros sistemas —que contempla la legislación de los países abarcados por las ponencias nacionales—, el Ministerio Público tiene a su cargo el ejercicio de la acción pública, y consecuentemente la acusación, en la mayoría de los casos.⁴⁴⁵ En su versión más intensa, el monopolio supone tres importantes facultades, exclusivas y excluyentes, que tienen mayor relevancia todavía en sistemas que niegan toda acción procesal a los particulares: averiguación de los hechos y la responsabilidad, deliberación y resolución definitiva, por sí y ante sí, sobre el ejercicio de la acción, y sustento de ésta, por la vía de la acción, a lo largo del proceso.⁴⁴⁶ Se tiende a moderar tan extensas atribuciones, que pudieran desembocar en un puro arbitrio persecutorio del M. P., abriendo la puerta a la impugnación de las decisiones de no ejercicio de la acción.⁴⁴⁷

Es en esta etapa donde se replantea una cuestión que mencioné anteriormente: la posibilidad de que el Ministerio Público llegue a cierto “arreglo” con el inculpado y/o su defensor, en forma tal que la acusación excluya algunas imputaciones o reduzca la gravedad de las formuladas. Esto supo-

⁴⁴³ Vásquez Rivera y Jiménez Jaramillo (Colombia): la Fiscalía posee funciones “no sólo investigativas sino jurisdiccionales ... al decidir sobre la libertad del investigado y al tener la facultad de poder precluir las investigaciones, inclusive con carácter de cosa juzgada”. Esta situación se modifica conforme al acto legislativo 003 del 2002, en el cual “se le sustraen las referidas funciones jurisdiccionales al ente acusador”.

⁴⁴⁴ Cassel (Estados Unidos). Zamora Pierce (México): “El Ministerio Público es la institución que, en representación del Estado, tiene monopólicamente el poder-deber de ejercer la acción penal”.

⁴⁴⁵ Bertolino (Argentina). Gadea (Costa Rica). Quiroga León (Perú). Brasil (Assis Moura).

⁴⁴⁶ Por lo que toca a México, *cf.* García Ramírez, *El nuevo procedimiento penal...*, *cit.*, nota 237, p. 149.

⁴⁴⁷ Sobre la reforma del artículo 21 de la Constitución mexicana, que introdujo la impugnabilidad por vía jurisdiccional del no ejercicio y el desistimiento de la acción, *cf.* García Ramírez, *Poder Judicial y Ministerio Público*, 2a. ed., México, Porrúa, 1997, pp. 160 y ss., y 228 y ss. En cuanto a Colombia, los ponentes nacionales Vásquez Rivera y Jiménez Jaramillo señalan que en la actualidad el Fiscal General y sus delegados “poseen unos ‘super poderes’ que comprometen inclusive su imparcialidad, máxime si se tiene en cuenta su origen, es decir, origen exclusivamente político y del cual se pueden derivar preocupantes consecuencias, funestas para cualquier sociedad”.

ne, por otra parte, que el inculpado aceptará los cargos que formule el Ministerio Público, independientemente de que se considere inocente de unas imputaciones que admitirá en un acto que se asemeja grandemente al allanamiento, habida cuenta de sus efectos: admisión de las pretensiones de la contraparte y asunción de las consecuencias. Por este medio se atribuye al M. P. una actividad parajurisdiccional que tiene su fuente en cierto entendimiento acerca de la “política del proceso”: en términos generales, alivio de la carga persecutoria, y en términos particulares, solución “razonable” del caso concreto. Evidentemente, no resplandecen en estos casos los propósitos de retribución justa y prevención general que orientan el sistema de las penas.

El Ministerio Público también debe ser analizado como medio para el efectivo acceso de los ciudadanos a la justicia que imparte el Estado. Interesa para el ejercicio de uno de los derechos más relevantes de las personas. Este cometido destaca cuando el Ministerio Público posee el monopolio de la acción penal y los ciudadanos no pueden, por lo mismo, satisfacer la exigencia de justicia penal que sustenta, en alguna medida, la pretensión de resarcimiento.⁴⁴⁸ Otra cosa ocurre en el supuesto de que aquéllos puedan ejercitar la acción popular, privada o particular.

El asunto que ahora menciono tiene implicaciones relevantes sobre un tema que ha adquirido notable importancia en los últimos años, a saber, el derecho a la verdad, estrechamente vinculado con el acceso a la justicia o a otras instancias públicas que permitan al pueblo o a determinadas personas conocer la realidad de ciertos hechos, tema al que me referí cuando examiné el principio de publicidad. Aquí se plantea una doble dimensión de ese derecho, que la jurisprudencia y la doctrina han analizado: como exigencia del pueblo, en su conjunto, y como reclamación de particulares legitimados para adquirir conocimiento sobre determinados asuntos en función del derecho material que les asiste. En el orden jurisdiccional de los derechos humanos y de las reparaciones por la violación cometida y la responsabilidad internacional acreditada, el tema que en este momento me

⁴⁴⁸ Sin embargo, aquella no es condición de ésta, en cuanto la reclamación civil por el hecho ilícito —que no ha sido objeto de condena penal— pudiera correr por su propio cauce natural: el enjuiciamiento civil a partir del incumplimiento de una obligación de esta naturaleza, es decir, un ilícito civil.

ocupa desemboca en lo que he denominado el “deber de justicia penal” a cargo del Estado,⁴⁴⁹ una especie en el género de las reparaciones.

Hasta hoy, la Corte IDH no ha examinado y resuelto el problema del acceso general o colectivo a la verdad,⁴⁵⁰ sino el relativo al derecho de los allegados a la víctima (familiares, derechohabientes) que surge del hecho violatorio. Ese tribunal internacional ha resuelto que el Estado “tiene la obligación de investigar los hechos que generaron las violaciones de la Convención Americana..., identificar a sus responsables y sancionarlos”.⁴⁵¹

En algunos casos, el tribunal interamericano sostuvo que el derecho a la verdad “se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8o. y 25 de la Convención”,⁴⁵² o bien —vinculando el derecho individual con el dere-

⁴⁴⁹ Cfr. García Ramírez, “Las reparaciones en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en Varios, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI. Memoria del Seminario*, noviembre de 1999, San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2000, t. I, pp. 154-156; este artículo se reproduce en *Jornadas J. M. Domínguez Escovar en homenaje a la memoria del R. P. Fernando Pérez Llantada (S. J.): Los derechos humanos y la agenda del tercer milenio*, Caracas, 2000, pp. 601 y ss, y en *Estudios jurídicos, cit.*, nota 49, pp. 407 y ss. Cfr. también, sobre la jurisprudencia de la Corte en materia de reparaciones, en general, mi artículo “Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, núm. 3, pp. 329 y ss.

⁴⁵⁰ Asunto que plantea algunos problemas sobre los que no me pronuncio ahora, vinculados con el hecho de que los derechos que la Convención Americana reconoce y sobre los que juzga la Corte, son los atribuidos “a toda persona”, y ésta es “todo ser humano” (artículos 1.1 y 1.2). Quien se interese en esta materia podrá examinar con provecho una importante resolución de la Corte: CIDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua, Sentencia de 31 de agosto de 2001*. Mi voto concurrente razonado aparece en “Cuestiones ante la jurisdicción...”, en *Cuadernos procesales, cit.*, nota 58, pp. 36 y ss.

⁴⁵¹ En la especie, el tribunal aludía explícitamente al “derecho que asiste a los familiares de las víctimas de conocer lo que sucedió” (*Caso de los “Niños de la calle” (Caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala), Reparaciones (artículo 63 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 26 de mayo de 2001, cit.*, párr. 100); y ahí mismo invocó resoluciones anteriores en el mismo sentido: *Caso Aloeboetoe y otros, Reparaciones (artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos) (Suriname), Sentencia de 10 de septiembre de 1993*. Serie C, núm. 15, párr. 109; *Caso Godínez Cruz, Sentencia de 20 de enero de 1989* (Honduras). Serie C, núm. 5, párr. 191, y *Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988* (Honduras). Serie C, núm. 4, párr. 181.

⁴⁵² *Caso Bámaca Velásquez, Sentencia de 25 de noviembre de 2000, cit.*, párr. 201, e *id.*, *Reparaciones (artículo 63.1, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sen-*

cho social al conocimiento de la verdad—, que “la privación continua de la verdad acerca del destino de un desaparecido constituye una forma de trato cruel, inhumano y degradante para los familiares cercanos ... el derecho de los familiares de la víctima de conocer lo sucedido a ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos mortales, constituye una medida de reparación y por tanto una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de la víctima y a la sociedad como un todo”.⁴⁵³

XVII. ACUSADORES PARTICULARES. LA VÍCTIMA

Al referirme, *supra*, al principio de oportunidad, formulé consideraciones que también conciernen al tema de este apartado. Ahora complemento y amplío lo expresado entonces. En seguida me ocuparé de los particulares que intervienen en el enjuiciamiento penal a título de actores o acusadores, o que desempeñan en ella un papel determinante de la persecución pública.

Ya se ha dicho que el Ministerio Público no es el único sujeto que dispone de la facultad de poner en movimiento la jurisdicción penal del Estado, aunque se haya confiado en él, para este fin —y con buenas razones—, mucho más que en los particulares.⁴⁵⁴ Ni lo ha sido históricamente —porque primero correspondió esa función a los particulares— ni lo es en la actualidad. Por el contrario, hoy día parece crecer el ámbito de persecución a cargo de éstos, a través de múltiples medios, que representan otros tantos momentos o expresiones de la injerencia particular en la persecución penal: también a este punto acude la corriente privatizadora que exal-

tencia de 22 de febrero de 2002, párr. 75, y *Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú)*, *Sentencia de 14 de marzo de 2001*, párr. 48. Cfr. mi *Voto concurrente* a la sentencia en el Caso Bámaca, en “Cuestiones ante la jurisdicción...”, en *Cuadernos...*, *cit.*, nota 158, pp. 30-31.

⁴⁵³ *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia, Reparaciones (artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, *Sentencia de 27 de febrero de 2002*, párrs. 113-114.

⁴⁵⁴ Recuérdese la reflexión de Carnelutti: “aunque el derecho lo afirme la parte lesionada, conviene que a su afirmación se asocie (si bien a veces de manera meramente formal) el Ministerio Público. Ello significa, en último análisis, que la ley no se fía de la parte, no sólo para la actuación de la pena, pero ni siquiera para mover el proceso dirigido a actuarla. Esto ocurre porque el proceso penal, tanto en la fase ejecutiva como en la fase de cognición, es un instrumento peligroso, que debe ser manejado únicamente por aquellos a quienes la ley encomienda ese oficio; y aun por ellos mismos con máxima cautela”. “Todavía sobre la litis en el proceso penal”, en *Estudios de derecho procesal*, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJE, 1952, p. 63.

SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO Y ÓRGANOS DE ACUSACIÓN 123

ta el poder de la voluntad individual. Se trata, en este orden, de requisitos de procedibilidad, que condicionan la persecución pública u oficial, o de verdaderas acusaciones encauzadas por acción: privada, particular o popular. Es así como suben a la escena —salvo cuando viene al caso un mero requisito de procedibilidad— las diversas partes acusadoras en el proceso penal, con distinta naturaleza y designio convergente.⁴⁵⁵

En fin de cuentas, todo ello ejerce un notable impacto sobre el “universo general de la justicia penal”, que se añade —aunque desde otra perspectiva— a los grandes movimientos de criminalización o descriminalización, penalización o despenalización,⁴⁵⁶ así como sobre lo que se podría denominar “redistribución de funciones” en la relación contemporánea entre el Estado, la sociedad y los individuos, que transfiere algunas del ámbito público al privado —o permite la coincidencia de ambos—, tras una larga etapa de acumulación —me refiero, por supuesto, a las tareas de la persecución penal— en el espacio del Estado.

En este campo, pues, se vuelca intensamente la política penal del Estado, que asume la persecución o se retrae de ella, revisa la ilicitud de la conducta —a la luz de datos sociales emergentes—, opta por vías alternas para la solución de los conflictos, comparte actividades con los particulares o adelanta sucedáneos y correctivos de las penas tradicionales. Es así que en una de las manifestaciones de este vasto proceso, se pasa de las soluciones materiales —descriminalización y despenalización— a las instrumentales: “desjudicialización”.⁴⁵⁷

Aunque un amplio sector de la doctrina e incluso alguna constitución manejan indistintamente los términos “ofendido” y víctima⁴⁵⁸ —y esta

⁴⁵⁵ Las partes acusadoras “ocupan ... la posición activa en el proceso penal, instando, durante la fase de instrucción, la práctica de las diligencias que sean necesarias para preparar el juicio y la adopción de las medidas precisas a ese fin, y formulando la acusación contra una persona determinada una vez abierto el juicio oral”. Gimeno Sendra, Vicente, Almagro Nosete, José, Moreno Catena, Víctor, y Cortés Domínguez, Valentín, *Derecho procesal. El proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1988, t. II, p. 144.

⁴⁵⁶ Sobre estos conceptos, *cfr.* la síntesis que formula Márcio Franklin Nogueira, *Transacción penal...*, *cit.*, nota 133, pp. 59 y ss.

⁴⁵⁷ Esta implica “no entrar al sistema judicial o salirse de él. Que las partes involucradas en la encrucijada de sus intereses encontrados, traten de lograr evadirse de las formalidades de la causa penal. Sentir que el conflicto les pertenece antes que nada ni a nadie”. Neuman, Elías, *Mediación y conciliación penal*, Buenos Aires, Depalma, 1997, p. 39.

⁴⁵⁸ Así, la Constitución de México, desde la reforma de 1993 al artículo 20, ampliada por una nueva reforma de 1996, que consagra a esta materia un apartado completo. *Cfr.* mi comentario en *El nuevo procedimiento penal...*, *cit.*, nota 237, pp. 128 y ss.

fusión o confusión ha trascendido al régimen secundario—, es posible reconocer algunas diferencias relevantes entre ambos conceptos. Ofendido posee una connotación más inmediatamente jurídica, que lo aproxima —hasta identificarlo— al sujeto pasivo del delito: es aquél sobre cuya esfera de protección jurídica se descarga la acción criminal, el titular del bien jurídico afectado por el delito.⁴⁵⁹ Víctima, en cambio —un concepto dinámico, en evolución—,⁴⁶⁰ tiene un perfil más directamente criminológico, desde luego recogido por la normativa jurídica, que también le confiere —aun en los casos en que no lo asuma como actor, acusador o querellante— derechos en el curso del procedimiento.⁴⁶¹ es quien resiente algún daño en sus propios derechos y expectativas, lesión actual o futura en el terreno de sus intereses legítimos, con motivo del delito perpetrado.⁴⁶²

Obviamente, una misma persona puede ser ofendido por el delito —titular del bien quebrantado— y víctima de éste, como también es posible el deslinde entre el titular del bien lesionado —así, el sujeto que pierde la vida por la conducta homicida— y otros afectados a consecuencia de aquella lesión —los allegados al fallecido: familiares y dependientes, especial-

⁴⁵⁹ Cfr. Muñoz Conde, Francisco, y García Arán, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, 2a. ed., Valencia, Tirant lo blanch, 1996, p. 279. Desde otra perspectiva, es “el titular del interés cuya ofensa constituye la esencia del delito”. Antolisei, *Manual...*, cit., nota 37, p. 137. Alcalá-Zamora y Levene (h) comprenden en la noción de ofendido “tanto a la persona víctima directa del delito, como a quienes por muerte o incapacidad suya le sucedan en sus derechos u ostenten su representación legal”. *Derecho procesal penal*, cit., nota 269, t. II, p. 25.

⁴⁶⁰ Cfr. Neuman, Elías, *Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*, 2a. ed., Buenos Aires, Universidad, 1994, pp. 27 y ss.

⁴⁶¹ Bertolino (Argentina) se refiere a la “víctima a secas”. La caracteriza como “quien, habiendo sufrido una lesión u ofensa por la infracción penal, al intervenir en el proceso correspondiente no lo hace ni como querellante ni como actor civil, reclamando una categoría procesal propia, la que puede entenderse como mero titular de una posición de sujeto procesal relevante”. Se remite a su obra *Proceso penal y servicio de la justicia*, La Plata, LEP, 1992, pp. 23 y ss. Armenta Deu (España): según reforma de 2002 el ofendido debe ser informado de las acciones que puede ejercer en el proceso y del curso de las actuaciones, aunque no se haya constituido como parte. Corresponde mencionar, asimismo, el derecho del querellante —un *ius ut procedatur*— a una resolución motivada sobre los hechos aparentemente delictuosos que somete al conocimiento de la autoridad.

⁴⁶² Rodríguez Manzanera critica el enfoque juricista en la definición de víctima, que “lleva a una victimología sumamente limitada”, y propone este concepto: “aquella persona física o moral que sufre un daño producido por una conducta antisocial (y por lo tanto injusta) propia o ajena, esté tipificada o no, aunque no sea el detentador del derecho vulnerado”. *Victimología*, 7a. ed., México, Porrúa, pp. 67 y 74.

mente. Desde luego, puede haber, y en efecto existe, controversia sobre estos términos. La frontera no es perfecta, ni remotamente. En el sistema interamericano de los derechos humanos, por ejemplo, se han acuñado nociones relevantes: víctima directa y víctima indirecta,⁴⁶³ sin perjuicio de que también aparezca, por ahora en el horizonte de la doctrina, la llamada víctima potencial.

En la evolución del crimen —la historia natural de la conducta delictiva— ha aparecido, o se ha fortalecido, una nueva fenomenología victimal. Digamos, en líneas generales y para fines expositivos, que el crimen tradicional ofrece, regularmente, la forma de un encuentro entre dos personas identificables y acaso identificadas por ellas mismas; puede tratarse, o no, de un crimen *intuitu personae*, como el fratricidio caínico. La sociedad de masas en la que vivimos —o de la que somos parte—, la intensa comunicación de ideas, objetos y personas, la interdependencia que de aquí resulta, el desarrollo tecnológico, la organización delincuencia, entre otros procesos, han puesto en la escena nuevos agentes del delito y nuevos sujetos pasivos, ofendidos, víctimas del hecho criminal.

Hoy día tenemos una “criminalidad” difusa tanto en lo que respecta al agresor como en lo que concierne al agredido: la organización criminal,⁴⁶⁴ integrada por sujetos numerosos y anónimos,⁴⁶⁵ distantes entre sí, queda

⁴⁶³ La Corte consideró la jurisprudencia europea y estableció su criterio en CIDH, *Caso Bámaca Velásquez*, Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C, núm. 70, párrs. 160 y ss. Cfr., asimismo, mi *Voto concurrente* en “Cuestiones...”, *Cuadernos Procesales*, pp. 27-28. En el artículo 2 (sobre “Definiciones”) del Reglamento de la Corte IDH, de 2000, se dice que “la expresión ‘presunta víctima’ significa la persona de la cual se alega han sido violados los derechos protegidos en la Convención” (Americana sobre Derechos Humanos) (inciso 30), y que “el término ‘víctima’ significa la persona cuyos derechos han sido violados de acuerdo con sentencia proferida por la Corte” (inciso 31).

⁴⁶⁴ Tema que ha sido recurrente en los foros internacionales y en múltiples acuerdos de alcance bilateral o multilateral. Cfr. Vargas Casillas, Leticia, *Aspectos sustantivos de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada*, México, tesis profesional, Facultad de Derecho de la UNAM, 1998, pp. 42 y ss.

⁴⁶⁵ En estas circunstancias pueden plantearse los “maxiprocesos”, caracterizados por la doctrina alemana en función de su duración, el número de los sujetos involucrados (imputados, testigos, víctimas) y la complejidad de su objeto (número de imputaciones). Cfr. Amodio, *Processo penale...*, *cit.*, nota 34, pp. 253 y ss. Pudiera existir colindancia entre estos “maxiprocesos” y alguna variante de los “procesos complejos” estudiados por Fairén Guillén. Cfr. “Notas sobre la ‘complejidad’ procesal”, *Problemas actuales de derecho procesal. La defensa. La unificación. La complejidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992, pp. 129 y ss.

frente a una sociedad de victimables que carece de personificación e incluso de localización: un grupo, un pueblo, una nación, la humanidad entera. Estos son los extremos en los que se mueven ciertas formas de criminalidad: terrorismo, narcotráfico, delincuencia económica, delincuencia ecológica, etcétera.⁴⁶⁶

Si reconocemos que el hecho ilícito de una persona trae responsabilidad a cargo de ésta y constituye una fuente de derechos para otra u otras, habrá que establecer, a favor de éstas, unos medios de acceso a la justicia para exigir la reparación, devolución o satisfacción del derecho que les corresponde. Es incuestionable que existe un derecho a la reparación, que lo es al resarcimiento por el daño causado,⁴⁶⁷ con diversas características. Este sería el primer espacio para el acceso a la justicia: un espacio difícilmente controvertible, so pena de que se deje al ofendido y a la víctima en total desvalimiento, con riesgo de que sobrevenga la justicia privada. Las esperanzas cifradas en la reparación como sanción preferible —que datan de mucho tiempo atrás y se reaniman hoy—⁴⁶⁸ conducen también a facilitar el proceso reparador, facilitación que no debe transitar necesariamente por todas las esclusas del enjuiciamiento penal.

En seguida hay que preguntarse si además del derecho al resarcimiento existe un derecho al “castigo” del autor del hecho ilícito. Por supuesto, ésta es una cuestión controvertible. De la respuesta que se aporte provenirá el orden jurídico de la persecución penal: con o sin la presencia protagónica —no apenas expectante y testimonial— del agraviado. En la

⁴⁶⁶ Cfr. García Ramírez, *Los derechos humanos y el derecho penal*, 2a. ed., México, Miguel Ángel Porrúa, 1988, pp. 199-201; “La justicia penal de porvenir”, en González Fernández, José Antonio (comp.), Distrito Federal. *Sociedad, gobierno y justicia*, México, Miguel Ángel Porrúa-Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 1997, pp. 181-182; *Delincuencia organizada...*, cit., nota 49, pp. 4 y ss; y “En torno a la seguridad pública. Desarrollo penal y evolución del delito”, en Peñalosa, Pedro José, y Garza Salinas, Mario A. (coords.), *Los desafíos de la seguridad pública en México*, México, Universidad Iberoamericana-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Procuraduría General de la República, 2002, p. 87.

⁴⁶⁷ No puedo entrar aquí en el estudio de esta cuestión. Baste con señalar, como referencia sobre el tema, la norma del Código Civil Federal mexicano, con correspondencia en muchos ordenamientos nacionales y expresiones propias en códigos punitivos: “La reparación del daño debe consistir, a elección del ofendido, en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios”.

⁴⁶⁸ Cfr. Álvarez Gómez, Josefina, “La reparación del daño en la política criminal del siglo XXI”, en Varios, *Hacia el derecho penal del nuevo milenio*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1991, p. 23.

jurisprudencia interamericana de los derechos humanos se ha abierto paso, franca y claramente, el derecho de la víctima a la justicia penal sobre el victimario, aunque no se podría decir, por ahora, que ese derecho “pertenezca” a la víctima a tal punto que ésta pudiera disponer de la persecución penal y, en este sentido, excluirla del conjunto de reparaciones debidas en un caso concreto.⁴⁶⁹ Sigue siendo un poder-deber del Estado, en el que también se interesa —con facultades requirentes— la víctima de la violación.

Hay coincidencia generalizada en una observación y en una demanda. La observación: el ofendido por el delito ha sido disminuido, postergado, extraído del litigio que le concierne —hasta consumarse una especie de “expropiación”—,⁴⁷⁰ no obstante ser parte de éste, y dicha exclusión ha generado consecuencias desfavorables para aquel sujeto, que por ello resulta doblemente victimado: por el infractor y por la justicia penal.⁴⁷¹ La demanda actual, con un gran arco de matices o modalidades, es: reconocer, restituir, recuperar al ofendido y/o a la víctima en el escenario de la justicia penal a través de alguna o de varias entre las muchas posibilidades a nuestro alcance. Es así, que con respecto a la reforma procesal penal en América Latina se ha dicho que “seguramente el sujeto más reconocido en esta reforma (y al amparo de la actual tendencia general) ha sido la víctima del delito”.⁴⁷²

La posibilidad más intensa e interesante sería la devolución del conflicto a las manos de los sujetos activo y pasivo del delito, que así se convertirían en sujetos de la solución, acompañados por el Estado en un doble cometido: mediar entre ellos, para alentar la solución,⁴⁷³ y supervisar ésta,

⁴⁶⁹ Cfr. mi trabajo “Las reparaciones en el sistema interamericano...”, en *Estudios jurídicos*, cit., nota 49, pp. 438 y ss., y *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 150 y ss.

⁴⁷⁰ El Estado “ha secuestrado el conflicto aunque la víctima, y acaso el victimario, tuviesen deseos de conciliar”; el conflicto debe ser “devuelto a la víctima y al infractor”. Neuman, *Mediación...*, cit., nota 457, pp. 29 y 50.

⁴⁷¹ Bertolino (Argentina): la víctima tiene un interés legítimo en la esfera procedimental, en tanto aspira a “no ser revictimizada por el propio proceso”.

⁴⁷² Cafferata Nores, “La reforma procesal...”, en Varios, *Reformas a la justicia penal...*, cit., nota 32, p. 73.

⁴⁷³ Almirón (Paraguay): destaca que en la fase intermedia “el juez penal intentará la conciliación de todas las partes proponiendo la reparación integral del daño social o particular causado, buscando en consecuencia la extinción de la acción penal, siempre y cuando la norma lo autorice, concordando con el sobreseimiento definitivo”. El propósito de conciliación se ha incorporado en alguna legislación procesal penal mexicana, ponién-

homologando el acuerdo justo,⁴⁷⁴ que de esta suerte se convertiría en un nuevo título jurídico. Este régimen de conciliación puede evolucionar de la simple —pero relevante— reparación patrimonial a la reparación moral e incluso a la reconciliación, que establecería un vínculo moral distinto, más hondo y personal, entre los sujetos del antiguo conflicto. En fin de cuentas, se procura extender el “tratamiento centrado en el autor, hacia la víctima del delito y la sociedad”, lo cual genera un “proceso de interacción (de acción recíproca) entre el autor, la víctima y la sociedad, que cura el conflicto criminal y restablece la paz entre los implicados”.⁴⁷⁵

Hoy se habla de una justicia restauradora que constituye “un modelo enfocado al futuro, que hace hincapié en la solución de problemas, más que en el castigo retributivo”.⁴⁷⁶ “El objetivo del proceso restaurador es reparar el daño causado por el acto. El interés está en reparar lo que se haya dañado, en vez de simplemente castigar al malhechor”.⁴⁷⁷ Pero no hay unanimidad en torno a esta panacea, que tropieza con argumentos dignos de consideración: ¿cómo se resuelven, entre otros problemas, los provenientes del racismo y el clasismo? Es vano —dicen los críticos— el intento de restaurar el pasado; la llamada justicia restauradora deja fuera a la comunidad y refuerza la injusticia estructural. Es necesario, pues, dejar de lado la restauración e ir hacia la transformación.⁴⁷⁸ ¿Otra utopía penal?

do a cargo del Ministerio Público y del juez, en sus etapas respectivas, la obligación de procurar aquélla. Cfr. mi comentario en *El procedimiento penal en los estados...*, cit., nota 133, pp. 83 y 119.

⁴⁷⁴ Acerca de este concepto y esta solución en la jurisprudencia interamericana, cfr. mi comentario en *Los derechos humanos...*, cit., p. 152, y “Las reparaciones en el sistema interamericano...”, en *Estudios jurídicos*, cit., nota 49, pp. 414 y 415.

⁴⁷⁵ Schneider, Hans Joachim, “Recompensación en lugar de sanción. Restablecimiento de la paz entre el autor, la víctima y la sociedad”, en *Criminalia*, año LIX, núm. 2, mayo-agosto 1993, p. 52.

⁴⁷⁶ Olson, Cynthia, “Aplicando la mediación y los procesos de consenso en el marco de la justicia restaurativa”, en Carranza, Elías (coord.), *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria. Respuestas posibles*, México, Siglo XXI editores-Naciones Unidas, ILANUD, 2001, p. 219.

⁴⁷⁷ Tkachuk, Brian, “Alternativas a la prisión: una perspectiva canadiense e internacional”, en *id.*, p. 247.

⁴⁷⁸ Cfr. Morris, Ruth, “Mi paso desde la justicia del sufrimiento hasta la justicia transformadora”, en *id.*, pp. 276-278. “Las prácticas de la justicia transformadora —escribe esta autora— son aquellas que juntan a la víctima, al agresor y a las familias y comunidades tanto de la víctima como del agresor, y los apoyan, por medio de un proceso basado en el respeto, para que se escuchen entre sí y busquen soluciones que curen las heridas de todos”. *Id.*, p. 282.

SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO Y ÓRGANOS DE ACUSACIÓN 129

La solución compositiva se halla a la vista en diversos ordenamientos, aun cuando por ahora se suele reservar a aquellos casos de menor entidad criminal, sancionables con penas moderadas. Sería, sin embargo, una forma de llevar adelante, en busca de resultados estimulantes, un sistema alternativo que ya ha comenzado. Difícilmente se podría pensar —sin internarnos en la utopía— que por estos medios se resolverán todos los temas de la justicia penal. Empero, muchos podrían zanjarse a su amparo. Hay entusiastas defensores de esta posibilidad, que otros ven con desconfianza en la medida en que significa o puede significar erosión al principio de legalidad, a la presunción de inocencia, a la eficacia de la pena como medio de prevención general, a la respetabilidad del sistema penal, a la realización de la justicia, al hallazgo de la verdad histórica.⁴⁷⁹ Efectivamente, algunos de estos procedimientos cumplen “la función —se ha dicho— de restablecer la paz, incluso si para ello es preciso renunciar a la verdad del caso”.⁴⁸⁰

Otra forma de que intervengan el ofendido o la víctima en la solución penal, aunque con menor prestancia, sería su participación en el acuerdo al que lleguen, en su caso, el acusador oficial y el inculpado y su defensor, cuando se permite esta forma de entendimiento bajo el imperio del principio de oportunidad, o por lo menos la aquiescencia del ofendido.⁴⁸¹ Aquí se trataría de que la “nueva relación” entre el Estado y el imputado, que beneficia a éste, no se traduzca en una también “nueva relación” entre aquéllos y el agraviado, que perjudique los intereses del último y por esa vía se desemboque nuevamente en el menosprecio de la víctima. En suma, el parecer de ésta —con especial acento en la reparación del daño material y moral— sería un dato a considerar —como ya ocurre en algunos casos— para resolver en definitiva dentro de un sistema gobernado por el principio de oportunidad.

⁴⁷⁹ Señala Neuman: “Jueces, fiscales, abogados que han laborado —y muchas veces luchado— para establecer el decurso del *iter criminis*, la verdad material y objetiva de lo acontecido, deberán marchar en un futuro hacia la verdad consensuada”. *Mediación...*, cit., nota 457, p. 52.

⁴⁸⁰ Delmas-Marty, “El proceso penal...”, en Varios, *El Poder Judicial...*, cit., nota 90, p. 80.

⁴⁸¹ Gadea (Costa Rica): se requiere la conformidad del querellante particular para adoptar el procedimiento abreviado; es necesario un plan de reparación del daño para que sea posible la suspensión del proceso a prueba. Quiroga León (Perú): en algunos supuestos de abstención del ejercicio de la acción por parte del M. P. se requiere que haya reparación del daño o “acuerdo con la víctima respecto a la reparación civil”.

En un orden más tradicional, hay que tomar en cuenta las hipótesis extremas, bien conocidas: por una parte, persecución exclusivamente pública, sin espacio para la intervención del ofendido, que incluso se ve desplazado de la exigencia de resarcimiento, y persecución pública condicionada por un acto de voluntad privado, que puede operar en dos momentos: para iniciar la persecución, como requisito de procedibilidad, o para concluirla, como perdón eficaz.

En algún caso se denomina querrela al acto con el que se resuelve aquel requisito;⁴⁸² en otros, querrela tiene un amplio alcance: desemboca en acusación y ofrece diversas manifestaciones.⁴⁸³ De ahí que se hable de querrela “mínima” o “máxima”.⁴⁸⁴ En el supuesto de la mínima, el “arranque persecutorio” es privado —consecuencia de consideraciones de política criminal, que acentúan el aspecto privado del bien afectado por el delito, de la dispositividad correspondiente y del interés en perseguirlo—, pero la prosecución es pública.⁴⁸⁵ Sobra decir que en el fondo late siempre la po-

⁴⁸² Esta forma de querrela es característica de países en los que existe monopolio acusador del Ministerio Público, como ocurre en México. Sobre el caso italiano, en el mismo sentido, *cfr.* Gimeno Sendra, José Vicente, *La querrela*, Bosch, Barcelona, 1977, p. 42.

⁴⁸³ Gimeno Sendra trabaja sobre estas categorías. En primer término distingue entre querrelas públicas y privadas. Las públicas son deducidas por el Ministerio Público (Ministerio Fiscal) “o el particular que, movido por un espíritu ciudadano, pretende asumir la función pública de la acusación con el objeto de lograr la reinstauración de la legalidad perturbada por la comisión del delito”. Las privadas “son ejercitadas exclusivamente por el particular ofendido, su representante o su sustituto y tiende(n) únicamente a lograr el castigo del culpable y a la reparación en la esfera patrimonial de los daños ocasionados por la comisión del delito”. En este grupo, el jurista español distingue las “querrelas privadas exclusivas en las que el sujeto pasivo del delito detenta en régimen de monopolio el ejercicio de la acción penal”. En el género de las exclusivas hay dos especies: necesarias y contingentes. En la primera hipótesis, la “querrela es un presupuesto procesal ineludible y el querellante asume con exclusividad el ejercicio y disponibilidad de la pretensión penal”. En el segundo supuesto, el particular ofendido detenta el monopolio de la acción, pero “la querrela no constituye un presupuesto del proceso (el ofendido puede recurrir a la denuncia) ni el querellante ejercita aisladamente la pretensión penal (cuyo sostenimiento es confiado también al Ministerio Público), aunque puede disponer de la misma mediante el instituto de la remisión”. *La querrela, cit.*, nota 482, p. 293.

⁴⁸⁴ Así, en la caracterización de Alcalá-Zamora, quien aplica la calificación de “mínima” a la querrela-requisito de procedibilidad del derecho mexicano, y la de “máxima” a la que desemboca en acusación, como sucede en el derecho español. *Cfr. Derecho procesal penal, cit.*, nota 269, t. II, pp. 329-330, y *Síntesis del derecho procesal...*, *cit.*, nota 27, pp. 202 y 342 núm. 697.

⁴⁸⁵ Assis Moura (Brasil): existe en varios casos legalmente previstos. Tavolari (Chile): acción pública previa instancia particular, en violación de domicilio, algunas amena-

sibilidad y la probabilidad —conocida y formalmente alentada por el Estado— de que la autocomposición excluya el conocimiento judicial del conflicto y aleje la necesidad de una sentencia.

Vayamos ahora a los supuestos de ejercicio particular de la acusación penal, un punto frecuentado por controversias,⁴⁸⁶ por más que se hayan ampliado constantemente esos supuestos. En el conjunto de participaciones relevantes del ofendido y/o la víctima, que desencadenarán el enjuiciamiento y culminarán en una sentencia, se halla la acción privada, que se vincula —nuevamente por consideraciones de política criminal— con la calidad predominantemente privada del asunto, y que puede combinarse con el esfuerzo de conciliación.⁴⁸⁷ Vienen al caso cuestiones sobre las que debe resolver, ante todo, el particular agraviado: su honor, su fama, su prestigio.⁴⁸⁸ Será el particular quien decida —en un juicio personalísimo de oportunidad— si le resulta conveniente acudir a los tribunales.⁴⁸⁹ El Estado le

zas, etcétera. Zamora-Pierce (México): investigación previa querrela, en algunos casos; hay supuestos en que se confiere a la autoridad un acto similar a la querrela para el inicio del procedimiento (ej.: delitos fiscales y algunos financieros). Quiroga León (Perú) se refiere al “ejercicio semipúblico” de la acción: violación de la intimidad, delitos contra la libertad (que el artículo 158 del Código Penal contempla como delitos “perseguidos por acción privada”, caracterización errónea, porque no corresponde a la regulación procesal positiva) y relacionados con la intimidad de las personas y la intimidad familiar.

⁴⁸⁶ En el cuerpo de una misma obra común surge esta polémica. *Cfr.* las encontradas posiciones de Alcalá-Zamora y Levene (h), coautores de un *derecho procesal...*, *cit.*, t. II, pp. 29 y ss. *Cfr.* mi síntesis sobre argumentos favorables y desfavorables a la actuación de particulares como actores penales —que es también el acervo de los argumentos a favor y en contra del monopolio acusador del Ministerio Público— en “La acción en el proceso penal” (Ponencia al II Congreso Mexicano de Derecho Procesal, Zacatecas, 1966), Universidad Autónoma de Coahuila, 2a. ed., Saltillo, 1982, pp. 110 y ss., y en (Memoria del) Segundo Congreso Mexicano de Derecho Procesal, Publicaciones de la Revista de la Facultad de Derecho, UNAM, México, 1967, pp. 136 y ss.

⁴⁸⁷ *Cfr.* Neuman, *Mediación...*, *cit.*, nota 457, p. 61.

⁴⁸⁸ Corresponde al derecho penal sustantivo, por supuesto, la precisión sobre el bien jurídico que aquí se tutela. Por ejemplo, el Código Penal para Morelos (México, 1996) se refiere a delitos contra el “prestigio”, y el ordenamiento equivalente para Tabasco (México, 1997) alude a delitos contra la “buena fama”. En el Código Penal Federal se habla de delitos contra el honor. Hay debate sobre la pertinencia y el alcance de la tutela penal en estos extremos. *Cfr.* una firme defensa de la tutela penal del honor en Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho penal mexicano. La tutela penal del honor y de la libertad*, 3a. ed., México, Porrúa, 1978, pp. 17 y ss.

⁴⁸⁹ Bertolino (Argentina): injuria, calumnia. Gadea (Costa Rica): delitos contra el honor, propaganda desleal. Tavolari (Chile): calumnia, injuria, algunas faltas y otros. Armenta Deu (España): calumnia e injuria contra particulares. Quiroga León (Perú): injuria, calumnia, difamación.

brindará la posibilidad de tener acceso a la justicia pública, pero no le suministrará el medio o el acompañamiento de la acción pública.

En el ámbito de la acción privada es interesante observar algún proceso de reducción o reconducción del conflicto público a cuestión privada. En estas hipótesis la acción pública pasa a ser privada: existe, pues, una transferencia, un traslado que alivia racionalmente la carga pública y amplía, también racionalmente, la disposición privada. En fin de cuentas, se trata de obtener justicia con la mínima intervención posible del Estado; la injerencia pública se minimiza, pero no desaparece.⁴⁹⁰

En esta misma serie de soluciones figura, con mayor relevancia para la intervención del ofendido y/o la víctima, el ejercicio de una verdadera acusación a cargo de aquéllos, con o sin acción pública por parte del Ministerio Público o Fiscal. La intervención particular puede presentarse, inclusive, en ausencia de la debida participación del acusador oficial.⁴⁹¹ Por esta vía el querellante o actor particular interviene en contiendas que le son propias, puesto que se trata de una lesión a sus derechos e intereses.⁴⁹²

⁴⁹⁰ Gadea (Costa Rica): conversión, en delitos que requieran instancia privada y en delitos contra la propiedad privada sin grave violencia contra las personas, cuando lo solicite la víctima, lo autorice el M. P. y no exista un interés público gravemente comprometido. El artículo 26 del Código Procesal Penal de Guatemala, de 1990, dispone bajo el epígrafe de “conversión” lo siguiente: “Las acciones de ejercicio público podrán ser transformadas en acciones privadas, únicamente ejercitadas por el agraviado conforme al procedimiento especial previsto y siempre que no produzcan impacto social en los casos siguientes: 1) cuando se trate de los casos previstos para prescindir de la persecución penal, conforme al criterio de oportunidad; 2) en cualquier delito que requiera de denuncia o de instancia particular, a pedido del legitimado a instar, cuando el Ministerio Público lo autorice, porque no existe un interés público gravemente comprometido y el agraviado garantiza una persecución penal eficiente; 3) en cualquier delito contra el patrimonio, según el régimen previsto en el inciso anterior. Si en un mismo hecho hubiese pluralidad de agraviados, será necesario el consentimiento de todos ellos, aunque sólo uno asuma la acción penal”. Neuman, que recoge este precepto de la ley guatemalteca, se refiere a otros textos en sentido semejante en proyectos de legislación sobre procedimiento penal en Ecuador (1992) y Bolivia (1995). *Cfr. Mediación...*, *cit.*, nota 457, pp. 74-75.

⁴⁹¹ Assis Moura (Brasil): acción privada subsidiaria en delitos de acción pública cuando ésta no se presenta dentro del plazo legal.

⁴⁹² Bertolino (Argentina): querellante exclusivo, conjunto o coadyuvante; en la provincia de Buenos Aires existe la figura del “particular damnificado”, que es el ofendido por los delitos de acción pública y no ejerce la acción penal, aunque alguna doctrina argumenta sobre sus posibilidades de acusación: Falcone, Roberto, y Madina, Marcelo, *El nuevo proceso penal en la Provincia de Buenos Aires, Ad-Hoc*, Buenos Aires, 2000, p. 155; asimismo, organismos públicos constituidos como querellantes particulares cuando el delito afecta el normal desenvolvimiento de sus funciones. Assis Moura (Brasil): el

Se ha querido asegurar la punición y para ello se ha depositado la posibilidad de conseguirlo tanto en las manos del Ministerio Público como del ofendido, cada uno de los cuales puede actuar por propia iniciativa y alcanzar, por sí mismo, el objetivo requerido.⁴⁹³ El apartamiento del actor particular no trae consigo la decadencia de la persecución. Esta admisión de acusadores particulares no significa, sin embargo, que exista siempre igualdad de las partes acusadoras entre sí: tiene “mejor posición” el M. P.⁴⁹⁴

Finalmente, hay que traer a cuentas la acción popular, que aparece cuando *quivis de populo* promueve la actividad jurisdiccional y sostiene la acusación ante el tribunal. Ya no se trata del interesado directo, sino de un “ciudadano” cuyo interés explícito es la justicia en el caso concreto, sobre todo por el significado que ésta tiene para la justicia y la seguridad de la república. Se trataría, en consecuencia, de un caso de intervención “altruista” —al menos, tal es el signo bajo el que opera la institución—, y por ello se requiere que el actor popular no tenga interés jurídico propio en el caso que se propone a la jurisdicción.

ofendido o su representante pueden intervenir como asistentes del M. P. Gadea (Costa Rica): el actual Código Procesal Penal “quiebra” el monopolio de la acción penal en manos del M. P.; la víctima “puede participar activamente al lado del mismo”. Tavolari (Chile): en la nueva legislación procesal penal de este país, “la persona más importante que ha recibido la autorización para ejercer la acción penal, deduciendo querrela en el proceso, es la víctima, vale decir, el ofendido por el delito, lo que importa terminar con el régimen de acción penal pública popular”. Armenta Deu (España): el ofendido se puede constituir como acusador particular (esto incluye al Estado y demás administraciones públicas), formulando querrela o mostrándose parte en el procedimiento abreviado.

⁴⁹³ Bertolino (Argentina): la cuestión más relevante en este orden aparece cuando el M. P. no solicita la imposición de una pena y sí lo hace el querellante, o bien, cuando aquél requiere el sobreseimiento y éste la elevación a juicio. El punto atañe al carácter autónomo o adhesivo del querellante. El ponente nacional argentino cita el fallo en el caso *Santillán*, del 13 de agosto de 1998: “La exigencia de acusación como forma sustancial en todo proceso penal, salvaguarda la defensa en juicio del justiciable; sin que tal requisito contenga distingo alguno respecto del carácter público o privado de quien la formula, razón por la cual nada obsta a que el querellante realice dicha acusación”. Assis Moura (Brasil): el M. P. puede intervenir como actor en todos los procesos penales, inclusive los de acción privada o privada subsidiaria, y recuperar la acción como parte principal cuando hay negligencia del querellante.

⁴⁹⁴ Armenta Deu (España): así, bajo recientes reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y conforme a la jurisprudencia constitucional; se apela a “la mayor atención que debe prestarse a quien defiende el interés público frente a los acusadores particular y popular cuyo ánimo puede sustentarse en afanes retributivos y de venganza”.

Diffícilmente habría representación más democrática de la justicia que la que suministra el ciudadano ajeno al conflicto —pero no al interés de aquélla y a la buena marcha de la república— que somete la controversia a la asamblea de sus conciudadanos. Esta vieja institución, con aire republicano y talante democrático, ha sido incorporada en algunos países⁴⁹⁵ o existen figuras que se le aproximan,⁴⁹⁶ pero se mantiene ajena a la mayoría. Hay abundantes opiniones a favor y en contra. Muchos dudan, acaso con motivo, de las “buenas razones” que realmente tendría el acusador popular y del “buen efecto”, el beneficio, que su actuación tendría para la administración de justicia y los valores públicos que ésta custodia.

Debo hacer referencia al actor civil —una de las posibles “partes civiles”—, que puede tener como contraparte al propio inculcado, o bien, a terceros civilmente responsables. Esta cuestión encuentra diferentes soluciones procesales, derivadas del trato que reciba la exigencia de reparación en el marco del proceso penal, al que ha ingresado con naturalidad —habida cuenta del interés público en que el daño “sea resarcido del modo más rápido posible y en toda su extensión” y “evitar una discrepancia de soluciones sobre el mismo punto entre el juez penal y el civil”—,⁴⁹⁷ pero que no es su foro característico si se atiende a la naturaleza del daño causado y al carácter que reviste —o que se le atribuye— la correspondiente responsabilidad.

En algunos países, el actor civil se desenvuelve más o menos ampliamente en el proceso seguido ante la justicia penal;⁴⁹⁸ en ciertos casos se procura

⁴⁹⁵ Armenta Deu (España): está prevista en la Constitución y en la ley; se halla abierta a cualquier ciudadano español; algunas personas colectivas se han valido de esta figura para tener acceso al proceso, con apoyo en una versión amplia del término “ciudadano” (apoyada por la jurisprudencia constitucional: SSTC 241/92 y 147/1985), si el delito afecta “intereses que formen parte del objeto de la persona jurídica”; “sirve para defender un interés general del conjunto de la sociedad, de manera que quien la ejercita no pretende la defensa de nada integrado en su esfera personal de derechos e intereses legítimos, sino que persigue preservar intereses de la colectividad social en su conjunto”.

⁴⁹⁶ Bertolino (Argentina): al analizar el supuesto de la “víctima colectiva o difusa sobre la que estatuye el artículo 84 del C.P.P. de Buenos Aires, señala que “estamos de cara a una suerte de acción popular, legitimante de quien se considere víctima de un ilícito penal”. Ese precepto establece: “Víctima colectiva o difusa. Cuando la investigación se refiere a delitos que afectasen intereses colectivos o difusos, las personas jurídicas cuyo objeto sea la protección del bien tutelado en la figura penal, o en su defecto, cualquier ciudadano, tendrán la legitimación a la que se hace referencia en el presente capítulo”. Al respecto, se cita a Cafferata, *El artículo 84 del Código Procesal Penal*, 1998.

⁴⁹⁷ Florian, *Elementos...*, cit., nota 242, p. 208.

⁴⁹⁸ Bertolino (Argentina).

SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO Y ÓRGANOS DE ACUSACIÓN 135

excluirlo de este ámbito⁴⁹⁹ y se considera impertinente su actividad en el proceso penal,⁵⁰⁰ en algunos más sólo interviene frente al tercero civilmente responsable, porque la exigencia de resarcimiento a cargo del inculpado corre por la vía de la acción penal, atribuida al Ministerio Público.⁵⁰¹

En síntesis, existe un catálogo de opciones en las manos de la política criminal, todas ellas atentas al papel que debe jugar la persona misma, ya no sólo el Estado, en la preservación penal de los bienes individuales y sociales. ¿Existe derecho al resarcimiento? ¿Existe derecho al castigo? ¿Es conveniente que el litigio penal vuelva al foro de las decisiones particulares? ¿Conviene llevar también a este campo la privatización de la vida pública que ha ganado la partida en otras materias? ¿Es prudente permitir el acceso a este sector de la justicia de negociaciones y entendimientos, en los que operarán los más nobles y los más innobles motivos? ¿Es pertinente admitir en las relaciones entre particulares una disponibilidad de la persecución que enfrenta objeciones más o menos severas cuando se atribuye a los órganos del Estado? En este último supuesto, ¿cuál es la participación —desde residual hasta determinante— que deben tener el ofendido y/o la víctima? ¿Resulta aconsejable que cualquier ciudadano asuma la exigencia de justicia penal, como en algunos países puede asumir la de justicia constitucional?

Si se observa la “marcha de los acontecimientos”, se advertirá que progresa, quizás incontenible, la opción por soluciones negociadas, llámense

⁴⁹⁹ Bertolino (Argentina): así, el anteproyecto de Código Procesal Penal de Santa Fe, de 1993.

⁵⁰⁰ Vásquez Rivera y Jiménez Jaramillo (Colombia): esta parte “se constituye en uno de los puntos de crítica por parte de la doctrina en nuestro medio”. Dicha “crítica radica en el hecho de someter un proceso eminentemente civil, con todas sus peculiaridades que lo diferencian del proceso penal, para ser conocido por un juez penal con absoluta falta de preparación en lides de derecho privado. Cabe preguntarnos si por el solo hecho de la pregonada economía procesal justifica abandonar la sede natural del proceso civil a sabiendas que dentro del proceso penal también subsiste la obligación de restablecer el derecho sin la necesidad de la parte civil y a cargo del Estado”. Assis Moura (Brasil): en este país el responsable civil no acude al juicio penal; la reclamación debe hacerse por la vía común mediante acción civil *ex delicto*. Como regla, la sentencia penal no establece el valor del daño privado que debe ser reparado; esto es materia de la jurisdicción civil.

⁵⁰¹ Tal es el caso de México, donde esta solución —cuyos resultados han sido deplorables— persiste obstinadamente, salvo en algunos códigos de factura moderna, en los que el ofendido es titular de una acción civil independiente de la penal que ostenta el M. P. *Cfr.* mi información sobre este punto en *El procedimiento penal en los estados...*, *cit.*, nota 133, pp. 18 y 187 y ss.

privatizadoras, llámense “personalizadoras”,⁵⁰² en el ámbito de la justicia penal. Constituyen, según algunos de sus promotores, entusiastas de esta vía, la mejor posibilidad de lograr justicia: haciéndola los mismos justiciables, no apenas recibéndola de otra persona. Esas opciones sólo operan frente a delitos de escasa lesividad, cuyo espacio se amplía cautelosamente. El Estado y la sociedad se interesan menos en ellos e inclusive quisieran liberarse de una carga que agobia —¿innecesariamente? ¿Perturbadoramente?— los cauces formales de la procuración e impartición de justicia. En todo caso, es cierto que la operación estricta de la legalidad penal, sin injerencia de procesos de autocomposición ni alivios que sustituyan o aligeren el enjuiciamiento, no parece alcanzar —en la realidad— los fines para los que fue pensada y en los que deposita, todavía, sus mejores defensas.

Por otra parte, la liberación creciente de la justicia penal a la iniciativa, el valor, la experiencia, la ilustración o el poder de los particulares —o todo ello, de una sola vez—, podría lesionar los mismos objetivos que se propone: no todo convenio encarna la justicia, ni los pactos entre víctima y victimario son siempre un modelo de equidad y una escuela de civismo, ni podría hacerse de lado la eficacia —cualquiera que esta sea— de la prevención general que todavía ejercen la administración formal de justicia, la expectativa de sentencia y la ejecución de la pena, ni sería provechoso arrumbar el debido proceso legal, con su aparato de garantías, tan laboriosamente construido.

Como he dicho en otro punto, las decisiones finales —unas decisiones de política criminal,⁵⁰³ insertas en una política social de más amplio espectro— deben tomar nota del medio al que se dirigen y del momento en el que se aplican: desarrollo, fortaleza institucional, cultura de legalidad, respeto por los bienes de la persona y de la sociedad, rechazo de la violencia, adhesión a la paz, civilidad. No es sensato prescindir de ciertos principios entrañables, característicos de la justicia en una sociedad democrática; tampoco lo sería desatender el diagnóstico social y administrar la misma receta en todas las circunstancias.

⁵⁰² “Se trata de repersonalizar, no de reprivatizar”, advierte Elías Neuman; asimismo: “No se trata de privatizar a la justicia penal privatizando el conflicto, sino de repersonalizarlo, lo que sugiere otras vivencias y compromisos, empezando por el resarcimiento de los daños a la víctima”. *Mediación...*, *cit.*, nota 457, pp. XI y 52.

⁵⁰³ Bertolino (Argentina): “Colocados dogmáticamente en el sistema de enjuiciamiento propiamente dicho y funcionando en el campo del servicio de la justicia, los órganos de acusación en definitiva terminan insertándose en el marco mayor de la política criminal”.

SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO Y ÓRGANOS DE ACUSACIÓN 137

Ahora bien, sin perjuicio de la consideración que merezcan los motivos y las razones a favor o en contra de cada una de las opciones procesales a las que me he referido, parece razonable —indispensable además— ir adelante en el camino ya iniciado para reconocer a la víctima el papel procesal —“un” papel procesal, en definitiva— que le permita desplegar y satisfacer sus legítimos intereses,⁵⁰⁴ y por otra parte brindarle una suma de apoyos, remedios, auxilios —sin perjuicio de la reparación del daño que hagan el infractor o el tercero civilmente responsable—, que la fortalezcan y favorezcan tras el severo golpe —en ocasiones devastador— que significa el delito. De ahí la pertinencia, recogida en diversas legislaciones, de proveer distintas medidas de apoyo a la víctima: asesoría jurídica, asistencia médica y psicológica, auxilio económico urgente, etcétera.⁵⁰⁵ Es notable y plausible que algunas reformas procesales hayan colocado a la víctima en el centro de sus preocupaciones.⁵⁰⁶

XVIII. ÓRGANO JURISDICCIONAL

El “hombre bueno puesto para hacer justicia”, que dijeron las Partidas,⁵⁰⁷ tercero imparcial colocado por encima de la contienda y para resolverla en fin de cuentas, es una figura solicitada por toda suerte de reclamaciones. Se habla de una crisis del juez contemporáneo, pero no siempre parece claro el sentido de esa crisis. “Tan pronto se deplora la multiplicidad de papeles que cumple, como se olvida que nuestras sociedades complejas y fragmentadas, los reclaman ampliamente. Tan pronto

⁵⁰⁴ Cassel (Estados Unidos): “Para la víctima o el ofendido no hay equilibrio procesal en Estados Unidos, porque no se considera parte en el proceso. El fiscal está encargado de cuidar a los intereses de ellos. Sin embargo, este encargo puede encontrarse en conflicto con los intereses ... de la sociedad o bien de la misma institución fiscal”.

⁵⁰⁵ Zamora Pierce (México): diversos derechos contenidos en un nuevo apartado (B) del artículo 20 constitucional. Gadea (Costa Rica): en Costa Rica existe una Oficina de Defensa Civil de las Víctimas, adscrita al Ministerio Público.

⁵⁰⁶ Ha sido, por ejemplo, el caso del Código Procesal Penal chileno: “Acorde con lo que acontece por doquier en la realidad legislativa contemporánea, la nueva legislación que se propone (el autor se refería a una etapa anterior a la expedición del Código vigente), exhibe preferente preocupación por los derechos de la víctima”. Tavolari, “Los principios del proceso penal en el proyecto...”, en *XV Congreso...*, *cit.*, nota 78, p. 496. El nuevo ordenamiento chileno “regula una serie de derechos orientados a lograr la plena satisfacción de los intereses de las víctimas durante el transcurso del proceso”. Baytelman y Duce, *Evaluación de la reforma procesal...*, *cit.*, nota 78, pp. 33 y ss.

⁵⁰⁷ *Partida Tercera*, título 4o., ley 1a.

se subraya el cambio de legitimidad del juez en nuestras democracias como que éstas se ven más atraídas por el éxito de su acción que por la norma que la establece”.

El juez, en fin, “se halla cada vez más solo y sin el apoyo de sus bastiones habituales”. Afronta en todo momento desafíos mayores: “la indeterminación creciente de la ley, el aumento de las demandas de justicia, las mutaciones del Estado-intervencionista (*État-providence*) o incluso el antagonismo creciente de los valores”.⁵⁰⁸

Esto, que se ha escrito sobre un grupo de países de Europa occidental, puede reproducirse, *mutandis mutandi*, para nuestra América —al menos Latinoamérica—, pero aquí hay también otros “desafíos mayores”, que provienen de la sociedad heterogénea; de los arduos temas que propone el verdadero acceso a la justicia; del inconstante y fragmentario desarrollo; de cercanas experiencias autoritarias —que no han desaparecido, o que se hallan, expectantes, en el horizonte que miramos y en ocasiones tememos—, en las que tienen lugar protagónico los diversos autoritarismos: estatales o informales; de la fragilidad e insuficiencia de ciertas instituciones que actúan en el terreno de la justicia; en fin, de múltiples datos opresivos de una realidad compleja —por decir lo menos— que plantea inmensos problemas al desempeño de la magistratura, y sobre todo, quizás, de la magistratura penal.

Es regla general del enjuiciamiento que el tribunal ante el que éste se desenvuelve sea independiente, imparcial y competente. Así se estatuye en la regulación internacional⁵⁰⁹ y en la constitucional interna.⁵¹⁰ Para la justicia penal, históricamente agobiada con los “oscuros encargos” del poder, es particularmente importante el rasgo de independencia. Sin ésta, no se justificaría la encomienda exclusiva y excluyente que se hace al magistrado: impartir justicia, y mucho menos la potestad imperiosa del *ius puniendi* concentrado en las manos del juzgador.

⁵⁰⁸ Delmas Marty (dir.), *Procesos penales...*, cit., nota 90, p. 504.

⁵⁰⁹ Declaración Universal, artículo 10; Convención Europea, artículo 6; Pacto Internacional, artículo 14; Convención Americana, artículo 8.1; Carta Africana, artículo 7.

⁵¹⁰ Almirón (Paraguay): estos son “postulados comunes a toda Constitución, pero fácilmente vulnerados en el proceso, a falta de medios adecuados de aplicación y control”. Bolivia, artículo 16.IV; Costa Rica, artículo 39; Ecuador, artículo 199; España, artículo 117.3; Guatemala, artículo 205; Honduras, artículo 90; Nicaragua, artículo 34.2; Panamá, artículo 32; Paraguay, artículo 16; Venezuela, artículo 49.3.

SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO Y ÓRGANOS DE ACUSACIÓN 139

El poder jurisdiccional se ha colocado en un lugar prominente de la revisión practicada en algunos países bajo el rótulo de “reforma del Estado”, encaminada a la reconstrucción de los órganos del poder público y de sus relaciones entre sí y con la sociedad en su conjunto.⁵¹¹ Bien se ha dicho que el monopolio de la justicia se justifica a partir de la independencia de los tribunales. Escribe Gimeno Sendra: hay que dar “una respuesta adecuada a la siguiente pregunta: ¿qué es lo que la sociedad contemporánea reclama de la función judicial?”. Responde: “solución de los conflictos mediante la aplicación imparcial del derecho objetivo”. Y a partir de esta exigencia social “puede inferirse que, en el momento actual, la legitimación de la potestad jurisdiccional estriba en la independencia y sumisión a la ley de quienes hayan de aplicarla, esto es, de los jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial”.⁵¹² Por ello la independencia es “presupuesto de la existencia del Poder Judicial como ‘Poder del Estado’ (Corresponde a) la esencia del sistema democrático la garantía constitucional de un juzgador independiente”.⁵¹³ El tema se ha planteado escasamente ante la Corte Interamericana.⁵¹⁴ A la independencia judicial contribuye, ciertamente, el “ánimo” de la magistratura: más interés en valores profe-

⁵¹¹ Cfr. Carrillo Flórez, Fernando, “Los retos de la reforma de la justicia en América Latina”, en Varios, *Reforma de la justicia penal...*, cit., nota 32, pp. 134-136.

⁵¹² Es así como se legitima la investidura jurisdiccional, ya que no a través de la elección popular. “Independencia del Poder Judicial en Iberoamérica y en Europa” en Varios, *La justicia como garante de los derechos humanos: la independencia del juez*. Unión Europea-Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD), San José, Costa Rica, 1996, p. 43. Si bien el defensor del pueblo no puede interferir en la potestad jurisdiccional, que sería tanto como mellar la independencia del juzgador, “sí puede y debe intervenir —se ha dicho— en el control y supervisión de la administración de justicia, para garantizar incluso la independencia y eficacia que la propia Constitución reclama de este poder”. Rovira Viñas, Antonio, “El derecho a la justicia”, en *id.*, p. 60.

⁵¹³ Dromi, *El Poder Judicial*, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, p. 33.

⁵¹⁴ En un caso se suscitó el problema de la independencia judicial y la separación de poderes a propósito de los miembros de una corte constitucional sometidos a juicio político ante el Poder Legislativo. En la especie no se cuestionó este régimen especial de enjuiciamiento, sino el hecho de que no se hubiera garantizado a los magistrados un debido proceso legal ante un juzgador imparcial: “el Poder Legislativo no reunió las condiciones necesarias de independencia e imparcialidad para realizar el juicio político contra los ... magistrados del Tribunal Constitucional”, lo cual entrañó una violación al derecho a las garantías judiciales, igualmente aplicables en este género de asuntos. *Caso del Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marzano vs. Perú)*, Sentencia de 31 de enero de 2001, párrs. 83-85.

sionales que en legitimidad política,⁵¹⁵ la “despolitización” de la magistratura —quiere decir la “verdadera” despolitización— hace su parte en una genuina independencia.

El juez penal tiene características especiales que lo distinguen de sus colegas de otras especialidades. Hoy día debe ir mucho más a fondo que éstos en el conocimiento de los hechos y de la persona del justiciable; ha de manejar conceptos más complejos y delicados, como los de imputabilidad, culpabilidad e incluso peligrosidad; y debe adoptar, finalmente, decisiones que inciden sobre los bienes jurídicos más preciados del individuo —vida, libertad— y se proyectan sobre las expectativas sociales acerca de la seguridad y la justicia.⁵¹⁶ Por todo ello es preciso acentuar las exigencias de independencia, vocación, integridad, preparación, objetividad e imparcialidad cuando se trata de la magistratura penal.

En materia penal son particularmente inaceptables las ideas de que el tribunal es la “boca que pronuncia las palabras de la ley” y de que “el mejor juez es el que menor arbitrio posee”, que pudieron justificarse cuando los tribunales, desacreditados por su enlace con el poder absoluto, dejaban a los parlamentos la última palabra sobre los derechos y los deberes de los ciudadanos. La doctrina clásica prohijó ordenamientos —que no han desaparecido— destinados a conducir minuciosamente al juzgador en el ejercicio del arriesgado silogismo que se concretaba en la sentencia. Entonces se multiplicaron las previsiones sobre atenuantes y agravantes, distribuidas en sendos grados, con detalladas implicaciones a la hora de adecuar la punibilidad al caso concreto.

Actualmente, los jueces penales tienen que vérselas con reglas de individualización que sólo refieren datos o elementos dignos de consideración, pero no suplen —a la manera de las agravantes y atenuantes tradicionales— la apreciación judicial. Más todavía, con gran frecuencia deben elegir entre diversas sanciones aquella que mejor pudiera convenir al caso *sub judice*, tomando en cuenta los hechos, su gravedad, las circunstancias del agente, la prevención especial e inclusive —lo cual es discutible— la

⁵¹⁵ Cfr. Delmas Marty (dir.), a propósito de la conclusión contenida en el estudio de J. P. Royer, *Procesos penales...*, cit., nota 90, p. 514.

⁵¹⁶ Me he ocupado de esta asunto en mi artículo “El juez penal y la criminología”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1969, núm. III, reproducida en mis *Estudios penales*, Saltillo, Universidad Autónoma de Coahuila, 1982, esp. pp. 283 y ss.

prevención general.⁵¹⁷ Y en determinados casos pueden llevar su arbitrio —que no arbitrariedad o capricho— al punto de excluir la sanción u otorgar el perdón, no obstante haberse demostrado la ilicitud penal de los hechos y la responsabilidad del autor, sin excluyente que elimine el delito.

Evidentemente, aquí se requeriría una legión de “jueces de Berlín”, inmutables a las acechanzas del poder formal, pero también distantes de las solicitudes del poder informal de la opinión pública —al que antes me referí—, que puede exigir al juez decisiones que pugnan con los resultados de una indagación bien hecha o con la puntual aplicación de la ley. Y no se necesitaría menos la formación jurídico-criminológica de los magistrados, que deberán fallar —pero no debieran “fallar”— sobre temas que demandan una cultura de aquella doble calidad. Añádanse a esto suficientes conocimientos de criminalística, no apenas nociones elementales, ciertamente necesarias a pesar de que el tribunal disponga de auxilio pericial. Así las cosas, en este campo cobran máxima importancia los sistemas de selección de los juzgadores, preparación y carrera judicial, en los que se debe tener en cuenta, para establecer las particularidades indispensables, los rasgos característicos de la judicatura penal.

La imagen del juzgador importa a la justicia. Tanto así, que Calamandrei ha sostenido, con frase elocuente: “Los jueces son como los que pertenecen a una orden religiosa. Cada uno de ellos tiene que ser un ejemplo de virtud, si no quiere que los creyentes pierdan la fe”; y agrega: “Tan elevada es en nuestra estimación la misión del juez y tan necesaria la confianza en él, que las debilidades humanas que no se notan o se perdonan en cualquier otro orden de funcionarios públicos, parecen inconcebibles en un magistrado”.⁵¹⁸

Los estudios científicos y de opinión se concentran, sobre todo, en tres aspectos de la actuación del juzgador: confiabilidad, credibilidad y eficacia.⁵¹⁹ Es preciso que sea probo y que la sociedad considere que lo es: lo

⁵¹⁷ El artículo 51 del Código Penal Federal de México estatuye que “cuando se trate de punibilidad alternativa el juez podrá imponer, motivando su resolución, la sanción privativa de libertad cuando ello sea ineludible a los fines de justicia, prevención general y prevención especial”. *Cfr.* mi crítica a esta disposición en *Proceso penal y derechos humanos*, *cit.*, nota 290, pp. 272 y 273.

⁵¹⁸ *Elogio de los jueces...*, *cit.*, nota 198, pp. 261 y 262.

⁵¹⁹ Reis Figueira, Alvaro, y Ferreira da Silva, Carlos Manuel, “Recientes tendencias en la posición del juez. Informe nacional portugués”, en Berizonce, Roberto O. (coord.), *El juez y la magistratura (Tendencias en los albores del siglo XXI)*. *Relatoria general y*

dijimos a propósito del M. P., pero habría que subrayarlo, más aún, cuando se trata del juzgador: la salud de la República necesita la salud de su cuerpo judicial. Nos hallamos, pues, en el áspero terreno del prestigio de la judicatura. Volvamos a la figura enhiesta de los jueces de Berlín. ¿Son la regla en nuestra sociedad? Y algo más: ¿considera el pueblo que lo son? Porque se trata, nada menos, del baluarte de la democracia y del escudo de los derechos del ciudadano...

En otras oportunidades los encuentros de procesalistas han advertido la inquietante realidad: existe una extendida desaprobación social de la judicatura y del sistema de justicia, como se advirtió, no hace mucho tiempo, en una excelente ponencia general del profesor Omar Berizonce.⁵²⁰ Esto acontece por razones de diverso orden; entre ellas, las que derivan del natural rechazo que produce una sentencia adversa,⁵²¹ pero también otros factores de naturaleza estructural —demoras, costos, deficiencias...— y de carácter político jurídico⁵²² o de naturaleza ética.⁵²³

La institución judicial se ha visto sacudida por hechos que la desacreditan y que determinan, inclusive, el enjuiciamiento o la remoción de jueces.⁵²⁴ En algunas encuestas, el sistema de justicia ocupa un bajo sitio

relatorias nacionales. XI Congreso Nacional de Derecho Procesal. XI World Congress on Procedural Law, Viena, Austria, 1999, Rubinzal-Culzoni, Editores, Buenos Aires, 1999, p. 465.

⁵²⁰ Berizonce, Roberto Omar, “Recientes tendencias...”, en Berizonce (coord.), *El juez...*, *cit.*, nota 347, pp. 50 y 51.

⁵²¹ Se espera de los jueces más de lo que pueden dar: una sentencia favorable, y acaso perfecta. *Cfr.* Parodi Remón, Carlos, “Recientes tendencias... Informe nacional peruano”, en Berizonce (coord.), *El juez...*, *cit.*, nota 347, p. 449.

⁵²² *Cfr.* Gómez Colomer, Juan-Luis, “Recientes tendencias... Informe nacional español”, en Berizonce (coord.), *El juez...*, *cit.*, nota 347, p. 342. Para el caso de Italia, en el descenso del prestigio de la justicia figuran los debates entre la magistratura y las fuerzas políticas acerca de las reformas institucionales y la revisión de la Constitución, al lado de la sensación de ineficiencia judicial, el sentimiento de denegación de justicia, el debilitamiento de la certeza jurídica debido a variaciones, a menudo incomprensibles, en la interpretación de normas. *Cfr.* Comoglio, “Ruolo e poteri del giudice in Italia (Ultime riforme e prospettive di evoluzione). Informe nacional italiano”, en *idem*, pp. 407-408.

⁵²³ Sobre este punto, en el caso de Venezuela, *cfr.* Henríquez La Roche, Ricardo, “Recientes tendencias... Informe nacional venezolano”, en Berizonce (coord.), *El juez...*, *cit.*, nota 347, p. 537; y Quintero Tirado, Mariolga, “Recientes tendencias... Informe nacional venezolano”, en *idem*, p. 550, donde la autora señala que el Poder Judicial “no ha escapado a la tormentosa corrupción de la cual ha sido víctima tanto la persona jurídica pública como los que integran la sociedad civil”. Obviamente, el problema no es privativo de ese país, respetable como todos; lo hay en muchos otros; el mío no es excepción.

⁵²⁴ *Cfr.* Dromi, *Los jueces...*, *cit.*, nota 355, p. 139.

SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO Y ÓRGANOS DE ACUSACIÓN 143

en la confianza del público;⁵²⁵ otro tanto se puede decir de los abogados;⁵²⁶ todo ello sin perjuicio de las aisladas excepciones⁵²⁷ y de que ciertas ramas de la judicatura se hallen mejor colocadas en la opinión pública que otras.⁵²⁸

A esto es preciso agregar, de manera muy importante, el desconocimiento que existe sobre la función jurisdiccional, sus posibilidades y limitaciones, así como los prejuicios sembrados por condenas sociales anticipadas. De ahí provienen expectativas que jamás se verán satisfechas. Todo ello milita contra el sistema democrático, porque mina uno de sus pilares: la justicia. El descrédito de los medios públicos de procuración y administración de justicia entraña un doble riesgo: alienta a los autoritarios en su tentación golpista y arma el brazo de la autojusticia. Por ambas vías queda en predicamento la democracia.

⁵²⁵ Víctor Fairén Guillén examina este asunto en el caso de España. Presenta datos recabados por el Centro de Investigaciones Sociológicas. En ellos se observa que la calificación dada a la monarquía, en una escala de 1 a 10, es de 6.72, la más elevada del conjunto; la correspondiente al Defensor del Pueblo, que ocupa el segundo lugar, es de 5.68. Otros organismos o complejos, con calificaciones de 5 o más, son el Ayuntamiento (del pueblo o ciudad del entrevistado), el Parlamento, el gobierno de la (respectiva) Comunidad Autónoma y el Tribunal Constitucional. La calificación para la administración de justicia fue de 3.91. *Cfr.* “Recientes tendencias en la posición del juez. Informe nacional español”, en Berizonce (coord.), *El juez...*, *cit.*, nota 347, pp. 294-295. *Cfr.*, asimismo, Gómez Colomer, “Recientes tendencias... Informe nacional español”, en *idem*, pp. 341 y ss.

⁵²⁶ No sobra recordar que diversas revoluciones triunfantes suprimieron el ejercicio liberal de la abogacía. En esta dramática supresión hubo mezcla de razones y sinrazones: se vio en los abogados a “incómodos” defensores de los derechos individuales; o se les observó como “piedras en el camino del progreso”. O ambas cosas.

⁵²⁷ Una estadística levantada en Portugal por la Universidad Moderna en 1998 permitió conocer que los jueces se hallan colocados en el tercer lugar entre las profesiones merecedoras de confianza por parte del público, sólo después de los profesores y los médicos: en febrero de aquel año, las opiniones favorables alcanzaron el 64.7%, contra el 26.9% de opiniones desfavorables. *Cfr.* Reis Figueira y Ferreira da Silva, “Recientes tendencias... Informe nacional portugués”, en Berizonce (coord.), *El juez...*, *cit.*, nota 347, p. 466. Acerca del buen concepto sobre la administración de justicia (más la superior que la inferior, y la civil que la penal) en Uruguay, *cfr.* Greif, Jaime, “Recientes tendencias... Informe nacional uruguayo”, en *idem*, pp. 485-486.

⁵²⁸ Sobre este fenómeno, en México, *cfr.* Ovalle Favela, José, “Recientes tendencias... Informe nacional mexicano” en Berizonce (coord.), *El juez...*, *cit.*, nota 347, pp. 423 y ss. El autor subraya el caso de la justicia de amparo, que figura dentro de las atribuciones de los órganos del Poder Judicial federal.

Varias Constituciones nacionales señalan que la justicia emana del pueblo y se administra por el Poder Judicial,⁵²⁹ con lo cual se mitiga, hasta cierto punto, el problema muchas veces mencionado que rodea a órganos de la soberanía que no tienen —a diferencia del Ejecutivo electo o de los miembros del Poder Legislativo— el sustento del sufragio, que por lo demás es sumamente cuestionado cuando se trata de los titulares de la jurisdicción.

Asimismo, las leyes fundamentales suelen establecer el principio del juez natural,⁵³⁰ excluir los juicios por comisión —esto es, a través de tribunales excepcionales, *ad hoc*— y exigir que las causas sean llevadas ante tribunales preexistentes,⁵³¹ para evitar los atropellos que pudieran derivar de órganos *ex post*, instalados a modo de condenar o absolver, según se pretenda. La aplicación de sanciones por los delitos cometidos corresponde a los tribunales competentes. Aquí operan los principios *nulla poena sine iudicio* y *nemo iudex sine lege*.

La exigencia de juez natural se halla vinculada con el concepto de juez independiente, imparcial y competente, acogido por el derecho internacional de los derechos humanos⁵³² y aplicado en el orden nacional.⁵³³ No sería natural el tribunal que careciera de competencia para conocer del

⁵²⁹ Argentina, artículo 22; Cuba, artículo 120; España, preámbulo y artículo 117.1; Honduras, artículo 303; Nicaragua, artículo 158; Perú, artículo 138; República Dominicana, artículo 2; Venezuela, artículo 253.

⁵³⁰ Almirón (Paraguay): “en virtud del principio de exigencia del juez natural, la sentencia del tribunal competente, designado con anterioridad conforme a la Constitución y las leyes, es la única fuente legítima para limitar definitivamente la libertad de las personas”.

⁵³¹ Argentina, artículo 18; Bolivia, artículo 14; Brasil, artículo 5, LIII; Costa Rica, artículo 35; Chile, artículo 19.3o; Ecuador, artículo 24.11; Guatemala, artículo 12; Honduras, artículo 122; Nicaragua, artículo 34.2; Paraguay, artículo 17.3; Perú, artículo 139.3; Uruguay, artículo 19; Venezuela, artículo 49.4. Igualmente, se prohíbe extraer la causa del conocimiento de los tribunales predeterminados por la ley: Argentina, *idem*; Bolivia, *idem*; Brasil, *idem*; Costa Rica, artículo 155; Chile, *idem*; El Salvador, artículo 15; Guatemala, *idem*; Haití, artículo 42; Honduras, artículo 90; Nicaragua, artículo 34.3; Paraguay, *idem*; Panamá, artículo 32; Venezuela, *idem*. Asimismo la Declaración Americana en su artículo XXVI señala que “toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes, y a que no se le impongan leyes crueles, infamantes o inusitadas”.

⁵³² Convención Americana, artículo 8.

⁵³³ Cassel (Estados Unidos): la norma constitucional sobre debido proceso implica que el juez sea imparcial (*In re Murchison*, 1955; *U.S. v. Diaz*, 1986).

SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO Y ÓRGANOS DE ACUSACIÓN 145

asunto planteado, restricción que lleva, por supuesto, al examen de ciertos supuestos sustanciales para la atribución de competencia. Esto así, para evitar que un simple ajuste normativo pudiera subvertir aquella restricción y rescatar formalmente lo que materialmente sería inadmisibile.

Ha sido importante, en la experiencia de algunos países y de la justicia internacional sobre derechos humanos, el tema de la jurisdicción militar, que se analiza tanto en lo que corresponde a su alcance material y profesional, como en lo que atañe a su ejercicio sobre civiles en asuntos que no entrañan delitos de función.⁵³⁴ Las Constituciones americanas, así como la española, se ocupan en el llamado fuero de guerra o castrense en términos crecientemente restrictivos.⁵³⁵ Con frecuencia se consagra solamente para las causas del derecho militar —que a su vez posee un debatido ámbito de validez material y personal— cuando los inculpados son miembros en activo de las fuerzas armadas. El enjuiciamiento de civiles por órganos jurisdiccionales militares contraviene los derechos humanos de los justiciables,⁵³⁶ en concepto de la Corte Interamericana. Por una parte, no se trataría de un tribunal competente en función de las personas y de la materia; por otra, no sería un tribunal imparcial. Esto se ha visto en algún país, de cuya experiencia se da cuenta en una ponencia nacional.⁵³⁷

La CorteIDH ha reprobado el traslado de competencia del orden común al militar, traslado que desconoce la finalidad y el objeto natural de la justicia castrense: delitos y faltas del orden militar, es decir, de función.

⁵³⁴ El tema ha sido ampliamente explorado en América Latina. A este respecto, *cf.* los trabajos sobre esta materia elaborados o reunidos por el Centro de Investigación de la Universidad Diego Portales, que figuran en Mera Figueroa, Jorge (ed.), *Justicia militar y Estado de derecho*, Chile, Cuadernos de Análisis Jurídico, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, 1998.

⁵³⁵ Argentina (por delitos estrictamente militares; *caso Espina, fallos*: 54.577; *cit.* Quiroga Lavié, en “Estudio...”, en *Las constituciones...*, *cit.*, nota 19, p. 55); Brasil, artículo 42.7 y 42.8; Colombia, artículo 221; Chile, artículos 79 y 80 A; Ecuador, artículo 134; El Salvador, artículo 216; España, artículo 117.5; Estados Unidos (enmienda V); Guatemala, artículo 219; Haití, artículo 267.3; Honduras, artículos 90 y 91; México, artículo 13; Nicaragua, artículo 93; Paraguay, artículo 174; Perú, artículos 139.1, 141 y 173; Uruguay, artículo 253; Venezuela, artículo 261.

⁵³⁶ En este sentido hay abundante doctrina. Sobre el punto, recientemente, *cf.* Sanguino Sánchez, Jesús María, “Garantía del debido proceso”, *XXII Congreso Nacional...*, *cit.*, nota 40, t. I, pp. 272 y 273.

⁵³⁷ *Cfr.* Quiroga León (Perú). Al establecerse el juicio de civiles en el fuero militar, “se estaba vulnerando el derecho fundamental al juez natural, y viéndose de esta manera el juzgamiento de aquellos inculpados por delitos tan graves como el terrorismo”.

“Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia”.⁵³⁸ La misma idea figura, en buena medida, en los estándares judiciales adoptados por las Naciones Unidas.⁵³⁹

Además, la CIDH ha cuestionado, por contravenir el principio de independencia e imparcialidad, el juzgamiento de civiles por órganos de las fuerzas armadas que tienen a su cargo el combate a ciertas actividades delictuosas desarrolladas por los justiciables.⁵⁴⁰ La incompetencia de los tribunales militares para enjuiciar a civiles abarca la hipótesis en que el imputado sea militar en retiro.⁵⁴¹ Finalmente, se rechaza la intervención de los denominados “jueces sin rostro”,⁵⁴² independientemente del orden jurisdiccional en el que figuren.

⁵³⁸ “La Corte advierte que la jurisdicción militar ha sido establecida por diversas legislaciones con el fin de mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas. Inclusive, esta jurisdicción funcional reserva su aplicación a los militares que hayan incurrido en delito o falta dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias ... El traslado de competencias de la justicia común a la justicia militar y el consiguiente procesamiento de civiles por el delito de traición a la patria en este fuero, supone excluir al juez natural para el conocimiento de estas causas”. CIDH, *Caso Castillo Petrucci...*, *cit.*, nota 110, párr. 128.

⁵³⁹ El Estado no debe crear “tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios”. *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura*, confirmados por la Asamblea General de Naciones Unidas, en las resoluciones 40/32, de 29 de noviembre de 1985, y 40/46, de 13 de diciembre del mismo año.

⁵⁴⁰ “En el caso en estudio (un asunto relativo a la lucha contra guerrilla y terrorismo), las propias fuerzas armadas inmersas en el combate contra los grupos insurgentes, son las encargadas del juzgamiento de las personas vinculadas a dichos grupos. Este extremo mina considerablemente la imparcialidad que debe tener el juzgador. Por otra parte, de conformidad con la Ley Orgánica de la Justicia Militar, el nombramiento de los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, máximo órgano dentro de la justicia castrense, es realizado por el ministro del sector pertinente. Los miembros del Consejo Supremo Militar son quienes, a su vez, determinan los futuros ascensos, incentivos profesionales y asignación de funciones de sus inferiores. Esta constatación pone en duda la independencia de los jueces militares”. *Caso Castillo Petrucci...*, *cit.*, nota 110, párr. 130.

⁵⁴¹ En la hipótesis de un proceso seguido ante un órgano de la justicia militar, se observó que el quejoso “tenía, al tiempo en que se abrió y desarrolló ese proceso, el carácter de militar en retiro, y por ello no podía ser juzgado por los tribunales militares”. Así, se violó el derecho de la persona a ser oído por un tribunal competente. CIDH, *Caso Cesti Hurtado, Sentencia de 29 de septiembre de 1999*, Serie C, núm. 56, párr. 151.

⁵⁴² La “circunstancia de que los jueces intervinientes en procesos por delitos de traición a la patria sean ‘sin rostro’, determina la imposibilidad para el procesado de conocer

En el enjuiciamiento penal, los juzgadores asumen diversas encomiendas que se desarrollan en las distintas etapas del procedimiento. Hoy no se favorece la existencia de juzgadores “multifuncionales”, esto es, de aquellos que tienen a su cargo actividades de instrucción y atribuciones de juzgamiento y sentencia. Deben ser diferentes los jueces que intervienen en el procedimiento preparatorio —si tal es el caso—, la etapa intermedia y el juicio. Así se reconoce en algunas legislaciones.⁵⁴³

En primer término, y como antes señalé, cabe la posibilidad de que una autoridad judicial instruya el procedimiento, realizando a tal efecto actividades de investigación hasta que se hallen definidos, merced a esa actividad, los extremos de los que depende la acusación, así como el ingreso a una nueva etapa de conocimiento jurisdiccional. Los actos del instructor, en estos casos, no son propiamente jurisdiccionales, sino preparatorios; tienen carácter policial o administrativo.⁵⁴⁴ En varios países subsiste el juez de instrucción, a cargo de las investigaciones: dirige la instrucción y conduce y supervisa las actividades de la policía.⁵⁴⁵ Esta es la tarea de “un

la identidad del juzgador y, por ende, valorar su competencia. Esta situación se agrava por el hecho de que la ley prohíbe la recusación de dichos jueces”. *Caso Castillo Petrucci, cit.*, nota 110, párr. 133.

⁵⁴³ Gadea (Costa Rica).

⁵⁴⁴ Cfr. Alcalá-Zamora, “El antagonismo juzgador-partes...”, en *Estudios...*, *cit.*, nota 129, t. I, pp. 268-269. Sobre el proceso preliminar penal y su naturaleza, *cfr.*, de este autor, “En torno a la noción de proceso preliminar”, en *id.*, pp. 487 y ss.

⁵⁴⁵ Así, en Perú, informa Quiroga León. El artículo 49 del Código de Procedimientos Penales señala: “El juez instructor es el director de la instrucción. Le corresponde como tal la iniciativa en la organización y desarrollo de ella”. Esa dirección, señala el autor citado, “es un reflejo del modelo inquisitivo al que se encuentra vinculado nuestro ordenamiento procesal penal”. Asimismo, Quiroga menciona la existencia de una etapa preliminar o policial de la investigación, que conduce el Ministerio Público a través del fiscal. En Argentina también subsiste —como un sistema, al lado de otros— la actividad instructoria del juez. En el derecho procesal de este país —señala Bertolino— “la cuestión central sobre las actividades de investigación, antes que por cualquier otra, ha pasado, y pasa aún, por la figura del clásico ‘juez de instrucción’, notoriamente munido de amplias facultades para aquellas actividades”. En México —menciona Zamora Pierce— los jueces penales instruyen el proceso y asumen el conocimiento y la sentencia (es pertinente tomar en cuenta que en México la “instrucción del proceso” no equivale a la investigación de otros sistemas de enjuiciamiento penal. Dicha instrucción se desarrolla dentro del proceso de conocimiento, una vez que ha concluido la investigación —denominada “averiguación previa”— que se halla asignada íntegramente al Ministerio Público y tras de que éste ha ejercitado la acción penal).

‘hombre orquesta’ —escribe Mireille Delmas-Marty—, ya que él solo acumula las funciones de policía, fiscal y juez”.⁵⁴⁶

Entre los países comprendidos por este panorama, España se distingue en orden a la actuación del juez instructor,⁵⁴⁷ que conduce el sumario⁵⁴⁸ y se halla a cargo, por lo tanto, de la investigación. Por su parte, el Ministerio Público tiene amplia participación en el periodo sumarial.⁵⁴⁹ El juez puede adquirir el conocimiento de los hechos e iniciar su investigación a través de actos de terceros —así, denuncia y querrela— o por iniciativa propia; esto último constituye, se ha dicho, una expresión de inquisitividad en el proceso; la jurisprudencia constitucional no ha compartido este criterio.⁵⁵⁰

⁵⁴⁶ La figura del juez instructor, que no existió en el Reino Unido ni en Dinamarca, ha sido abandonada en Alemania, desde 1975, y en Italia, con el nuevo Código de 1989, que instituye el juez de investigaciones criminales (GIP), con funciones jurisdiccionales, y encomienda la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal. *Cfr.* “El proceso penal en Europa: perspectivas”, trad. Pablo Morenilla Allard, en *Poder Judicial*, núm. 37, 1995, p. 84.

⁵⁴⁷ *Cfr.* Armenta Deu, *Lecciones...*, *cit.*, nota 22, pp. 139 y ss.

⁵⁴⁸ El artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España señala que “constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que pueden influir en su calificación, y la culpabilidad de los delinquentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos”.

⁵⁴⁹ “El Ministerio Fiscal ostenta en la fase sumarial una situación claramente privilegiada como órgano público y acusador oficial. Le corresponde, en este sentido, una función inspectora del transcurso de este periodo procesal (artículos 306.I, II y III, y 308, LECrim), así como no le afecta la declaración de secreto del sumario (artículo 302 LECrim). Desde una segunda perspectiva, como parte pública, interviene desde el inicio en el sumario, proponiendo todas las diligencias que considere oportunas. Y recuérdese aquí que tal petición es vinculante (artículo 380.2.I LECrim), en tanto la proveniente de las restantes partes acusadoras se somete a la decisión del juez (artículo 780.2.II, LECrim)”. Armenta Deu, *Lecciones...*, *cit.*, nota 22, p. 144.

⁵⁵⁰ Armenta Deu (España): la sentencia 41/1998 del Tribunal Constitucional, como anteriormente la 32/1994, señala que “el artículo 24 de la Constitución no impone un único sistema para la persecución de los delitos y para evitar la apertura de juicios orales por acusaciones sin fundamentos. El modelo del juez de instrucción pasivo, que se limita ... podría perfectamente ser uno de ellos. Como también podía serlo el del juez de garantías ... Mas también se ajusta a la Constitución el modelo vigente, en el cual es el juez quien dirige la investigación criminal ... La opción entre éstos u otros modelos de justicia penal corresponde al Legislador, que puede configurar el sistema que resulte más conveniente para la satisfacción de los intereses públicos, siempre que respete los derechos fundamentales de las personas afectadas”. En Europa, la polémica “se halla en efervescencia”, señala Fairén Guillén, quien opta, como ya mencioné por la subsistencia del régimen de juez instructor. *Cfr. Estudios de derecho procesal...*, *cit.*, nota 432, t. III, pp. 25 y 187.

SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO Y ÓRGANOS DE ACUSACIÓN 149

En concepto de muchos —ya hemos visto, por ejemplo, las consideraciones que figuran en la exposición de motivos del CM—, las atribuciones investigadoras del juzgador mellan las facultades naturales de un órgano judicial y entran en conflicto con el principio acusatorio y el sistema que se construye a partir de éste.⁵⁵¹ se concentrarían en el órgano jurisdiccional funciones diversas, incompatibles entre sí, y quedaría en predicamento la imparcialidad judicial.⁵⁵² En algún caso, no obstante la atribución al M. P. de facultades investigadoras, se ha previsto cierta actividad indagatoria por parte de la autoridad jurisdiccional.⁵⁵³

En el gran balance de la cuestión, siguen militando las consideraciones relativas a la distinción de funciones derivada de la separación de poderes —y de su lógica político-funcional— y se abre paso la pertinencia de poner en manos del M. P. la investigación y reservar al juez, naturalmente, la jurisdicción,⁵⁵⁴ de esta suerte se reconstruye el panorama de la investigación.⁵⁵⁵ Es que el juez, “encerrado entre dos fuegos, la necesidad de averi-

⁵⁵¹ Cfr. Armenta Deu, *Principio acusatorio...*, cit., nota 22, pp. 31 y ss.

⁵⁵² Cfr. el parecer de Ennio Amodio sobre esta materia, en *Processo penale...*, cit., nota 34, pp. 99 y ss. y 220 y ss. Dificilmente puede asignarse al juez instructor la función de “defensor de los intereses de la sociedad” y exigirle, al mismo tiempo, la imparcialidad característica de un juzgador. *Id.*, p. 107. “(L)a figura del juez de instrucción, tanto recopilando pruebas como resolviendo conflictos constitucionales, implica una clara violación a la imparcialidad que se requiere de los jueces en (la) etapa preparatoria. Ello se supera encomendando la investigación preparatoria a los fiscales y reservando para los jueces la competencia de juez de la Constitución”. Superti, Héctor Carlos, “Imparcialidad del juez. Los poderes del órgano jurisdiccional”, *XXII Congreso Nacional...*, cit., nota 40, t. II, p. 288.

⁵⁵³ Assis Moura (Brasil): es dudosa la constitucionalidad del artículo 3 de la ley 9.034, de 3 de mayo de 1995 —“sobre el empleo de medidas operativas para la prevención y la represión de acciones realizadas por organizaciones criminales”—, que permite al juez realizar investigaciones personalmente. Esa norma fue impugnada por la Asociación Nacional de Delegados de la Policía, mediante acción directa de inconstitucionalidad ante el Supremo Tribunal Federal (ADI 1.517); este órgano denegó la demanda, liminarmente, por falta de legitimación activa del demandante. Por ello no se llegó a establecer el criterio de la jurisdicción federal con respecto al fondo de este asunto.

⁵⁵⁴ En Francia existe “la voluntad de dar garantías de independencia a la fiscalía al tiempo que se le confía la dirección de las investigaciones y concediendo más medios a la defensa. Por el contrario, el juez italiano, desde que ha sido liberado de las tareas de investigación, haciéndolo más neutral en un debate en el que se enfrentan el fiscal y la defensa, ha tomado poco a poco un papel más importante desde la post-reforma”. Delmas Marty (dir.), *Procesos penales...*, cit., nota 90, pp. 517 y 518.

⁵⁵⁵ Se modifica, pues, el panorama que tuvo a la vista Clariá Olmedo cuando refirió que “el órgano de la investigación cumplida para dar base a la acusación es, como regla,

guar la verdad y su labor judicial de protector de las garantías ciudadanas, papeles contrapuestos, que se pretende jueguen a un mismo tiempo, culmina por diluir las funciones que le son adjudicadas, cumpliendo en forma ineficiente ambas tareas”.⁵⁵⁶ En la decisión pesan, claro está —como he manifestado a propósito de diversas cuestiones abordadas en este panorama—, las tradiciones y las experiencias nacionales.

Si se excluye la figura jurisdiccional de la tarea investigadora, en sí misma —por las razones que ya expuse y conforme al argumento de que “nadie es buen guardián de sus propios actos, esto es, quien está comprometido con la eficiencia de una investigación no puede ser, al mismo tiempo, quien controla el límite de sus poderes”—,⁵⁵⁷ se le consolida para otros propósitos, estrictamente jurisdiccionales. El primero de ellos, ampliamente aceptado en el derecho de los países a los que se refiere este trabajo, es el control sobre la constitucionalidad, legalidad o legitimidad —como se prefera, a la luz de las condiciones especiales que prevalezcan en cada caso— de los actos realizados por el Ministerio Público y sus auxiliares.

En ese sentido, el juzgador actúa como jurisdicción de garantía⁵⁵⁸ que evita desbordamientos —que siempre acechan— en la tarea de investiga-

un funcionario investido de potestad jurisdiccional. Excepcionalmente, algunos códigos modernos atribuyen esa función investigativa, en forma abreviada, a un representante del Ministerio Fiscal, vale decir al mismo órgano público de la acusación”. *Tratado...*, *cit.*, nota 31, t. VI, 1967, p. 57.

⁵⁵⁶ Maier, “Democracia y administración de justicia...”, en Varios, *Reformas procesales...*, *cit.*, nota 70, p. 42.

⁵⁵⁷ Instituto Iberoamericano..., “Exposición de Motivos”, en *Código Procesal...*, *cit.*, nota 33, p. 23.

⁵⁵⁸ En Argentina —señala Bertolino— los jueces de garantía, bajo esta u otra denominación, “en lo técnico, actúan como custodios del ‘debido proceso legal’ ... y ... en la práctica se suelen presentar ‘zonas de confusión’ entre sus incumbencias y las facultades investigadoras de los fiscales”. Su “función principal es asegurar la vigencia del ‘debido proceso’, a través de la efectiva vigencia de las garantías fundamentales en las etapas en que interviene” (Bertolino, *El juez de garantías en el Código de procedimientos Penales de Buenos Aires*, 2000). La misión decisoria del juzgador, con incidencia sobre relevantes cuestiones del enjuiciamiento, se amplía notablemente cuando los jueces cuentan con atribuciones de control de constitucionalidad como ocurre en Argentina, bajo el régimen de control difuso. Como resoluciones de suma relevancia dictadas por jueces ordinarios, aquel autor menciona la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley provincial de Buenos Aires que restringió la excarcelación, por ignorar la presunción de inocencia y establecer una pena adelantada, y la declaratoria de inconstitucionalidad del juicio abreviado. En Brasil —consigna Assis Moura— el juez controla la actuación del M. P. cuando éste solicita el archivo del caso, aunque finalmente resuelve

ción y autoriza actos cuya naturaleza, relevancia y trascendencia los colocan naturalmente fuera del alcance de la autoridad policial, ministerial —por Ministerio Público o Fiscal— o genéricamente administrativa, y dentro del ámbito de atribuciones regulares, constitucionales inclusive, de los órganos jurisdiccionales: adopción de medidas que implican restricciones importantes al ejercicio de las libertades individuales: detención, allanamiento, intervención de comunicaciones, aseguramiento de bienes, etcétera,⁵⁵⁹ así como práctica anticipada de la prueba —sobre la que en algunos países se suscitan diversas cuestiones—⁵⁶⁰ que, en principio, debiera desahogarse en el periodo de juicio. Nada de esto implica examen o decisión alguna sobre el fondo del asunto, y ni siquiera sobre la pertinencia de lle-

el Procurador General, y provee otras resoluciones vinculadas con derechos constitucionales del inculcado. En Costa Rica —informa Gadea—, el juez es “garante de los derechos de las partes durante todas las etapas del proceso ... velando que se respeten las garantías constitucionales y los derechos de ambas partes” . En Estados Unidos, durante las fases del enjuiciamiento anteriores a la etapa de juicio en sentido estricto —informa Cassel— , la investigación se realiza por funcionarios del Ejecutivo “bajo supervisión del juez para efectos de control legal y de garantizar los derechos del inculcado”. En Paraguay (Almirón) “queda reservada para el juez la tarea de autorizar o tomar decisiones, pero nunca de investigar ... los jueces (tienen) la responsabilidad de vigilar y controlar (la) investigación”. En Colombia (Vásquez Rivera y Jiménez Jaramillo) el acto legislativo 003 del 19 de diciembre de 2002 coloca entre las atribuciones de los jueces de garantía la encomienda de dictar medidas de aseguramiento de personas y resolver sobre la facultad de acusar o precluir investigaciones, potestades que el Código de Procedimiento Penal asigna a la Fiscalía General. Sobre el rol del juez de garantía en la etapa de investigación, *cfr.* Duce y Riego, *Introducción al nuevo sistema...*, *cit.*, nota 78, pp. 217 y ss.

⁵⁵⁹ Al explicar las facultades ministeriales y judiciales en el procedimiento preparatorio, la Exposición de Motivos del CM comenta: “Se ha colocado ... dentro de las atribuciones de los jueces, dos 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, personales o referidas a la obtención de elementos de prueba (ej.: allanamiento de morada, interceptación y apertura de correspondencia o comunicaciones, etcétera), los que habilitan la intervención de distintas personas en el procedimiento (actor civil, tercero civilmente demandado, querellante) y las decisiones que extinguen o imposibilitan el ejercicio de la acción penal o civil. 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 de prueba)”. *Id.*, p. 23.

⁵⁶⁰ Bertolino (Argentina) se refiere a los problemas que la “prueba anticipada” plantea para la intervención de las partes, y a los puntos de constitucionalidad que se suscitan a propósito de la “incorporación por lectura”.

varlo a juicio cuando la investigación concluya y conforme a los datos que ésta arroje.⁵⁶¹

El segundo propósito al que sirve la presencia de un juzgador en el procedimiento anterior al juicio es la atención de las cuestiones que derivan de la etapa preparatoria y preceden —y condicionan, asimismo— la fase de juicio y el pronunciamiento de sentencia. En este orden, habría dos soluciones practicables, semejantes a las que existen a propósito de la investigación precedente. Una de ellas consiste en dejar que el Ministerio Público adopte por sí mismo, en el desempeño extremo de su facultad de ejercicio de la acción, las decisiones que estime pertinentes, promoviendo el juicio o cerrando la posibilidad de hacerlo, sin injerencia de autoridad judicial. En este supuesto, el M. P. valoraría su propia actividad indagatoria y asumiría responsabilidades de carácter cuasijurisdiccional, o de plano jurisdiccional si la decisión de cierre tiene efectos definitivos.⁵⁶²

⁵⁶¹ Desde luego, en el orden de la tutela de los derechos y garantías hay que tomar en cuenta los instrumentos de garantía con alcance más general, que aparejan la posibilidad de fijar conceptos de gran relevancia para el enjuiciamiento penal. Bertolino (Argentina) describe, en su comunicación nacional, las características de la llamada “sentencia arbitraria”, recurso extraordinario federal, previsto en el artículo 14 de la Ley nacional núm. 48, que procede ante la Corte Suprema de la Nación. Al respecto, cita un “*dictum*” emanado del caso *Santillán*: “El artículo 18 de la Constitución nacional exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia pronunciadas por los jueces naturales, dotando así de contenido constitucional al principio de bilateralidad, sobre cuya base el legislador está sujeto a reglamentar el proceso criminal”. Además, la Corte Suprema se ha pronunciado, por la misma vía, con respecto a agentes encubiertos, *reformatio in peius*, detención de personas, inviolabilidad del domicilio y papeles privados, presunción de inocencia y rapidez del proceso penal. Como referencia bibliográfica, el ponente nacional menciona Carrió, Genaro, *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, 2a. ed., 1978, y *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 3a. ed., 1994.

⁵⁶² La exposición de motivos del CM critica esta solución, que otorga al Ministerio Público “un poder absoluto sobre la persecución penal, a la vez que una facultad de decisión: cuando el Ministerio Público concluye por el sobreseimiento (absolución anticipada), o bien determina directamente la obligación del juez de sobreseer, o bien su dictamen implica una revisión por el superior jerárquico que, si coincide con su inferior, determina el deber del juez de dictar el sobreseimiento, a pesar de su desacuerdo. Se renuncia de esta manera al control de la legalidad de los actos del Ministerio Público por los órganos jurisdiccionales, para privilegiar su decisión sobre la de los tribunales”. Tampoco es conveniente —señala la *exp. de mot.*— “renunciar al control sobre la acusación que provoca directamente el juicio, o, en el mejor de los casos, a posibilitar su control a instancia del imputado”. *Id.*, p. 24.

SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO Y ÓRGANOS DE ACUSACIÓN 153

La otra solución practicable es reconocer que persiste una cuestión debatible, al menos en principio, y que la potestad de resolverla corresponde a la jurisdicción, la cual debe analizar los resultados de la investigación y decidir si son bastantes para elevar el asunto a juicio, si deben ser ampliados en virtud de esta misma posibilidad o si procede cerrar el caso por haberse descartado los indicios de criminalidad existentes y no ser posible allegarse nuevos datos en sentido diferente, esto es, sobreseer —jurisdiccionalmente, no administrativamente, como ocurre cuando es el Ministerio Público quien adopta esta determinación—⁵⁶³ y evitar un juicio que a todas luces resultaría innecesario, conforme a la valoración objetiva de un órgano que no ha practicado la investigación, por una parte, y que ostenta atribuciones jurisdiccionales, por la otra.⁵⁶⁴ A este examen se destina la etapa intermedia del enjuiciamiento,⁵⁶⁵ a la que me he referido anteriormente.

⁵⁶³ Gadea (Costa Rica) manifiesta que con la audiencia de la fase intermedia se busca “evitar juicios inútiles, por carecer la acusación de elementos de prueba o porque para el caso, existen alternativas a la prosecución penal”. En el sistema peruano —informa Quiroga León— la consideración del fiscal superior en el sentido de no haber mérito para pasar a juicio oral, puede ser rechazada por la sala, que en tal caso ordenaría la ampliación de la instrucción.

⁵⁶⁴ Gadea (Costa Rica): esta etapa “tiene como fin la ‘corrección o saneamiento formal’ de los requerimientos o actos exclusivos de la investigación. Consiste en una ‘discusión preliminar’ sobre las condiciones de fondo de cada uno de los actos o requerimientos conclusivos. Es la etapa dedicada a controlar los requerimientos fiscales y la acusación”. Almirón (Paraguay): se trata de un “filtro de garantías”, de manera que “la causa que va a juicio se encuentre debidamente saneada o convalidada”. En “esta fase se verifica la decisión sobre la apertura o no a juicio, se fija el objeto del proceso y se establecen los límites de la acusación ... tiene su significado esencial en la función de control negativo, con el fin de analizar si existe una sospecha suficiente para imputar a una persona el hecho punible investigado”. La exposición de motivos del CM, que acoge este sistema, explica al respecto que “un tribunal controla el requerimiento de apertura del juicio, sin encontrarse vinculado a los dictámenes del Ministerio Público, por tanto, con facultades para sobreseer (absolver anticipadamente) o modificar la acusación. Llevar a cabo este control sólo a instancia del imputado, significa confiar el interés que la administración de justicia estatal tiene en la realización de juicios correctos a un interés particular, no siempre coincidente con aquél. Por otra parte, tampoco se prescinde del control jurisdiccional sobre la legalidad de la conclusión del Ministerio Público, en el sentido de clausurar anticipadamente la persecución penal”; por ello, el proyecto de CM “confía también al tribunal del procedimiento intermedio el control de esta conclusión del Ministerio Público sobre su investigación, con facultades para provocar la apertura del juicio, ordenando que el fiscal acuse o modifique el contenido de su acusación”. *Id.*, p. 25.

⁵⁶⁵ Armenta Deu (España): “es un periodo bifronte que mira, de un lado, a la instrucción, para resolver sobre su correcta clausura, y de otro, a la fase de juicio oral, determi-

En el estudio del procedimiento intermedio queda viva, desde luego, la controvertida posibilidad de que el sobreseimiento no tenga efectos definitivos, sino provisionales, temporales, de manera indefinida —salvo la prescripción, claro está— o sea firme y conclusivo del enjuiciamiento. El CM acepta una clausura provisional, para atender adecuadamente los casos —que en la realidad no son pocos— en que no hay prueba suficiente para tener acceso al plenario, ni para descartar de plano la existencia de un delito y/o la responsabilidad penal de cierta persona, pero es posible allegarla.

A las etapas descritas sigue el periodo de juicio, en sentido estricto —si prescindimos del hecho obvio de que todas las etapas anteriores entrañan alguna forma de juicio, tanto lógico como jurídico, pero ninguno de ellos es decisivo—, que se desarrollará ante el tribunal competente para resolver en definitiva. Éste puede ser diferente de los que intervinieron antes, sea para asegurar la buena marcha de la investigación, sea para resolver la elevación a plenario.⁵⁶⁶ Existe la tendencia a colocar al juez de conocimiento y sentencia en una posición distante de las partes, atento y reflexivo, o dicho de otra forma, a “que sea menos activo, más objetivo e imparcial”.⁵⁶⁷ Tiene ventajas esta situación del juzgador, consecuente con el sistema acusatorio; pero también suscita problemas en orden a la obtención de la verdad. Satisface las virtudes implícitas en la figura de la justicia con los ojos vendados, pero también es vulnerable a la crítica que Radbruch dirigió a esta expresión, inicialmente burlesca, de una liturgia judicial que difícilmente se aviene a las exigencias de una auténtica justicia.⁵⁶⁸

nando que debe desarrollarse ... La principal función que cumple la etapa intermedia es ... decidir si la acusación parece fundada o verosímil, de manera que pueda tenerse como probable la imposición de una pena ... cumple una misión de integración y revisión del material instructor”. *Lecciones...*, cit., nota 22, pp. 222-225.

⁵⁶⁶ Assis Moura (Brasil): generalmente, el juez de garantía es también juez de conocimiento y sentencia. En algunos casos son diferentes estos juzgadores: así, en São Paulo, donde los jueces del Departamento de Investigaciones Policiales (DIPO) (Departamento de Inquéritos Policiais) ejercen las atribuciones de garantía y otros juzgadores, conforme a criterios de competencia territorial, asumen el conocimiento.

⁵⁶⁷ Gadea (Costa Rica). Cassel informa, con respecto a Estados Unidos, que “el juez tiene el rol solamente de ser árbitro neutral, de adjudicar y no de investigar”. Almirón (Paraguay): “La nueva estructura general del proceso penal, define en forma mucho más precisa los roles de los sujetos públicos intervinientes, procurando que el órgano jurisdiccional deje de ser un protagonista activo y oficioso de la búsqueda de la verdad sobre la acusación y se traslade esta responsabilidad sólo al acusador”.

⁵⁶⁸ *Introducción a la filosofía del derecho*, trad. Wenceslao Roces, Fondo de Cultura Económica, 1a. ed., México, 1978, p. 141.

SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO Y ÓRGANOS DE ACUSACIÓN 155

Es en esta etapa central del enjuiciamiento donde se halla en juego el destino de los bienes jurídicos del inculpado y donde, por lo tanto, se extreman los derechos y garantías de aquél, así como los principios y las formas garantizadoras del proceso a las que antes me referí. A este juzgador, sobre todo, se refiere la extensa regulación constitucional e internacional que confiere a la magistratura, y no a otros agentes del Estado, la posibilidad de privar a un individuo de los derechos que esa misma ordenación reconoce a todas las personas.

Ya me he referido a las características, en general, de los titulares del poder jurisdiccional del Estado y a la imagen pública de éstos. Ahora conviene señalar la diversa composición que puede tener un órgano jurisdiccional: sea con participación de miembros del pueblo (jurado), sea con magistrados permanentes y profesionales, sea con integración mixta: magistrados profesionales y miembros de la comunidad (escabinos). Todos estos sistemas han sido ampliamente practicados. No son pocos los países que cuentan con experiencias sobre el jurado y la magistratura profesional y que pueden nutrir sus decisiones finales, por lo tanto, con los datos de esa experiencia suficiente y aleccionadora.

Algunas Constituciones mantienen la referencia al jurado, cuya tradición es más que milenaria: tiene raíz dondequiera que el pueblo participa directamente en el desempeño de la jurisdicción, desde las asambleas de sentencia hasta la *provocatio ad populum*, que implican, en fin de cuentas, alguna forma del juicio por los pares que proclamó, en su propia circunstancia, la carta magna.⁵⁶⁹ La persistencia del jurado se explica por su fuerte vinculación con la libertad de los individuos frente al poder público y la democracia. Montesquieu propuso la importación al Continente de ciertas experiencias —reales o supuestas— que habían arrojado benéficos efectos en Inglaterra: una de ellas era el jurado; otra, la erradicación del tormento; una más, la racionalidad de la sanción, conforme a la gravedad del delito cometido; y finalmente, el relevo de las penas crueles y el abatimiento de la impunidad.⁵⁷⁰

⁵⁶⁹ El artículo 39 resolvió que “ningún hombre libre será detenido o preso, o desposeído de sus bienes ... sin un juicio justo de sus pares conforme a la ley del país”.

⁵⁷⁰ *Del espíritu de las leyes*, trad. Nicolás Estévez, 4a. ed., México, Porrúa, 1980, pp. 57 y ss. (lib. VI, caps. VIII-XIII, XVI-XVII y XXI). *Cfr.*, el cap. VI (“De la Constitución de Inglaterra”) del Libro XI (“De las leyes que forman la libertad política en sus relaciones con la Constitución”), pp. 102 y ss.

Los beneficios del jurado fueron ampliamente apreciados por los padres de la Unión Americana, a la hora de redactar y defender la venerable Constitución de Filadelfia,⁵⁷¹ y no menos por el ilustre tratadista de la república emergente, Alexis de Tocqueville: consecuencia de la soberanía del pueblo e instrumento de la libertad.⁵⁷² En este mismo sentido se pronuncia la exposición de motivos del CM, cuyos autores sostienen la pertinencia de acoger el jurado, “aunque la mayoría de nuestros países no han dado ingreso a algún tipo de participación ciudadana en los tribunales de justicia penal, inclinados hacia los tribunales compuestos por jueces profesionales y permanentes (fuerte herencia inquisitiva hispana)”. En contra de esta tendencia, aquel instrumento alega que la sentencia penal debiera ser “el producto de la cooperación ciudadana en la tarea de administrar justicia penal”.⁵⁷³

En fin de cuentas, el jurado no constituye hoy día —ni parece que pueda constituir en el futuro cercano— la organización jurisdiccional preferida en los países comprendidos por este panorama; se conserva para ciertas materias y subsiste en algunas provincias.⁵⁷⁴ Incluso en Estados Unidos,

⁵⁷¹ En defensa del jurado en causas penales —no en procesos civiles—, *cfr.* Hamilton, Alexander, *El Federalista* (LXXXIII), trad. Gustavo R. Velasco, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1957, pp. 354 y ss. El derecho a no ser procesado por crimen sancionado con la pena capital u otra infamante sin previa acusación de un gran jurado y el derecho a juicio ante un “jurado imparcial” figuran en las enmiendas V y VI, respectivamente, de la Constitución de Estados Unidos.

⁵⁷² Tocqueville observó: “El sistema del jurado, tal como se entiende en Norteamérica, me parece una consecuencia tan directa y tan extrema del dogma de la soberanía del pueblo, como el voto universal ... Fue ... el jurado civil el que salvó realmente las libertades de Inglaterra ... sirve para dar al espíritu de todos los ciudadanos una parte de los hábitos del espíritu del juez; y esos hábitos son precisamente los que preparan al pueblo a ser libre”. *La democracia en América*, trad. Luis R. Cuéllar, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1953, pp. 673 y ss.

⁵⁷³ *La exp. de mot.* puntualiza que “la desaprobación del comportamiento imputado por una representación directa del pueblo cumple la función de legitimar el uso del aparato más vigoroso de control social que tiene el Estado: su sistema penal”. “Exposición de Motivos”, en Instituto Iberoamericano..., *Código Procesal...*, *cit.*, nota 33, p. 31.

⁵⁷⁴ Armenta Deu (España): en este país el jurado fue reintroducido por Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo de ese año, “dando con ello cumplimiento a un imperativo constitucional, a saber: la participación de los ciudadanos en la administración de justicia (artículo 125 CE)” (Constitución de España). Con respecto a Argentina, Bertolino informa que el jurado sólo es conocido en la legislación de Córdoba y de Chubut, no obstante el claro patrocinio que le brinda la Constitución Nacional (artículos 24 y 118). Assis Moura (Brasil): constitucionalmente, jurado para conocer de crímenes dolosos contra la vida,

SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO Y ÓRGANOS DE ACUSACIÓN 157

donde el jurado emite veredicto, pero no aplica la pena,⁵⁷⁵ su intervención se ha reducido considerablemente: actúa en una apretada minoría de casos.

La opción por alguno de estos sistemas, cada uno de los cuales cuenta con partidarios fervientes y adversarios enconados,⁵⁷⁶ no podría depender en fin de cuentas sólo de las razones teóricas en uno u otro sentido, que pueden ser más o menos persuasivas, formalmente, sino sobre todo de la experiencia reunida en los sistemas correspondientes —que ha sido abundante, en el curso de una larga historia—, experiencia que ha inclinado, en definitiva, un platillo de la balanza. Además, se ha visto que en los sistemas juradistas —por disposición de rango constitucional—, la legislación ordinaria y la práctica forense legitimada por aquélla acaban por eliminar al jurado o restringir su funcionamiento a un número de casos que decrece constantemente.

En fin de cuentas, habrá que meditar cuidadosamente sobre la posible reincorporación del jurado, ponderando para ello las condiciones reales de la comunidad en la que cumplirá su trabajo jurisdiccional y la factibilidad de que su intervención corresponda a un verdadero designio democrático, servido con ponderación y objetividad, y no arroje mayores sombras sobre la impartición de justicia.⁵⁷⁷

intentados o consumados, y delitos conexos con ellos. Vásquez Rivera y Jiménez Jaramillo (Colombia): el jurado fue reintroducido en el acto legislativo 03, no como obligación, sino como posibilidad. Gadea (Costa Rica): en este país se prevé la actuación del tribunal popular en la etapa de juicio. En México se conserva, constitucionalmente (artículo 20), la posibilidad de juicio por juez o por jurado; sólo es indispensable el juzgamiento por jurado en hipótesis de delitos contra la seguridad de la nación cometidos por medio de la prensa; el legislador secundario ha optado, en todo el país, por encomendar la impartición de justicia penal únicamente a tribunales profesionales. *Cfr.* Zamora Pierce, *Garantías...*, *cit.*, nota 17, pp. 307 y ss.

⁵⁷⁵ Cassel: salvo en los casos de pena capital, en los que sólo el jurado puede imponer esta sanción.

⁵⁷⁶ Para una revisión de los argumentos a favor y en contra del jurado, me remito a mi trabajo “El juez penal y la criminología”, en *Revista de Derecho Procesal...*, y en *Estudios penales*, *cit.*, nota 516, pp. 301 y ss.

⁵⁷⁷ No es insólito que la experiencia del jurado, en medios concretos, se aleje grandemente del modelo que se invocó a la hora de implantar esa institución. Al respecto y por lo que toca al jurado mexicano en los últimos años del siglo XIX, *cfr.* el relato que reproduce Elisa Speckman, tomándolo de una obra de Francisco Bulnes: “en vez del famoso jurado inglés antiguo de veintiséis hombres justos, serios y verdaderamente patriotas, aparecía con frecuencia en México, el de doce léperos lascivos, groseros, brutales, escandalosos, que chacoteaban con el acusado, y lo felicitaban por su buena fortuna en casos de aventuras amorosas o de robos practicados con habilidad”. *Crimen y castigo. Legislación*

XIX. IMPUGNACIÓN

La falibilidad humana, pero también la torpeza, la malicia o la impotencia, fundan el sistema de impugnaciones. Éste abarca tanto los recursos ordinarios —de efectos devolutivos o retentivos— como los recursos extraordinarios, que en rigor aparejan un nuevo juicio. Este puede versar sobre los temas del enjuiciamiento practicado, que culminó en sentencia, o sobre otras cuestiones: así, la conformidad de la resolución definitiva con las normas constitucionales.

En el orden interno, la impugnabilidad se recoge también como derecho o garantía del justiciable, en el plano constitucional,⁵⁷⁸ en el internacional⁵⁷⁹ o en el secundario, e incluso en el jurisprudencial,⁵⁸⁰ aunque diversas leyes cierran la posibilidad de recurso —al menos, ordinario— cuando se trate de asuntos de escasa entidad o la resolución favorezca al inculpa-do. El derecho nacional⁵⁸¹ y los instrumentos internacionales recogen puntualmente el derecho a recurrir ante un órgano judicial superior,⁵⁸² que debe tener las mismas características de independencia, imparcialidad y competencia que se fijan a los inferiores. En este sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁵⁸³ El CM excluye el

penal, interpretaciones de la criminalidad y administración de justicia (Ciudad de México, 1872-1910), México, El Colegio de México-Centro de Estudios Históricos-UNAM, Instituto de Investigaciones Históricas, 2002.

⁵⁷⁸ Bolivia, artículo 18.I; Colombia, artículo 29; Costa Rica, artículo 42; Haití, artículo 26-2; Nicaragua, artículo 34.9; España, artículo 161.2; Paraguay, artículo 17.8; Perú, artículo 139.20.

⁵⁷⁹ Convención Europea, artículo 5.4; Pacto Internacional, artículo 14.5; Convención Americana, artículos 7.6, 8.2.h y 25.1.

⁵⁸⁰ Así, en Argentina —informa Bertolino— la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reafirmado el derecho a la doble instancia en materia penal, dando carácter de tribunal intermedio a la Cámara Nacional de Casación Penal.

⁵⁸¹ Cassell (Estados Unidos): 28 U.S.C. sección 1291; 18 U.S.C. sección 3742; US Report p. 111.

⁵⁸² Pacto Internacional, artículo 14.5; Convención Americana, artículo 8.2.h.

⁵⁸³ *Cfr. CIDH, Caso Castillo Petrucci...*, *cit.*, nota 110, párr. 161: “Si el juzgador de segunda instancia no satisface los requerimientos del juez natural, no podrá establecerse como legítima y válida la etapa procesal que se desarrolle ante él. En el caso que nos ocupa, el tribunal de segunda instancia forma parte de la estructura militar. Por ello no tiene la independencia necesaria para actuar ni constituye un juez natural para el enjuiciamiento de civiles”.

tradicional recurso de apelación; las razones para ello se han expuesto, *supra*, en la parte relativa a la intermediación judicial.⁵⁸⁴

Una vez concluido el examen de la contienda penal por los tribunales nacionales, conforme a su propia organización impugnativa, la resolución deviene firme. Es así que opera la cosa juzgada y se cierra la puerta a nuevos enjuiciamientos en contra de la misma persona y por los mismos hechos. A partir de este punto rige el principio *ne bis in idem*, oriundo del derecho penal liberal y vinculado con la necesidad de seguridad jurídica, más que con la exigencia de justicia. Ese principio figura igualmente en algunos textos constitucionales⁵⁸⁵ e instrumentos internacionales,⁵⁸⁶ pero no siempre se ha interpretado en términos absolutos: en algún derecho interno hay margen para la inobservancia cuando se trata de órdenes jurisdiccionales diferentes.⁵⁸⁷

Es preciso considerar aquí el enlace entre el plano jurisdiccional nacional y el internacional, a propósito de las jurisdicciones de derechos humanos de este último carácter y de la justicia penal internacional. El punto lleva a

⁵⁸⁴ Gadea informa que en Costa Rica “se elimina la doble instancia, posibilitándose la revisión de lo resuelto mediante el recurso de casación”. En Estados Unidos: enmienda V; México: artículo 23. Armenta Deu (España): existe recurso de apelación contra diversas sentencias, no así contra las dictadas en hipótesis de delitos muy graves, de los que juzgan la Audiencia Provincial o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Estas limitaciones “son del todo legítimas desde el punto de vista de su adecuación constitucional (en la medida en que la impugnabilidad se resuelve a través de la casación) ... la vigencia de los principios de intermediación y oralidad como pilares fundamentales del enjuiciamiento criminal supone un obstáculo nada desdeñable que deberá ser contrapesado para admitir una segunda instancia, pues una revisión o ulterior enjuiciamiento de la prueba practicada en el juicio supondría tanto como una apreciación mediata de la misma a través de materiales escritos”. *Lecciones...*, *cit.*, nota 22, p. 305.

⁵⁸⁵ Colombia, artículo 29; Costa Rica, artículo 42; Ecuador, artículo 24.16; El Salvador, artículo 11; Honduras, artículo 95; México, artículo 23; Nicaragua, artículo 34.9; Panamá, artículo 32; Paraguay, artículo 17.4; República Dominicana, 8.2.h; Venezuela, artículo 49.7.

⁵⁸⁶ Pacto Internacional, artículo 14.7; Convención Americana, artículo 8.4.

⁵⁸⁷ En Estados Unidos —señala Cassel— la prohibición constitucional de *double jeopardy* “se interpreta en el sentido de prohibir que el gobierno federal enjuicie dos veces a la misma persona por el mismo delito, o que un Estado lo haga (*U.S. v. Halper*, 1990; *Benton v. Maryland*, 1969) Sin embargo, bajo la teoría de que la entidad federal y las entidades estatales son distintos soberanos, se permite que el gobierno federal procese por delito federal a una persona previamente enjuiciada por un Estado por el mismo delito estatal (*Heath v. Alabama*, 1985; *Abbate v. U.S.*, 1959). El Senado aprobó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos con una declaración interpretativa en el sentido que aquí se expresa.

considerar la vigencia del principio *ne bis in idem* en ese doble ámbito, vinculado con la autoridad de cosa juzgada —que en el orden penal posee proyecciones especiales— y la supremacía del poder jurisdiccional.

Se asegura que la jurisdicción internacional sobre derechos humanos y la propia jurisdicción penal internacional no implican una tercera —o última— instancia en el orden impugnativo. Ni se trata de un nuevo juicio penal, acerca de hechos delictuosos y responsabilidades penales individuales, ni viene al caso un examen de constitucionalidad interna. El cometido de la jurisdicción de derechos humanos es diferente: pretende analizar el acto impugnado con respecto a la disposición internacional que ha sido o se supone ha sido vulnerada. Del modo en que las cortes de constitucionalidad confrontan el acto reclamado con la ley fundamental doméstica, para resolver sobre la “constitucionalidad” de aquél, los tribunales internacionales confrontan el acto con el tratado o convención —eventualmente, si hubiese competencia para ello, con la norma consuetudinaria— para definir lo que acaso se podría llamar, por analogía con aquella hipótesis, la “convencionalidad” del acto.⁵⁸⁸

El acto cuestionado puede provenir de autoridades administrativas, legislativas o jurisdiccionales internas. Empero, antes de acudir a la vía internacional es preciso agotar los procedimientos internos —con las salvedades derivadas de la inexistencia, ineficacia o bloqueo de éstos—, que regularmente son jurisdiccionales y culminan en una resolución —genéricamente; pero específicamente sentencia, en la mayoría de los casos—, lo cual hace suponer, de primera intención, que el órgano judicial internacional revisa la resolución del tribunal nacional y ejerce, de esta suerte, las atribuciones de un órgano de superior instancia.

Es evidente que la existencia de una jurisdicción internacional de derechos humanos supone el quebranto de la cosa juzgada nacional, y eventualmente de la regla nacional de *ne bis in idem* en materia penal. Esto sucede en la medida en que la decisión nacional deja de ser una “verdad legal” inimpugnable. En último análisis, el Estado que se obliga a acoger y ejecutar las resoluciones de la jurisdicción internacional a la que se ha sometido en ejercicio de su soberanía, no a pesar de ésta, se halla también

⁵⁸⁸ Cfr. García Ramírez, *Los derechos humanos...*, cit., nota 36, p. 110. A este control de conformidad del acto con la Convención, que se realiza a través de la sentencia internacional, pudiera corresponder la nota de “casación” que apunta Hitters en “Criterios establecidos...”, en *XXII Congreso Nacional...*, cit., nota 40, p. 166.

SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO Y ÓRGANOS DE ACUSACIÓN 161

en la necesidad de inobservar las decisiones que de otra suerte poseerían autoridad de cosa juzgada y serían incuestionables y supremas.⁵⁸⁹ La forma en que el Estado traslade a su propio orden jurídico esas decisiones, para la ejecución correspondiente, queda sujeta al derecho interno.

También es pertinente traer a colación los supuestos de extinción nacional de la pretensión punitiva en relación con las normas y resoluciones de la jurisdicción internacional de derechos humanos. No se trataría, en la especie, del conflicto entre resoluciones jurisdiccionales nacionales y posibles decisiones internacionales, sino del problema que se genera a partir de actos nacionales que impiden el enjuiciamiento doméstico de responsables de graves violaciones a los derechos humanos, que regularmente constituyen delitos con arreglo a los tipos penales del derecho interno: así, normas sobre prescripción, excluyentes de responsabilidad, amnistías, cuya eficacia se halla reconocida, inclusive, por el orden constitucional,⁵⁹⁰ aunque en este mismo plano hay normas que la rechazan en hipótesis de ciertos delitos graves.⁵⁹¹ Esta delicada cuestión ha sido abordada por la CorteIDH, que se ha pronunciado en algunos casos notables por rechazar la eficacia de las llamadas “autoamnistías”.⁵⁹²

El orden penal internacional también trae consigo alteraciones de las reglas tradicionales de la justicia penal, desde diversos ángulos. Uno de ellos, en el que sube a la escena el principio *ne bis in idem*, concierne al valor del juicio nacional previo, que opera conforme al principio de com-

⁵⁸⁹ El artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, estipula que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

⁵⁹⁰ Tal es el caso en Perú, por lo que toca a amnistía, indulto, sobreseimiento definitivo y prescripción, que producen los efectos de la cosa juzgada (artículo 139.13). España, artículo 93.

⁵⁹¹ Así ocurre bajo la Constitución brasileña, que niega la gracia o la amnistía en supuestos de tortura, tráfico ilícito de estupefacientes, terrorismo, crímenes “hediondos” (categoría prevista por la legislación penal de Brasil, que abarca delitos “repugnantes” o muy graves), racismo y acciones de grupos armados, civiles o militares, contra el orden constitucional o el Estado democrático (artículo 5.XLIII y XLIV).

⁵⁹² Cfr. CIDH, *Caso Castillo Páez, Reparaciones (Artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C, núm. 43, párrs. 104-106, y *Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú)*, Sentencia de 14 de marzo de 2001, párrs. 41-43. Cfr. mi artículo “Dos temas de la jurisprudencia interamericana: ‘Proyecto de vida’ y amnistía”, en *Estudios jurídicos, cit.*, pp. 363 y ss., así como mi voto concurrente en esta materia, transcrito en “Cuestiones ante la jurisdicción...”, en *Cuadernos Procesales, cit.*, nota 158, pp. 21 y ss.

plementariedad. La sentencia nacional no impediría la actuación de la Corte Penal Internacional —como tampoco ha impedido la de otros órganos de semejante naturaleza: tribunales *ad-hoc* para la exYugoslavia y Ruanda— cuando ese juicio previo no se ajuste a los “estándares” que acoge el Estatuto de Roma. En fin de cuentas, la jurisdicción penal internacional se desplegaría sobre hechos y personas que ya fueron consideradas en procesos nacionales que culminaron con sentencia firme, conforme al derecho del país en el que se realizó el enjuiciamiento.⁵⁹³

XX. MEDIDAS CAUTELARES O DE COERCIÓN

Las medidas procesales cautelares se sustentan en un examen de probabilidades en torno a la situación presente y a la necesidad futura: aquélla tiene que ver con el conocimiento que ya se tiene sobre el tema de la contienda, y ésta se relaciona con la posibilidad de que el proceso se desarrolle normalmente y de que sea ejecutable, en su oportunidad, la sentencia que se dicte. Obviamente, la posibilidad que en este último caso se contempla es la sentencia de condena. De ahí que se considere, tanto en el sistema legal de las medidas como en su aplicación concreta, la presencia de *fumus boni iuris*, apariencia de derecho y de razón que sustenta materialmente la medida, y de *periculum in mora*, esto es, riesgo de que el proceso se frustre y la sentencia caiga en el vacío si no se actúa con diligencia sobre las personas y/o las cosas.

Se ha dicho que el enjuiciamiento penal es el ámbito característico de las medidas cautelares⁵⁹⁴ o de coerción que se ciernen sobre la persona, en tanto el civil lo es de aquellas que gravitan sobre los bienes.⁵⁹⁵ En realidad

⁵⁹³ Cfr. Bergsmo, “El régimen de la competencia de la Corte Penal Internacional (parte II, artículos 11 a 19)”, en Ambos y Guerrero (comps.), *El Estatuto de Roma...*, cit., nota 66, p. 203, y Alcaide Fernández, Joaquín, “La complementariedad de la Corte Penal Internacional...”, en Carrillo Salcedo, Juan Antonio (coord.), *La criminalización de la barbarie...*, cit., nota 66, pp. 400 y ss.

⁵⁹⁴ Empleo la denominación que utiliza Alcalá-Zamora, quien también destaca la función dependiente del proceso cautelar: “medidas o proveimientos cautelares, asegurativos o precautorios”. Alcalá-Zamora y Levene (h), *Derecho procesal...*, cit., nota 269, p. 271. Posteriormente, el ilustre tratadista rechazó la idea de que esas medidas constituyeran un verdadero proceso. Cfr. *Proceso, autocomposición...*, cit., nota 185, p. 147.

⁵⁹⁵ El interés de inmovilización de personas o cosas, a los fines del proceso, “se tutela mediante los actos de coerción, que a tales efectos pueden tener por objeto las personas (actos de coerción personal) o las cosas (actos de coerción real)”, que son “limitaciones de

—como observa Alcalá-Zamora—⁵⁹⁶ ambas especies del género cautelar aparecen en los dos enjuiciamientos, así como en las variantes influidas por cada uno de ellos, aunque las de carácter personal predominan en el ámbito penal, donde es más probable que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Por otra parte, en este mismo campo se transita con lamentable naturalidad de la cautela detentiva —sea simple detención, sea prisión preventiva— a la pena privativa de la libertad, propiamente dicha, apenas con una formal solución de continuidad.

Es preciso destacar ante todo que estas medidas se utilizan cuando aún no se tiene certeza —real, o en todo caso jurídica— sobre la existencia de un delito y acerca de la responsabilidad penal de la persona a la que éste se imputa, si es que existe ya imputación formal, no se diga fidedigna. Las medidas se anticipan a esa certeza y operan al amparo de hipótesis y probabilidades que parecen razonables. Verdaderamente significan —dejando a un lado elucubraciones más o menos interesantes, que no alteran la realidad de las cosas— la contradicción más intensa de la presunción de inocencia con que se ha querido abrigar a todas las personas mientras no se establece su culpabilidad.

Sin embargo, las medidas cautelares penales responden, en mayor o menor medida, a objetivos evidentes e inobjetables: presencia del inculpado en el lugar del juicio —con lo que se anticipa la posibilidad de ejecución, en su caso—, aseguramiento de objetos relacionados con el enjuiciamiento, disponibilidad e integridad de la prueba, protección a quienes intervienen en aquél, prevención de nuevos delitos. No faltará quien agregue otra finalidad, tan discutible como imperiosa: atención a la opinión pública, que pretende la adopción inmediata y sistemática de medidas cautelares, anticipatorias de la pena. Si no las hay, sospechará que la “benevolencia” en el proceso es la antesala de la impunidad.

Por otra parte, es claro que las condiciones en que se desenvuelve la criminalidad contemporánea —o más todavía, las condiciones en que se desarrolla la vida social—, que puede valerse de medios de comunicación expeditos para el traslado de cosas y personas, hacen pertinente el empleo

los derechos de la personalidad del inculpado. La coerción procesal penal consiste, pues, en una limitación más o menos intensa de la libertad física de una persona o de la disponibilidad de ciertas cosas por tal persona para una finalidad procesal penal”. Aragonese, *Instituciones...*, cit., nota 223, p. 292.

⁵⁹⁶ Cfr. Alcalá-Zamora, *Derecho procesal penal*, cit., nota 269, t. II, p. 272.

de medidas cautelares que eviten ese movimiento, cuyo éxito frustraría totalmente los fines que persigue la justicia u obligaría a emprender complejos, dilatados y costosos procedimientos de auxilio judicial, entre ellos el aseguramiento de objetos y la extradición o entrega de delincuentes.

Aquí existe un verdadero dilema para la ley penal y la justicia que bajo ésta se organiza, que debe elegir entre el respeto estricto de derechos y libertades esenciales, en un extremo, o las buenas cuentas para la administración de justicia, en el otro, que se resumen, de alguna manera, en la efectiva sanción de los responsables y el consecuente destierro de la impunidad. Como en todos los casos en que existe una colisión de intereses, sobre todo si éstos revisten la más elevada jerarquía, es preciso buscar con exquisito cuidado el punto de equilibrio que permita responder a las atendibles exigencias individuales y sociales.

En el ámbito que ahora nos interesa vienen a cuentas los principios de necesidad —que obliga a examinar otras opciones para lograr el mismo objetivo— y proporcionalidad,⁵⁹⁷ oriundo de una regla de sensatez, equilibrio y ecuanimidad, sobre todo cuando se trata de asumir, como respuesta a ciertos requerimientos o a determinados hechos, medidas reductoras de derechos, que traen consigo la privación de bienes jurídicos o la restricción de su aprovechamiento por el titular, en forma permanente o provisional. Esto no se restringe a las medidas de coerción; posee un campo de aplicación mucho más dilatado, que tiene que ver, inclusive, con la determinación legislativa misma de las consecuencias jurídicas del hecho ilícito; pero en el espacio de las medidas cautelares adquiere un sentido especial y demanda, por lo tanto, atención particular.⁵⁹⁸ La solución equilibrada no

⁵⁹⁷ Armenta Deu (España): el principio de proporcionalidad, referido esencialmente a las medidas que limitan derechos fundamentales, comprenden tres “subprincipios”: idoneidad (“que las injerencias sean adecuadas cualitativa, cuantitativamente y en su ámbito subjetivo de aplicación”); necesidad o alternativa menos gravosa o intervención mínima (debe acogerse la medida “menos lesiva para los derechos de los ciudadanos”), y proporcionalidad *stricto sensu* (“ponderar los intereses en conflicto a la hora de limitar el ejercicio del derecho fundamental de que se trate, de manera que se sopesen los intereses individuales (los del titular del derecho fundamental, generalmente) con el interés estatal que se pretende salvaguardar con la limitación”). *Cfr.*, de esta autora, *Lecciones...*, *cit.*, nota 22, pp. 69-71. También, *cfr.* Duce y Riego, *Introducción al nuevo sistema...*, *cit.*, nota 78, vol. 1, pp. 260 y ss.

⁵⁹⁸ El artículo 9.3 del Pacto Internacional señala: “La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio,

es fácil, y rara vez ha sido satisfactoria. De ahí la frecuente revisión de normas, testimonio de un constante esfuerzo por hallar soluciones adecuadas y aceptables.⁵⁹⁹

Me he referido al principio de “mínima intervención penal” del Estado. Esta regla no es aplicable únicamente al régimen penal sustantivo, sino a todo el sistema penal: es decir, a todos los instrumentos y medidas, así materiales como adjetivos y ejecutivos, de los que se vale el poder público para ejercer la función penal que le corresponde. No podríamos exigir que el Código Penal recogiese solamente la ilicitud más grave y la afectación más intensa de los bienes jurídicos, sancionándola con la “pena necesaria, la más pequeña de las posibles en las circunstancias actuales”, para emplear el teorema de Beccaria,⁶⁰⁰ y ver con indiferencia que el Código de Procedimientos avanzara con exceso y ligereza sobre el ámbito de libertades individuales, imponiéndole, sin absoluta necesidad, los más severos gravámenes. En fin, se requiere la mesura en la adopción de medidas cautelares que comprimen, reducen e incluso suprimen derechos subjetivos,⁶⁰¹ una mesura que no siempre ha prevalecido. Por ello es preciso acreditar que esas afectaciones sean verdaderamente indispensables, como lo propone el CM.⁶⁰²

En el catálogo de las coerciones figura, en primer plano, la privación cautelar de libertad, a partir de diversos actos: detención por cualquier persona en situación de flagrancia, determinación del Ministerio Público

o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

⁵⁹⁹ Tal es el caso, por ejemplo, del asediado régimen constitucional mexicano concerniente a la libertad provisional bajo caución. La norma que regula ésta —fracción I del actual apartado A) del artículo 20 constitucional— ha sido la más frecuentemente reformada (ha tenido cinco textos, desde 1917 hasta la fecha) entre todas las que componen el sistema penal de la Constitución. *Cfr.* Zamora Pierce, *Garantías...*, *cit.*, nota 17, pp. 163 y ss., y García Ramírez, *Curso...*, *cit.*, nota 21, pp. 586 y ss., y *El nuevo procedimiento penal...*, *cit.*, nota 237, pp. 63 y ss. El Salvador, artículo 13; Chile, artículo 19.7o.e.

⁶⁰⁰ *De los delitos...*, *cit.*, nota 86, p. 323.

⁶⁰¹ “La idea central del tratamiento (del imputado) como inocente se vincula al carácter restrictivo de las medidas de coerción en el proceso penal”, indica César San Martín Castro, *Derecho procesal penal*, Grijley, Lima, 1999, t. I, p. 69, citado por Quiroga León (Perú).

⁶⁰² El artículo 196, sobre finalidad y alcance de las medidas de coerción, señala que “la libertad personal y los demás derechos y garantías reconocidos a toda persona por la ley fundamental y por los tratados celebrados por el Estado, sólo podrán ser restringidos cuando fuere absolutamente indispensable para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley”.

en ciertas hipótesis, convalidada por el tribunal de garantías, y orden de la autoridad judicial; añadamos la especie menos frecuente: entrega voluntaria del inculpado. Esto lleva a examinar algunos temas extraordinariamente complejos: la detención y la prisión preventiva, y su contrapartida cautelar, la libertad provisional.

A diferencia de la prisión preventiva, en la que me ocuparé adelante, la detención es una privación de libertad por breve tiempo, que ocurre en situación de apremio, cuando comienza la investigación preparatoria. Es muy limitada, en general, la duración de esta medida.⁶⁰³ Sin embargo, algunos ordenamientos distinguen entre la hipótesis ordinaria de detención, estrechamente acotada, y el supuesto en que el enjuiciamiento verse sobre ciertos delitos de elevada gravedad o complicada investigación. Tales son, con alguna frecuencia, los casos de terrorismo y delincuencia organizada, entre otros.

Se comprende que la detención pudiera prolongarse en estas últimas hipótesis, tomando en cuenta la complejidad de la investigación —que también puede existir o extremarse, sin embargo, en otros casos: así, delitos económicos—, a condición de que no se prescinda de los derechos y las garantías del debido proceso ni se prologue en forma inmoderada e innecesaria. Sobre este punto se proyectan también los principios de razonabilidad y proporcionalidad que ilustran otras acciones del Estado sobre derechos y libertades de los ciudadanos.

Con la detención se relacionan otras medidas cautelares o de coerción. Este es el caso de la incomunicación, prohibida por algunas normas fundamentales.⁶⁰⁴ Cuando se considere absolutamente indispensable recoger esta

⁶⁰³ Assis Moura (Brasil): detención hasta por diez días, antes de que la policía traslade al juez los resultados de la investigación policial. La prisión temporal, cuya constitucionalidad se ha cuestionado, fue creada (por Ley 7.960/89) para extirpar la entonces denominada “prisión para averiguación”, proscrita por la ley, pero utilizada por la policía. Cassel (Estados Unidos): el detenido debe ser presentado al juez dentro de las cuarenta y ocho horas (*County v. McLaughlin*, 1991; *Gerstein v. Pugh*, 1975), a menos que su arresto haya ocurrido durante el fin de semana o exista otra causa que justifique una breve demora (*Baker v. McCollan*, 1979; *Mallory v. U.S.*, 1957). Zamora Pierce, *Garantías...*, cit., nota 17, pp. 23-24.

⁶⁰⁴ México, artículo 20, A, II. En la Constitución de Perú se autoriza la incomunicación cuando resulte indispensable para el esclarecimiento del delito, en la forma y por el tiempo que la ley prevea (artículo 24.g). Bolivia, artículo 9.II; Brasil, artículo 5o.LXII; Costa Rica, artículo 44; Chile, artículo 19.7o.d; Ecuador, artículo 24.6; España, artículo 17.3; Nicaragua, artículo 33.2.1; Venezuela, artículos 44.1 y 337.

medida, debiera contraerse a supuestos excepcionales y aplicarse durante un periodo sumamente reducido, siempre sin impedir el acceso del sujeto a su defensor antes de rendir declaración —como lo postula el CM—⁶⁰⁵ ni incluir, obviamente, apremios inaceptables. En sentido semejante se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁶⁰⁶

También se ha buscado “encubrir o emboscar” la detención bajo la fachada de medidas de otra naturaleza y denominación; esto ha sucedido mediante la aplicación de una modalidad de arraigo⁶⁰⁷ que constituye, en definitiva, una detención que discurre bajo aquel nombre menos preocu-

⁶⁰⁵ Artículo 214: “El juez de la instrucción o el tribunal competente podrá ordenar la incomunicación del imputado privado de libertad, por un plazo máximo de cuarenta y ocho horas, sólo cuando existan motivos graves para temer que el imputado, de otra manera, obstaculizará la averiguación de la verdad; esos motivos constarán en la decisión. Sin embargo, ello no impedirá que el imputado se comunique con su defensor inmediatamente antes de comenzar su declaración ... o antes de la realización de cualquier acto que requiera su intervención personal”. El segundo párrafo de este artículo autoriza una muy restringida —e inquietante— incomunicación por acuerdo del M. P.: “El Ministerio Público podrá disponer la incomunicación del aprehendido sólo por el plazo necesario para gestionar la orden judicial, el cual no excederá de seis horas”. Existe además una posible incomunicación, muy dicutable, por acuerdo de la policía, que opera en los términos de este mismo precepto en relación con el artículo 75.6.

⁶⁰⁶ “La incomunicación —sostiene la Corte— es una medida de carácter excepcional que tiene como propósito impedir que se entorpezca la investigación de los hechos. Dicho aislamiento debe estar limitado al periodo determinado expresamente por la ley. Aun en este caso el Estado está obligado a asegurar al detenido el ejercicio de las garantías mínimas e inderogables establecidas en la Convención y, concretamente, el derecho a cuestionar la legalidad de la detención (así como) la garantía del acceso, durante su aislamiento, a una defensa efectiva”. CIDH, *Caso Suárez Rosero, Sentencia de 12 de noviembre de 1997*, Serie C, núm. 35, párr. 51. En otro asunto, la Corte estimó que diversos actos infligidos a la víctima, entre ellos “la incomunicación durante la detención”, constituían formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes en el sentido del artículo 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. CIDH, *Caso Loayza Tamayo, Sentencia de 17 de septiembre de 1997*. Serie C, núm. 33, párr. 58.

⁶⁰⁷ En el derecho procesal civil mexicano, el arraigo ha tenido el objeto o finalidad tradicionales de “impedir que el arraigado abandone el lugar del juicio sin dejar un apoderado que pueda contestar la demanda, seguir el proceso y responder la sentencia que se dicte”. Pérez Duarte, Ana Alicia, “Arraigo”, en *Nuevo diccionario jurídico mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Porrúa, 1958. El arraigo penal, introducido en 1983, que es un arraigo “ortodoxo”, en contraste con aquel otro al que me refiero en este punto, “tiene por objeto asegurar la disponibilidad del inculpado en la investigación previa o durante el proceso penal, cuando se trate de delitos imprudenciales o de aquellos en los que no proceda prisión preventiva”. Fix-Zamudio, “Arraigo penal”, en *id.*

pante.⁶⁰⁸ El problema radica en que no es la privación de libertad —detención, prisión preventiva— lo que se transforma en una medida de mayor benevolencia, sino es ésta —el arraigo: simple prohibición de ausentarse de cierta circunscripción— la que se convierte en privación de libertad.

Vayamos ahora a la prisión preventiva. Esta es esencialmente injusta, sin perjuicio de los motivos que pudieran conferirle ventajas prácticas. La razón de esa injusticia reside en que constituye —tecnicismos a un lado— “una pena que por necesidad debe, a diferencia de las demás, preceder a la declaración del delito”.⁶⁰⁹ Carnelutti la coloca a media vía entre la restitución y la pena.⁶¹⁰ Recuérdese lo que antes se dijo a propósito de la colisión entre la presunción de inocencia y las medidas de coerción, colisión que se extrema en la hipótesis de privación cautelar de libertad. En nuestros países —o acaso en el mundo entero—⁶¹¹ se utiliza demasiado la preventiva: esta tendencia pugna frontalmente con las más frecuentes recomendaciones internacionales y genera en el universo penitenciario el gravísimo problema de los presos sin condena, que agobia a las prisiones latinoamericanas.⁶¹²

Bajo el régimen acusatorio, hay que restringir, sin duda, el empleo de la prisión preventiva y preferir la libertad.⁶¹³ De ahí el rigor de alguna juris-

⁶⁰⁸ Sobre esta medida en el derecho mexicano, *cfr.* García Ramírez, *Delincuencia organizada...*, *cit.*, nota 237, pp. 177 y ss.

⁶⁰⁹ Beccaria, *De los delitos...*, *cit.*, nota 86, p. 284 (“De la prisión”).

⁶¹⁰ En este punto, señala el insigne tratadista, “se insinúa un tipo intermedio de sanción, que no es ni restitución ni penitencia; hablando con precisión se le debería dar el nombre de medida coercitiva. Su carácter está en que la misma no ejercita su función satisfactiva, como la restitución, ni función liberatoria, como la penitencia, sino exclusivamente una función preventiva: *ne peccetur*”. *Derecho procesal civil y penal. Derecho y proceso*, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJEA, 1971, t. I, p. 50. La custodia preventiva tiene “verdaderamente, según la *mens legis*, el valor de una *expiación anticipada*”. *Id.*, *Principios del proceso penal*, t. II, pp. 188 y 189.

⁶¹¹ *Cfr.* Stern, *Alternatives to prison...*, *cit.*, nota 201, p. 14.

⁶¹² *Cfr.* Carranza, Elías, Houed, Mario, Mora, Luis Paulino, y Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El preso sin condena en América Latina y el Caribe. Estudio comparativo estadístico y legal de treinta países y propuestas para reducir el fenómeno*. Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, San José, Costa Rica, 1983, esp. pp. 22, 25-26, 33 y 49-50. Hay que “desinstitucionalizar” la prisión preventiva, proponen los autores. *Id.*, pp. 19 y 49. Almirón (Paraguay) informa que más del noventa por ciento de los reclusos son “presos sin condena”.

⁶¹³ Cassel (Estados Unidos): la jurisprudencia ha establecido que “In our society liberty is the norm, and detention prior to trial or without trial is the carefully limited exception” (*U.S. v. Salerno*, 1987).

prudencia que revisa detalladamente los diversos extremos de la prisión preventiva, habida cuenta de la afectación que ésta significa para el derecho fundamental de libertad y la necesidad, en consecuencia, de que se halle suficientemente fundada y en la orden respectiva —que puede reconducirse como negativa de excarcelación— se observen las exigencias de fondo y forma que la legitiman.⁶¹⁴

Los supuestos de prisión preventiva deben hallarse claramente previstos en la ley, lo cual llevaría a cuestionar la discreción judicial para resolver el encarcelamiento cautelar, que ya fue cuestionado hace un par de siglos.⁶¹⁵ Sin embargo, pudiera ser indeseable que la ley estableciera supuestos de prisión preventiva obligatoria.⁶¹⁶ En cuanto a los extremos que debiera satisfacer la orden de prisión preventiva, el profesor Víctor Fairén Guillén puntualiza criterios atendibles en sus documentadas bases para el proyecto tipo en los países iberoamericanos: ante todo, dice: “la prisión preventiva o cualquier otra medida cautelar preventiva, restrictiva de la libertad de locomoción, tendrá el carácter de excepcional, y nunca será obligatoria por la ley ni tendrá carácter punitivo”.⁶¹⁷

Para resolver esta medida, es preciso, por una parte, que haya prueba de la que se desprenda una fuerte probabilidad de que el inculpado sea responsable de un delito de gravedad elevada, medido esto en función de la punibilidad prevista en la ley, para evitar que por infracciones de “bagatela” —u otras de entidad menor— se restrinja un derecho fundamental.⁶¹⁸

⁶¹⁴ En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España, en la que se “cuestiona la constitucionalidad de los artículos 503 y 504 LECrim (Ley de Enjuiciamiento Criminal), lo que supone en definitiva poner en tela de juicio la finalidad, objetivos y requisitos” de la prisión preventiva. Armenta Deu, *Lecciones...*, *cit.*, nota 22, pp. 203 y 204.

⁶¹⁵ Vuelvo al clásico Beccaria: “Un error no menos común que contrario al fin social, que es la opinión de la propia seguridad, nace de dejar al arbitrio del magistrado, ejecutor de las leyes, el encarcelar a un ciudadano ... sólo la ley (debe determinar) los casos en que el hombre es digno de esta pena (prisión preventiva). La ley, pues, señalará los indicios de un delito que merezcan la prisión de un reo, que lo sujeten al examen y a la pena”. *De los delitos...*, *cit.*, nota 86, p. 284 (“De la prisión”).

⁶¹⁶ Los hay en México, al tenor del artículo 20, A, I, constitucional, no así en Brasil, infoma Assis Moura.

⁶¹⁷ “Bases o principios para un Código-Tipo de derecho procesal penal en los países iberoamericanos en relación con los derechos fundamentales”, en *Estudios de derecho procesal...*, *cit.*, nota 432, t. III, p. 111.

⁶¹⁸ Assis Moura (Brasil): los artículos 311 y 312 del Código Procesal Penal permiten la prisión preventiva en cualquier etapa de la investigación policial o de la instrucción

Por otra parte, también es necesario que exista presunción bien sustentada de que el sujeto procurará sustraerse a la justicia, afectar a quienes participan en el proceso, destruir pruebas o cometer delitos.⁶¹⁹

Como es fácil advertir, aquí caminamos en tierra movediza: se trata, nada menos, de formular un pronóstico sobre la conducta de la persona,⁶²⁰ aparentemente sencillo en algunos casos —por datos objetivos—, y sumamente complicado en otros, además de que siempre resulta controvertible la afectación de derechos en virtud de pronósticos, que se basan en probabilidades, suposiciones, inferencias, conjeturas. En el fondo de estas con-

criminal, como “garantía de orden público, de orden económico, por conveniencia de la instrucción criminal o para asegurar la aplicación de la ley penal, cuando exista prueba de la existencia del delito e indicio suficiente sobre la autoría”. La ponente nacional señala que la doctrina ha criticado severamente la ambigüedad de algunos conceptos, como “orden público” u “orden económico”. También ha señalado que se involucra una anticipación de la pena cuando se habla de asegurar la aplicación de la ley penal. En la práctica —agrega— la prisión preventiva se utiliza con frecuencia, bajo el argumento de que el hecho imputado constituye un “crimen grave”. En Argentina —indica Bertolino— se toma en cuenta la punibilidad asignada al delito. En México, que se trate de delito “grave”; también es posible resolver prisión preventiva en otras hipótesis (artículo 20, A, I, constitucional).

⁶¹⁹ Vásquez Rivera y Jiménez Jaramillo (Colombia): la detención preventiva estará sujeta a la necesidad de asegurar la comparecencia del sindicado al proceso, ejecución de la pena, impedir la fuga o la continuación de actividades delictivas, evitar el ocultamiento, destrucción o alteración de pruebas. Se requiere punibilidad privativa de libertad de cuatro años o más. Gadea (Costa Rica): causales de prisión preventiva: peligro de fuga, de obstaculización y de continuación de la actividad delictiva. El CM requiere: “1) la existencia de elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o partícipe de él (procesamiento); 2) la existencia de una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, acerca de que el imputado no se someterá al procedimiento (peligro de fuga) u obstaculizará la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización)” (artículo 202). La resolución 17 del Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente puntualizó: “Sólo se ordenará la prisión preventiva cuando existan razones fundadas para creer que las personas de que se trata han participado en la comisión de un presunto delito y se tema que intentarán sustraerse o que cometerán otros delitos graves, o exista el peligro de que se entorpezca seriamente la administración de justicia si se las deja en libertad”.

⁶²⁰ Se aplicarían, en la especie, las técnicas que inicialmente florecieron a propósito de la concesión de libertad condicional (*parole*), y que desde el primer momento han sido objeto de fuertes cuestionamientos, tanto desde el ángulo de su confiabilidad como desde la perspectiva de los derechos humanos. Sobre aquello, *cfr.*, por ejemplo, Middendorf, Wolf, *Teoría y práctica de la prognosis criminal*, trad. José María Rodríguez Devesa, Espasa Calpe, Madrid, 1970, pp. 15 y ss. Sobre lo segundo, *cfr.* Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos...*, *cit.*, nota 69, pp. 88-89.

sideraciones también se agita un tema escabroso, aunque lo sea mucho más para efectos sustanciales que procesales: la peligrosidad.

Si se mira con desgano la prisión preventiva, es necesario ponerle término en cuanto sea factible y considerar la posibilidad de sustituirla cuando así lo sugieran las circunstancias del caso.⁶²¹ En esta materia cobra presencia —aunque no sólo aquí, como hemos visto— el problema del plazo razonable, que sube de punto cuando el inculpado se halla cautivo.⁶²² No es razonable prolongar excesivamente la privación de libertad, y menos todavía si el motivo es la demora injustificada en la impartición de justicia.

Se ahuyenta la prisión preventiva *ope legis*, cuando la norma ordena que el proceso se tramite en libertad del inculpado —por la relativa levedad del delito cometido o de la pena que, en su caso, se aplicaría al condenado—, o por designio del juzgador, cuando éste cuenta con atribuciones para prescindir de ella conforme a su criterio. La libertad provisional es la contrapartida regular de la prisión preventiva, bajo las dos formas que suele adoptar: con caución —que reviste, a su vez, varias modalidades— o con garantía de otro carácter, que puede ser honoraria.

La lógica misma del sistema acusatorio, tomando en cuenta los principios que éste adopta sobre medidas de cautela o coerción, lleva a permitir la libertad bajo caución —cuando no parezca conveniente echar mano de una garantía menos gravosa— en el mayor número de los casos. Se entiende, por supuesto, que esa caución debe ser asequible para el encausado, en especie y en cuantía, porque de otra suerte sería ilusorio el acceso a la libertad. Sin embargo, la alarma social por la delincuencia creciente o lesiva determina otras soluciones: negativa franca de la libertad y creciente empleo de la prisión preventiva —con el consiguiente problema de sobrepo-

⁶²¹ Bertolino (Argentina): el nuevo Código de Procedimiento Penal de Buenos Aires establece medidas alternativas y de morigeración de la preventiva, con obligaciones para el imputado: someterse a cuidado institucional, presentarse periódicamente ante las autoridades, prohibición de salir de un ámbito territorial determinado, etcétera. Vásquez Rivera y Jiménez Jaramillo (Colombia): la preventiva es sustituible por detención en el domicilio del procesado, atendiendo a diversos factores, entre ellos la personalidad del agente.

⁶²² Fairén Guillén propone que la preventiva tenga “un límite máximo señalado por la ley, la cual formaría grupos de supuestos para fijar su extensión, prorrogabilidad o improrrogabilidad, reiterabilidad o irreiterabilidad ...”. “Bases o principios...”, *Estudios de derecho procesal...*, cit., nota 432, t. III, p. 111.

blación carcelaria, sumada a la contaminación criminal— o exigencia de caución muy elevada, sea para prever el resarcimiento por el daño causado, sea para retener al inculpaado en prisión. Algunas constituciones autorizan la liberación del inculpaado y prevén condiciones y características de la garantía.⁶²³ Lo mismo se previene en instrumentos internacionales.⁶²⁴ El régimen de la Corte Penal Internacional plantea cuestiones relevantes en algunos países, cuya legislación sobre la materia es más benévola que el Estatuto de Roma,⁶²⁵ cuando se está en el caso, previsto por este convenio, de que los tribunales locales concedan la libertad provisional de una persona reclamada por la jurisdicción internacional.

Hay otras medidas que significan restricción o injerencia en el ámbito de las libertades fundamentales, sobre todo en lo que respecta al espacio de privacidad o intimidad. En este sentido hay que mencionar la interceptación o intervención de comunicaciones privadas y las grabaciones,⁶²⁶ acto de investigación o medida coercitiva.⁶²⁷ Sobre esta delicada y controvertida materia hubo pronunciamientos importantes de la jurisprudencia norteamericana.⁶²⁸ Algunas Constituciones se ocupan en fijar el régimen de las intervenciones,⁶²⁹ como antes ocurrió con el cateo y la interceptación de correspondencia.

⁶²³ Brasil, artículo 5.XLIII (pero en ciertos casos no es procedente la libertad: tortura, narcotráfico, terrorismo, crímenes “hediondos”; al respecto —señala Assis Moura—, Ley 8.072/90); Chile, artículo 19.7o.e; España, artículo 17.2; Honduras, artículo 93; México, artículo 20, A, I (se excluye en delitos graves); Paraguay, artículo 12.3; Uruguay, artículo 27; Venezuela, artículo 44.1.

⁶²⁴ Convención Europea, artículo 5o.3; Convención Americana, artículo 7.5.

⁶²⁵ La Comisión Andina de Juristas ha señalado que “un tema que necesita modificaciones en casi todos los países de la región es la posibilidad de conceder la libertad provisional en condiciones urgentes y excepcionales. La mayoría de los países no incluyen la peligrosidad del sujeto entre los motivos de detención, la cual sin embargo sí se encuentra incluida en el Estatuto”. *La Corte Penal Internacional y los países andinos*, p. 153.

⁶²⁶ Armenta Deu (España): la LO 4/1997 se refiere a grabaciones. Anteriormente el Tribunal Supremo, en sentencia del 6 de mayo de 1993 (RA 3854) distinguió entre grabaciones en lugares públicos y grabaciones en lugares privados. El artículo 6 de aquella ley somete las grabaciones al “principio de proporcionalidad en su doble versión de idoneidad e intervención mínima”. *Lecciones...*, *cit.*, nota 22, p. 155.

⁶²⁷ *Cfr.* López-Fragoso Álvarez, Tomás, *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Madrid, Colex, 1991, pp. 14 y ss.

⁶²⁸ *Cfr.* García Ramírez, “Protección jurídico-penal de las comunicaciones personales. Análisis y propuesta”, *Criminalia*, México, año LVIII, núm. 1, enero-abril de 1992, pp. 70 y ss.

⁶²⁹ Constituciones de Brasil, artículo 5o, XII; España, artículo 18.3; y México, artículo 16. Hay leyes secundarias sobre estos extremos; p. ej., en Brasil —informa Assis

XXI. COLABORACIÓN INTERNACIONAL

De tiempo atrás se ha abierto paso la asistencia persecutoria internacional, llamada a fortalecer la jurisdicción penal nacional con el auxilio de otros Estados, así como a desterrar la impunidad. Se trata, ciertamente, de una cuestión relevante y delicada, cuya importancia sube de punto en la comunidad internacional interdependiente que afronta las consecuencias de una creciente mundialización. Si la delincuencia trasciende las fronteras de los Estados —este es un signo de la criminalidad “evolucionada”—, también la lucha contra esa delincuencia debe ir más allá de las fronteras nacionales: tanto a través de sistemas regionales o internacionales debidamente pactados, como por medio de la colaboración bilateral, que se concreta en actos regulados por el derecho interno o por el derecho internacional.

En este marco figuran los actos de investigación, la extradición y entrega de personas —o el juzgamiento doméstico, por imperio de la regla *aut dedere aut punire*— y el aseguramiento y recuperación de objetos, ampliamente considerados en convenios bilaterales o multilaterales, así como el traslado del poder jurisdiccional⁶³⁰ y de la potestad ejecutiva.⁶³¹ Todo ello, más la colaboración derivada de la jurisdicción penal universal, asumida por los Estados o por la jurisdicción penal internacional, se inscribe dentro del régimen “ortodoxo”, si se permite la expresión, de una persecución penal que trasciende los linderos territoriales del Estado.

Existe, en paralelo —un paralelo inquietante y deplorable—, un régimen de persecución “heterodoxa” que lleva la mano larga de la justicia nacional más allá de su ámbito regular, y a la postre arguye el dudoso

Moura— la Ley 9296/96; y en México, la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. *Cfr.* mi comentario acerca del texto constitucional y el ordenamiento secundario en *Delincuencia organizada...*, *cit.*, nota 49, pp. 48 y ss. y 155 y ss.

⁶³⁰ En los términos del Convenio Europeo sobre Transmisión de Procedimientos en Materia Penal, del 15 de mayo de 1972.

⁶³¹ Conforme al Convenio Europeo sobre Traslado de Personas Condenadas, del 21 de marzo de 1983, y en los términos de numerosos tratados bilaterales. En el Continente Americano, la ejecución extraterritorial de condenas se recogió en la Constitución mexicana (artículo 18, 1976) y ha sido regulada por diversos convenios bilaterales. *Cfr.* mi comentario sobre la primera etapa de esta colaboración ejecutiva, a partir de la reforma constitucional mexicana, en García Ramírez, *Legislación penitenciaria y correccional...*, *cit.*, nota 636, pp. 11 y ss. y 255 y ss.

principio *male captus bene detentum*⁶³² para justificar el juicio que sigue a una captura irregular. La idea de “secuestrar para juzgar”,⁶³³ en forma ajena, inclusive, a la asunción de una jurisdicción universal que ocasionalmente ha servido para explicar detenciones extraterritoriales,⁶³⁴ tuvo manifestaciones espectaculares en años recientes, precisamente en el continente americano.⁶³⁵

El Estatuto de Roma, de 1998, que creó la Corte Penal Internacional, ha incorporado, al lado de nuevas instituciones de justicia penal, un régimen de colaboración novedoso⁶³⁶ que ya había aparecido a través de las normas internacionales correspondientes y de las leyes nacionales de implementación, en lo que respecta a los tribunales para la exYugoslavia y Ruanda. Ese tratado —rechazado por algunos países en puntos de fondo—⁶³⁷ y aco-

⁶³² Esta máxima fue aceptada por la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos en el caso *Frisbie v. Collins*, de 1952. *Cit.* Cardozo, Michael H., “When extradition fails, is abduction the solution?”, en Mueller, Gerhard O. W. & Wise, Edward M., *International Criminal Law*, Fred B. Rothman-Sweet & Maxwell, Nueva York, 1965, p. 471.

⁶³³ *Cfr.* el panorama de la materia que suministran González Oropeza, Manuel, *Secuestrar para juzgar. Pasado y presente de la justicia extraterritorial*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, y Gómez-Robledo Verdusco, Alonso, *Extradición en derecho internacional. Aspectos y tendencias relevantes*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.

⁶³⁴ En este orden fue paradigmático el caso Eichmann. *Cfr.* Silving, Helen, “*In re Eichmann: a Dilemma of Law and Morality*”, en Mueller & Wise, *International Criminal Law*, *cit.*, pp. 290 y ss.; y Woetzel, Robert K., “The Eichmann Case in International Law”, en *idem*, pp. 354 y ss.

⁶³⁵ Me refiero a la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos, del 16 de junio de 1992, en el caso *United States v. Humberto Álvarez Machain*. El autor del proyecto fue el magistrado Rehnquist, presidente de ese tribunal. Votaron favorablemente los magistrados White, Scalia, Kennedy, Scouter y Thomas; en contra, Stevens, Blackmun y O’Connor. *Cfr.* Secretaría de Relaciones Exteriores (de México), *Límites de la jurisdicción nacional. Documentos y resoluciones judiciales del caso Álvarez Machain*, México, vol. I, 1992, y vol. II, 1993. Un tratado entre México y Estados Unidos, del 23 de noviembre de 1994, prohíbe los secuestros transfronterizos.

⁶³⁶ *Cfr.* Arcos Vargas, Marycruz, “La imprescindible cooperación de los Estados con la Corte Penal Internacional”, en Carrillo Salcedo (coord.), *La criminalización...*, *cit.*, nota 66, pp. 437 y ss., y Krebs, Claus, “Sanciones penales, ejecución penal y cooperación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (partes V, VI y VII)”, en Ambos y Guerrero (comps.), *El Estatuto de Roma...*, *cit.*, nota 66, pp. 349 y ss.

⁶³⁷ La plena aplicación del Estatuto enfrenta el firme rechazo de Estados Unidos. La posición de este país pudiera determinar reformas de fondo en la primera revisión del tratado, que ocurrirá al cabo de siete años de vigencia. Sobre el criterio y las propuestas del gobierno norteamericano, *cfr.* Scheffer, David (quien fuera jefe de la delegación de aquel país en la Conferencia de Roma), “La perspectiva de Estados Unidos sobre la Corte

gido por varios Estados de nuestro Continente y por España, en lo que respecta al ámbito abarcado por el presente estudio, vigoriza el principio de la jurisdicción penal internacional, ahora depositada en ese tribunal, e impulsará una amplia revisión de los ordenamientos nacionales en aspectos sustantivos, adjetivos y ejecutivos. Con todo, la actuación jurisdiccional internacional, ceñida por el principio de complementariedad, tendrá carácter excepcional: el primer frente de la jurisdicción sigue siendo, con mucho, el frente nacional.

XXII. LA JURISDICCIÓN EN LA EJECUCIÓN

La ejecución penal, sobre todo en la vertiente penitenciaria, reviste características que la separan profundamente de la misma actividad en otros ámbitos. Es propio de aquélla que se lleve adelante de inmediato, oficiosamente. Los agentes de la ejecución —y los órganos establecidos para ese fin— se hallan fuera del espacio jurisdiccional. El auge de la pena capital, en una época, y luego de la privativa de libertad, han generado funciones específicas y personajes propios que entran en juego una vez pronunciada la sentencia firme. En este sentido milita el empleo abundante de la reclusión, reconcebida como panacea: si no de la recuperación, al menos de la contención: esto se halla en el auge de la cárcel y en la buena disposición hacia la de carácter vitalicio. Los partidarios de esta doctrina aseguran: la sociedad que mantiene a los delincuentes en las cárceles, se ahorra millares de crímenes.⁶³⁸ en consecuencia, el *felon* estará en la celda, para que el buen ciudadano pueda discurrir en paz”.⁶³⁹

Penal Internacional”, en Ibarra Romo (comp.), *La soberanía de los Estados y la Corte...*, cit., nota 66, pp. 155 y ss., y “Staying the course with the International Criminal Court”, en *Cornell International Law Review*, vol. 35, núm. 1, noviembre de 2001, febrero de 2002.

⁶³⁸ Cfr. Krauss Clifford, “The mystery of New York, the suddenly safer city”, *The New York Times*, 23 de julio de 1995.

⁶³⁹ En bien de la seguridad, se podría volver al concepto del calabozo, debidamente “modernizado”, como ocurre en el “proyecto para la edificación de una prisión subterránea (en Estados Unidos) en la que, mediante la automatización de todos los procedimientos operativos, se eliminaría todo contacto entre los internos y los guardias de seguridad. Jäger, Christian, “La pena de muerte en el sistema de los fines de la pena”, en Díaz Aranda, Enrique (ed.), *Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal*, trad. Miguel Ontiveros Alonso y Minor, Enrique, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 75.

La meta resocializadora ha transitado de la prevención especial a la general,⁶⁴⁰ y este viraje se ha proyectado sobre las prisiones. De ahí que se haya demandado, desde posiciones críticas, “mayor honestidad en la determinación de los propósitos de la sanción y su realización en el sistema correccional”.⁶⁴¹ Asistimos a un “uso excesivo, indiscriminado y oneroso de la cárcel”.⁶⁴² Esto proviene —afirma Claus Roxin— de una divisa de firmeza y disuasión que responde a un objetivo político a partir de un conocimiento profano.⁶⁴³

Ya me he referido al grave problema de los presos sin condena, que saturan las prisiones y subvierten los objetivos y las prácticas de las medidas de coerción o cautelares. En muchos países es constante el crecimiento de la población carcelaria. Así, en Estados Unidos la población carcelaria crece diez veces más rápidamente que la población general;⁶⁴⁴ se duplicó entre 1970 y 1980, y lo mismo ocurrió entre 1981 y 1995.⁶⁴⁵

No ha sido pacífica la absorción administrativa de la ejecución de condenas penales. Los procesalistas suelen reclamar el carácter procesal de la fase ejecutiva. Carnelutti señaló, por ello, que el proceso no termina con la sentencia, sino “su sede se transfiere del tribunal a la penitenciaría (que) está comprendida, con el tribunal, en el palacio de justicia”.⁶⁴⁶ Pero la administrativización ejecutiva, que hizo del preso “cosa de la administración”, caló muy hondamente. Sólo en años avanzados del siglo XX se consolidó la legalidad ejecutiva⁶⁴⁷ e ingresaron los juzgadores y las reso-

⁶⁴⁰ Cfr. Mapelli Caffarena, Borja, “Tendencias modernas en la legislación penitenciaria”, en Varios, *Jornadas sobre sistema penitenciario y derechos humanos*, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 1997, p. 121.

⁶⁴¹ Kaiser, Günther, *Prison Systems & Correctional Laws: Europe, the United States, and Japan. A Comparative Analysis*, trad. Sharon Byrd, Transnational Publishers, Inc., Dobbs Ferry, Nueva York, 1984, p. 171.

⁶⁴² Barros Leal, César, *Prisión. Crepúsculo de una era*, México, Porrúa, 2000, p. 113.

⁶⁴³ Roxin, “Problemas actuales de la política criminal”, en Díaz Aranda (ed.), *Problemas fundamentales de política criminal*, pp. 87 y 88.

⁶⁴⁴ Cfr. Barros Leal, *Prisión...*, cit., nota 642, p. 11.

⁶⁴⁵ Cfr. Morris, Norval, “The contemporary prison. 1965-Present”, en Morris, Norval, y Rothman, David J. (ed.), *The Oxford History of the Prison*, Oxford University Press, Nueva York, Oxford, 1998, pp. 211 y 212.

⁶⁴⁶ *Las miserias del proceso penal*, trad. Santiago Sentís Melendo, Bogotá, Temis, 1993, p. 81.

⁶⁴⁷ “La ejecución penal —señala Quiroga León— se encuentra también sujeta a una serie de principios como son el de legalidad, del respeto al debido proceso, el de impulso de oficio, el debido cómputo de las penas, el cumplimiento en lo dispuesto en el fallo

luciones jurisdiccionales en la vida carcelaria. Lo han hecho por una triple vía: tribunales ordinarios, jueces de ejecución de penas y tribunales internacionales. Destaquemos, en todo caso, que la regulación procesal de la ejecución —donde se acepte este régimen— debe tomar nota puntual del sistema de penas acogido por el Código Penal. De lo contrario, esa regulación sería “una labor destinada al fracaso”.⁶⁴⁸

Inicialmente, los tribunales ordinarios dejaron de lado, deliberadamente, las cuestiones de la vida carcelaria. Algunos tribunales acogieron una doctrina que prevaleció hasta la década de los setenta:⁶⁴⁹ “*hands-off*”. Entonces el preso era “*a slave of the State*”, y sufría una especie de “*civil death*”, como sostuvo una corte de Virginia en 1871.⁶⁵⁰ La abstención de los tribunales se sustentaría, durante mucho tiempo, en tres argumentos: separación de poderes, falta de conocimiento por parte de los tribunales y riesgo de minar la disciplina en los reclusorios.⁶⁵¹ Más tarde, la jurisdicción nacional habría de enjuiciar tanto el estado de las prisiones como el trato de los reclusos desde la perspectiva de los derechos individuales e incluso colectivos. Esto hizo posible establecer criterios generales a partir de la solución de casos individuales.

No es posible ignorar, por lo demás, el poderoso impulso —en ocasiones más teórico que práctico— brindado al rescate de los derechos de los reclusos por un buen número de instrumentos internacionales, a partir, sobre todo, de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, de

judicial, así como búsqueda del cumplimiento de la función resocializadora de las penas”. El Código Penal de España —invocado por Armenta Deu— alude a la “garantía de ejecución” en los siguientes términos: no “podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los jueces y tribunales”.

⁶⁴⁸ Instituto Iberoamericano..., “Exposición de Motivos”, *Código Procesal...*, cit., nota 33, p. 32.

⁶⁴⁹ La acción de clase ha resultado útil para llevar la tutela judicial a la vida carcelaria. Cfr. Morris, Norval, “The contemporary prison ...”, en Morris and Rothman, *The Oxford History...*, cit., nota 645, p. 219.

⁶⁵⁰ La expresión mencionada corresponde a la sentencia en *Ruffin vs. Commonwealth* (1871). Cfr. Krantz, Sheldon, *The Law of Corrections and Prisoner's Rights in a Nutshell*, West Publishing Co., St. Paul, Minn. (USA), 1988, p. 123

⁶⁵¹ Cfr. Glick, Brian, “Change through the courts”, en Varios, *The politics of punishment. A critical analysis of prisons in America*, Harper & Row, Nueva York, 1973, p. 284.

1955.⁶⁵² Hoy día esas normas, nominal o realmente acogidas por muchos países,⁶⁵³ integran el “estándar” exigible propuesto a los Estados para la adecuación de sus propios ordenamientos: un estándar depositado en cada vez más numerosos instrumentos —más de treinta—⁶⁵⁴ de diversa naturaleza; a las disposiciones contenidas en tratados o declaraciones generales se añaden los que se relacionan específicamente con adultos detenidos⁶⁵⁵ o sujetos a medidas que limitan sus derechos,⁶⁵⁶ y por ciertos movimientos reivindicatorios que han florecido en muchos países.⁶⁵⁷

Ha sido generalmente bienhechora la aparición de los jueces de ejecución de penas, que no sustituyen a la administración carcelaria en su actividad característica, pero imponen una regla de derecho —la *rule of law* muros adentro— en la ejecución de sanciones. El CM le asigna el control general sobre la pena privativa de libertad.⁶⁵⁸ Se ha iniciado la difusión de

⁶⁵² Cfr. López Dawson, Carlos, “Normas internacionales en los sistemas penitenciarios”, en Varios, *El sol en la ciudad. Estudios sobre prevención del delito y modernización penitenciaria*, Comisión Chilena de Derechos Humanos, Santiago de Chile, 1993, p. 61.

⁶⁵³ Casi todos los países de Europa, señala Günther Kaiser, han adoptado las Reglas Mínimas. Cfr. *Prison systems & correctional laws: Europe, the United States, and Japan. A comparative analysis*, trad. Sharon Byrd, Nueva York, Transnational Publishers, Inc., Dobbs Ferry, 1984, p. 166.

⁶⁵⁴ Cfr. Centro de Derechos Humanos-Subdivisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, *Derechos humanos y prisión preventiva. Manual de normas internacionales en materia de prisión preventiva*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 1994, p. 1.

⁶⁵⁵ Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (Resolución 43/173 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1988); Principios básicos para el tratamiento de los reclusos (Resolución 45/111 de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1991). Sobre los derechos de los individuos sujetos a privación de libertad, cfr. Rodley, Nigel S., *The treatment of prisoners under International Law*, 2a. ed., Oxford University Press, 1999.

⁶⁵⁶ Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio, Resolución 45/110 de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1990).

⁶⁵⁷ Al respecto, cfr. Rivera Beiras, Iñaki, “Cárcel y cultura de la resistencia: los movimientos de defensa de los derechos fundamentales de los reclusos en Europa Occidental”, en Varios, *La experiencia del penitenciarismo contemporáneo. Aportes y expectativas*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos-II Asamblea de Representantes del Distrito Federal-Departamento del Distrito Federal, 1995, pp. 189 y ss.

⁶⁵⁸ Artículo 394: “El tribunal de ejecución controlará el cumplimiento adecuado del régimen penitenciario; ente otras medidas, dispondrá las inspecciones de establecimientos penitenciarios que fueren necesarias y podrá hacer comparecer ante sí a los penados con fines de vigilancia y control ...”.

estos juzgadores en América Latina,⁶⁵⁹ con amplias atribuciones.⁶⁶⁰ De una encuesta europea deriva un dato inquietante: entre veinte países de Europa, sólo seis disponen de jueces de ejecución, bajo distintas denominaciones.⁶⁶¹ Entre éstos figura España, con juzgados de vigilancia penitenciaria.⁶⁶²

Se ha observado que se atribuyen al juez de ejecución funciones que van más allá de cuanto se encomienda a cualquier órgano judicial: consejos, deliberaciones, controles y resoluciones. Su quehacer “es completamente ajeno al quehacer natural del poder judicial; las cárceles son micro-sociedades que funcionan con una enorme diversidad de problemas”.⁶⁶³ Sin esta magistratura se multiplican los avatares de la relación ejecutiva —sobre todo la que tiene como escenario las prisiones, pero también las sanciones alternativas— entre el Estado que ejecuta y el ciudadano sobre quien se ejecuta.

También los tribunales internacionales de derechos humanos han desarrollado una importante jurisprudencia que se proyecta sobre los temas de la ejecución penal. Se ha sugerido, inclusive, el planteamiento ante esas

⁶⁵⁹ Así, en Argentina: “resulta ser una característica saliente (en) el panorama del enjuiciamiento penal argentino de hoy —escribe Bertolino— la dirección hacia la ‘judicialización’ de su fase de ejecución ... La mayor novedad en los sistemas argentinos actuales puede considerarse la de la instauración de un órgano específico para la fase correspondiente: el denominado ‘Juez de ejecución’.” En Brasil —dice Assis Moura— desde el advenimiento de la Ley 7.210 de 11 de julio de 1984. Como consecuencia de ésta —señala la relatora nacional—, “se ve al condenado como titular de derechos y deberes en relación con el Estado, y no como un mero objeto de ejecución”. Vázquez Rivera y Jiménez Jaramillo (Colombia): el artículo 79 de la Ley 600, del 2000, prevé la existencia y funciones del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad. Zamora Pierce (México): en este país la ejecución de sentencias penales irrevocables corresponde al Poder Ejecutivo. Tavolari (Chile): aún no se han creado los tribunales de ejecución; el ordenamiento en vigor encomienda a los jueces de garantías la intervención pertinente en la etapa ejecutiva.

⁶⁶⁰ Assis Moura (Brasil): el juez actúa en la ejecución —desde el momento inicial hasta el final— y en todos los llamados “incidentes jurisdiccionales”, entendidos tanto en sentido amplio como estricto, que se presentan en el curso del cumplimiento de la condena.

⁶⁶¹ Cfr. Faugeron, Claude, “Report on the questionnaires”, en Varios, *Monitoring prison conditions in Europe (Report of a European Seminar held in Marly-le-Roi, France, on 25-27 October 1996)*, París, Penal Reform International, 1997, pp. 167 y 168.

⁶⁶² Cfr. Armenta Deu, *Lecciones...*, cit., nota 22, p. 405.

⁶⁶³ Mapelli Caffarena, Borja, “Ejecución y proceso penal”, en Varios, *Jornadas sobre sistema...*, cit., nota 640, pp. 63 y 65.

jurisdicciones de casos que pudieran llevar a definiciones relevantes y de esta suerte mejorar el estado de las prisiones.⁶⁶⁴

La Comisión Europea de Derechos Humanos emitió pronunciamientos sobre esta materia, y la Corte Europea cuenta con jurisprudencia significativa en la que se ha ocupado de diversos derechos de los prisioneros. Asimismo, la Corte Interamericana ha examinado temas de la ejecución de penas. En su jurisprudencia destaca el criterio de que el Estado tiene, para distintos efectos, una “posición de garante” en relación con los derechos de los detenidos, idea que en cierto modo colinda con la manejada por el derecho penal.⁶⁶⁵ En varios casos contenciosos, la Corte sostuvo que “en los términos del artículo 5.2 de la Convención toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal. En consecuencia, el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos”.⁶⁶⁶

En otra decisión, el mismo tribunal estableció la relación —como la que existe entre dos círculos concéntricos— entre el deber genérico del Estado de proveer seguridad a quienes viven bajo su jurisdicción, y la obligación específica de hacerlo con respecto a los detenidos. La Corte IDH fijó —como corolario— una relevante presunción: “en virtud de la responsabilidad del Estado de adoptar medidas de seguridad para proteger a las personas que

⁶⁶⁴ Cfr. Carranza, “Sobrepoblación penitenciaria...”, en Carranza (coord.), *Justicia penal y sobrepoblación...*, cit., nota 476, p. 35.

⁶⁶⁵ Existe, en mi concepto, un doble cometido del Estado ejecutor: hacer lo que sea preciso en función de la custodia y la readaptación social del recluso (con respeto a los derechos fundamentales de éste, se entiende, y conforme a las reglas de necesidad y proporcionalidad que también operan en este ámbito), y evitar, en la más amplia medida a su alcance, la vulneración de los bienes jurídicos de aquél más allá de lo que sea inherente a la sanción que se ejecuta (o a la medida de coerción que se aplica). En este orden es invocable la calidad de garante que puede tener el sujeto activo del ilícito. Dicha calidad “es la relación especial, estrecha y directa en que se hallan un sujeto y un bien determinados, creada para la salvaguarda del bien”. En los delitos de omisión se considera dicha calidad “para especificar al sujeto que tiene el deber de actuar para la conservación del bien”. Islas de González Mariscal, *Análisis lógico de los delitos...*, cit., nota 239, p. 40.

⁶⁶⁶ *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros, Sentencia de 21 de junio de 2002*. Serie C, núm. 94, párr. 165; *Caso Cantoral Benavides, Sentencia de 18 de agosto de 2000*. Serie C, núm. 69, párr. 87; *Caso Castillo Petruzzi...*, cit., nota 110, párr. 195, y *Caso Neira Alegria y otros, Sentencia de 19 de enero de 1995*. Serie C, núm. 20, párr. 60.

SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO Y ÓRGANOS DE ACUSACIÓN 181

estén sujetas a su jurisdicción, la Corte estima que este deber es más evidente al tratarse de personas recluidas en un centro de detención estatal, caso en el cual se debe presumir la responsabilidad estatal en lo que les ocurra a las personas que están bajo su custodia”.⁶⁶⁷

Dado que la detención puede facilitar o propiciar violaciones graves de los derechos humanos —torturas, malos tratos, desaparición, privación arbitraria de la vida—, la Corte ha explorado algunas de las cuestiones que aquélla suscita y que se hallan vinculadas con el enjuiciamiento, en sus aspectos indagatorios. Así, ha decidido que el uso de la fuerza para someter a los detenidos, cuando no resulta estrictamente necesario en función del comportamiento de aquéllos, constituye un atentado contra la dignidad humana e implica la violación del artículo 5.2 de la Convención Americana. El violador no puede argüir en su favor las necesidades de una investigación o la lucha contra cierta categoría de delitos, particularmente graves, como el terrorismo.⁶⁶⁸

Es interesante observar el alcance de medidas provisionales de protección adoptadas por el tribunal interamericano en casos relativos a las prisiones. Se sostuvo, hasta reciente fecha, que esas medidas destinadas a preservar derechos e impedir violaciones sólo podían beneficiar a personas individualmente identificadas. En el desarrollo de la jurisprudencia se llegó a un criterio que sirve mejor a los requerimientos de la tutela precautoria: las medidas pueden beneficiar a los miembros de cierta comunidad,

⁶⁶⁷ *Caso de la Cárcel de Urso Branco, Medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República Federativa del Brasil, Resolución de 18 de junio de 2002, Considerando 8. Idem, Resolución de 29 de agosto de 2002, Considerando 6. En un Voto particular concurrente sobre el Caso Hilaire, Constantine, Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago, Sentencia del 21 de junio de 2002, señalé que “en estos casos, correspondientes a la institución total que es la prisión, los títulos de los que resulta la condición de garante del Estado son la orden de captura —o sus equivalentes— y la sentencia de condena. Ambos actos de autoridad traen consigo la sustracción del sujeto del medio libre en el que se ha desenvuelto y su colocación en un medio totalmente distinto, en el que cada acto de la vida del interno se halla sujeto al control del poder público. La función de garante implica: a) omitir todo aquello que pudiera infligir al sujeto privaciones más allá de las estrictamente necesarias para los efectos de la detención o el cumplimiento de la condena, por una parte, y b) proveer todo lo que resulte pertinente —conforme a la ley aplicable— para asegurar los fines de la reclusión: seguridad y readaptación social, regularmente, por la otra”.*

⁶⁶⁸ *Caso Loayza Tamayo, Sentencia de 17 de septiembre de 1997, cit., nota 606, párr. 57, y Caso Castillo Petrucci..., cit., nota 110, párr. 197.*

si éstos son identificables, aunque no se encuentren previamente individualizados. Esta disposición, que alcanzó primero a “comunidades de paz”,⁶⁶⁹ ha llegado a otros ámbitos: uno de ellos, las cárceles, con el propósito de impedir las más graves violaciones a los derechos humanos;⁶⁷⁰ otro, diferentes comunidades integradas por sujetos identificables.⁶⁷¹

⁶⁶⁹ *Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, Medidas provisionales, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de junio de 2002, y Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de noviembre de 2000, Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó*, considerando 7 y punto resolutivo 3. *Cfr.*, asimismo, *Voto concurrente* de los jueces Alirio Abreu Burelli y Sergio García Ramírez a esta última resolución, que transcribo en García Ramírez, “Cuestiones ante la jurisdicción internacional”, en *Cuadernos Procesales*, *cit.*, nota 158, pp. 41 y ss.

⁶⁷⁰ *Cfr. Caso de la Cárcel de Urso Branco, Medidas provisionales...*, *Resolución de 18 de junio de 2002*, considerando 7.

⁶⁷¹ Así, en la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2003) sobre medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana con respecto a las Comunidades de Jiguamiandó y del Curbaradó (Colombia). *Cfr.*, igualmente, el *Voto concurrente* de los jueces Sergio García Ramírez y Alirio Abreu Burelli en este mismo asunto.