

CAPÍTULO II

LEGISLACIÓN PROCESAL

SECCIÓN A: LAS LEYES PROCESALES LATINOAMERICANAS Y SUS PRINCIPALES NÚCLEOS PROBLEMÁTICOS CON LOS DERECHOS HUMANOS.

1. *Panorama general.*— En el presente capítulo nos encontramos con el inconveniente de una seria equivocidad terminológica: institutos procesales semejantes se conocen en Latinoamérica con diferentes denominaciones, al tiempo que una misma expresión puede señalar institutos conceptualmente diversos. Para evitar los inconvenientes derivados de este fenómeno tratamos de emplear expresiones que puedan comprenderse en toda el área, aunque esto resienta el nivel técnico de la exposición.

En general, como lo demuestran los aspectos particulares que tratamos a continuación, el proceso penal latinoamericano dista de reunir las condiciones del proceso de garantías que requiere la ideología de los Derechos Humanos. Veremos en el curso de la primera parte caracteres que retacean la defensa, refuerzan la intervención de organismos del poder ejecutivo, generan dudas sobre la independencia de los jueces o restringen la misma, convierten en penas medidas que sólo son de naturaleza cautelar, generan oportunidades para apremios y torturas, etc.

Llama poderosamente la atención que, en tanto que la doctrina penal del área haya logrado un desarrollo considerable, no haya sido parejo el desenvolvimiento alcanzado por la doctrina procesal ni por la profundización de las investigaciones de derecho procesal penal comparado. La realidad nos muestra que todas las garantías penales naufragan frente a una ley procesal que posibilite la arbitrariedad y, lo que es

más grave, que la general tendencia de esas leyes implica la quiebra del principio republicano de gobierno, esto es, de la división de los poderes del Estado, puesto que en casi todos ellos se observa con nítida claridad la terrible postergación de los poderes judiciales que, en algunos casos, no son más que organismos que parecen creados para limitarse a cubrir la mera forma republicana con su participación nominal y, en ocasiones, siquiera participar, es decir, en función de mera presencia.

Una clara muestra de la postergación no casual del derecho procesal penal es la falta de adecuación de los textos legales procesales a nuevas instituciones introducidas en las leyes penales, lo que hace que la realización de las mismas se frustre o resulte librada a la más completa arbitrariedad judicial.

2. *La vigencia inmediata de la ley procesal.*—(Textos afectados: Pacto Internacional, art. 14, 1; Convención Americana, art. 8.). En la legislación latinoamericana suele haber referencias genéricas que impiden la retroactividad de cualquier ley en forma perjudicial para cualquier persona (art. 34 de la Constitución de Costa Rica, art. 47 de la Constitución dominicana, art. 14 de la mexicana, art. 67 de la paraguaya), pero, dada la falta de mención expresa de la ley procesal penal, suelen quedar serias dudas acerca de su posible retroactividad. Hay algunas disposiciones expresas que parecen someterla a principios análogos a los de la ley penal. Así, el art. 2 del código procesal costarricense admite la retroactividad, salvo cuando fuere en perjuicio de la persona; el art. 6 del guatemalteco la admite de modo que resulte más favorable al procesado; el art. 4 paraguayo establece la retroactividad más benigna; el art. 20 de la Constitución peruana prescribe la irretroactividad de los procedimientos. El art. 3 del código procesal boliviano prescribe la retroactividad procesal sólo cuando sea más favorable, pero el art. 4 de las disposiciones transitorias del mismo texto dispone la vigencia retroactiva del mismo, salvo para los términos que ya estuviesen corriendo, cuando sea más favorable la ley anterior, lo que parece desbaratar el principio general.

Otras legislaciones prescriben directamente la retroactividad de la ley procesal, como los arts. 158 y 161 del código procesal ecuatoriano, que únicamente exceptúa de esa retro-

actividad los términos en curso y las diligencias que ya hubiesen comenzado a practicarse; los arts. 7, 8 y 357 del código procesal uruguayo, que exceptúan la supresión de un recurso o la eliminación de determinado género de prueba; el art. 44 del código venezolano, que sólo exceptúa la estimación de las pruebas ya evacuadas cuando fuere más favorable al reo; o el art. 8 del código procesal salvadoreño, que prescribe la retroactividad sin reserva ninguna.

Ante la carencia de normas expresas, la jurisprudencia de algunos países adopta criterios diferentes, como por ejemplo la colombiana, que no admite en general la retroactividad, aunque mediante ley especial se la introduce parcialmente, o la brasileña, que la admite en el supuesto de mayor benignidad.

En síntesis, hay una enorme diversidad de criterios respecto de la posibilidad de someter a leyes procesales a una persona en razón de un hecho cometido con anterioridad a la vigencia de esas leyes, que, pasando por alto las particularidades, pueden agruparse de la siguiente manera: *a*) aplicación de la ley vigente al tiempo del proceso (retroactividad absoluta); *b*) aplicación de la ley vigente al tiempo del hecho (irretroactividad absoluta); *c*) aplicación de la ley vigente al tiempo del proceso sólo en cuanto sea más favorable (retroactividad más benigna); *d*) aplicación de la ley vigente al tiempo del proceso con algunas excepciones más benignas (retroactividad con excepciones). Estas posiciones, como vimos, están consagradas legislativamente, o bien son resultado de criterios jurisprudenciales ante el silencio legal.

El problema que la ley procesal penal en el tiempo plantea a los Derechos Humanos es serio, porque el proceso legal a que debe ser sometida toda persona a la que se pretenda penar no puede quedar arbitrariamente a criterio del legislador, en forma que éste pueda variarlo a su antojo. Es obvio que al menos los criterios valorativos respecto de la prueba, los términos, la amplitud del derecho a la excarcelación o libertad provisoria y, en general, los recursos y su amplitud, son aspectos que el legislador no puede recortar arbitrariamente con posterioridad al hecho, porque lesionan Derechos Humanos y, fundamentalmente, el derecho al proceso legal. Por "proceso legal" no puede entenderse otra cosa que el proceso que la ley vigente al tiempo del hecho tiene establecido para la realización del derecho penal de fondo cuyas normas se han viola-

do. De lo contrario, cualquier arbitrariedad legislativa podría eliminar las garantías legales de cualquier procesado en el curso del proceso, tales como reducirle su derecho a la libertad, eliminarle recursos, permitir que la prueba se valore conforme a criterios mucho más amplios, etc.

Es sabido que, por regla general, un proceso penal que contempla un plenario o juicio oral, con valoración de la prueba conforme a la sana crítica o a las libres convicciones, como otorga tan amplias facultades valorativas al tribunal de sentencia, compensa esas facultades del tribunal sentenciador con una etapa instructoria más acusatoria (o menos inquisitoria) que la que por regla general se estila en un proceso con juicio o plenario escrito, en que las pruebas se valoran legalmente (pruebas legales o tasación legal del valor de las pruebas). Si un sistema de juicio escrito e instrucción marcadamente inquisitoria se reemplaza, en el curso de un proceso, por un sistema procesal de plenario oral e instrucción menos inquisitoria, resultaría que la persona se vería sometida a un proceso penal que jamás habría existido legalmente, con instrucción inquisitoria y plenario con amplio ámbito de valoración probatoria. De este modo, esa persona se hallaría en peor situación que si fuese sometida al proceso primero en su totalidad o al segundo proceso en su totalidad, pues recibiría el tratamiento procesal más riguroso de cada uno de ellos.

Este ejemplo es suficientemente demostrativo de las implicancias que un tema resuelto con criterios legales, jurisprudenciales y doctrinarios tan dispares, tiene para los Derechos Humanos.

La tesis según la cual la garantía de legalidad previa se refiere únicamente a la ley penal y no rige para la procesal penal, no parece ser históricamente correcta, pero, eludiendo toda controvertida opinión doctrinaria, resulta incontestable que, siendo el derecho procesal penal *realizador* del derecho penal, un derecho penal que *se realiza* de modo diferente, resulta más o menos riguroso según cuál sea la forma de su realización. A este respecto es importante profundizar el análisis de los límites entre la ley procesal *lato sensu* y la ley procesal *stricto sensu* (esto es, la que establece garantías procesales), siendo la última la que no puede tener efecto inmediato reductor de garantías.

Esta comprobación de lógica elemental nos lleva a *recomendar*:

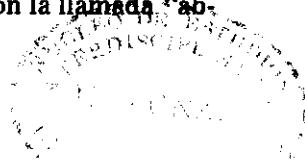
1) *Que se profundice doctrinariamente la investigación jurídica en torno a la medida en que la vigencia inmediata de la ley procesal puede afectar Derechos Humanos.*

2) *Que al menos se rechace como lesiva de Derechos Humanos la retroactividad de una ley procesal penal que restrinja el derecho de defensa, el derecho a la excarcelación o a la libertad provisoria, que suprima recursos o que los limite que amplíe las pruebas cargosas o altere las pautas para valorarlas ampliando las facultades judiciales al respecto.*

3) *Que se consagre expresamente la vigencia inmediata de la ley procesal más benigna.*

3. *Violaciones al principio non bis in idem.*— (Textos afectados: Pacto Internacional, art. 14, 7; Convención Americana, art. 8). El principio *non bis in idem* está consagrado en varios textos constitucionales (por ejemplo, art. 8 de la Constitución dominicana, art. 23 de la mexicana, art. 64 de la paraguaya, art. 60 de la venezolana, art. 153 de la brasileña, etc.) y en múltiples textos legales en forma expresa (art. 7 del código procesal federal argentino, art. 27 del boliviano, art. 1 del costarricense, art. 2 del ecuatoriano, art. 50 del guatemalteco, art. 1984 del panameño, art. 9 del paraguayo, art. 4 del salvadoreño, art. 3 del uruguayo, art. 9 del venezolano) e incluso en algunos códigos penales (art. 2 del código panameño, art. 9 del colombiano). Hay códigos procesales que, sin establecer expresamente el principio, resulta evidente que obedecen al mismo mediante la regulación de la excepción de cosa juzgada (Cuba, Chile). Esto indica que el principio es admitido con validez general en toda América Latina.

Hemos visto que este principio es poco compatible con el instituto de la reincidencia y con cualquier valoración de delitos ya juzgados en un proceso posterior. En el propio ámbito procesal existen algunas disposiciones que parecen comprometer el mismo. Las disposiciones procesales que bordean más peligrosamente la violación de Derechos Humanos en este aspecto, son las que se hallan en los sistemas procesales que admiten el llamado sobreseimiento provisional o provisorio. Este instituto guarda una gran semejanza con la llamada "ab-



solución de instancia" del antiguo proceso de las monarquías absolutas y deja a los procesados en una situación de indefinición procesal que encierra una considerable cuota de estigmatización. Es obvio que la persona que resulta sometida a un proceso, tiene el innegable derecho a una decisión jurisdiccional condenatoria o liberadora en un cierto tiempo, que puede variar según la lentitud o celeridad del procedimiento, pero este derecho le está francamente negado cuando el procedimiento se interrumpe, alegando falta de pruebas, quedando en una situación de indefinición que puede perdurar años, hasta que se prescriba la acción penal.

Es prácticamente unánime el criterio legal y doctrinario de que el sobreseimiento definitivo tiene el valor de cosa juzgada en los términos de una sentencia absolutoria firme, pero en los textos que tienen previsto el sobreseimiento provisional, la situación del procesado, por regla general, queda indefinida (casos de Cuba, art. 267; Chile, art. 409; Panamá, art. 2137; Ecuador, arts. 241, 242 y 246; Guatemala, art. 608; etc.). Además de una indefinición procesal que perdura muchos años y conlleva un sentido estigmatizador, por lo general en el plano administrativo o policial, en ocasiones éste se hace expresamente manifiesto a nivel legal, como por ejemplo la ley contravencional argentina, que prescribe arresto insustituible para el contraventor que registre "dos o más sobreseimientos provisionales" (art. 43 del reglamento de procedimientos contravencionales de la ciudad de Buenos Aires).

Por lo expuesto es recomendable:

1) *Considerar violatoria de Derechos Humanos cualquier consecuencia jurídica negativa que para la persona pueda derivarse de un sobreseimiento provisional o de cualquier forma de cesación provisional del proceso penal incompleto.*

2) *Eliminar las previsiones legales o las prácticas que se traduzcan en absoluciones, sobreseimientos provisionales o cesación o paralización del proceso penal incompleto por falta de pruebas del hecho o de la culpabilidad, al menos en los casos en que la suspensión que del mismo se deriva exceda del tiempo razonablemente necesario de duración de un proceso penal.*

4. *La violación de la garantía del juez natural y los fueros especiales.*— (Textos afectados: Declaración Universal, art.

10; Pacto Internacional, art. 14; Convención Americana, art. 8, 1). La garantía del llamado juez natural (el tribunal competente integrado por jueces independientes y establecido con anterioridad al hecho) está formalmente consagrada, prácticamente en toda Latinoamérica (art. 18 constitucional en la Argentina, 13 en México, 54 en Paraguay, 32 en Panamá, 20 y 233 en Perú, 26 en Colombia, 69 en Venezuela, 153 en Brasil, etc.). No obstante, resulta preocupante el avance que ha tenido la justicia militar sobre civiles en varios países del área o el sometimiento a tribunales especiales para determinados delitos. Ante la proliferación de disposiciones de esta naturaleza, nos ocuparemos de los casos más demostrativos de los últimos años.

a) La "ley de facto" argentina del 19 de noviembre de 1976 creó "consejos de guerra especiales para el juzgamiento de delitos subversivos", sometiendo a dichos consejos el juzgamiento de una serie de delitos previstos en el Código de Justicia Militar y en el Código Penal común. Además de esos delitos especificados estableció la competencia de los consejos para cualquier delito cometido en lugar militar y para los que afecten la vida y la integridad física de personas de cualquier fuerza de seguridad o que perjudiquen objetos afectados al servicio de las fuerzas armadas. Los miembros de los consejos eran designados por los comandantes militares de zona, debiendo ser presididos por un general cuando la pena prevista para el delito fuera de muerte, por un coronel cuando la pena máxima fuera de veinticinco años y por un teniente coronel en los demás casos. El procedimiento aplicable era el del juicio sumario militar en tiempos de paz. El defensor debía ser un oficial no letrado en actividad. En virtud de esta ley fueron condenadas a penas larguísimas muchas personas. A partir de la normalización constitucional, por vía de hábeas corpus, recobraron todas su libertad y se consideraron nulos tales "procesos".

b) La ley chilena 12.927 sobre seguridad del Estado, según el texto del diario oficial del 26 de agosto de 1975, establece un procedimiento especial para los delitos que contempla y, además, establece que, tratándose de hechos cometidos únicamente por civiles, entenderán en los mismos en primera instancia un magistrado de la Corte de apelación y, en segunda instancia, la Corte con excepción de ese magistrado. Si se

tratarse de hechos con intervención de personas sometidas a la jurisdicción militar, entenderán en ellos las cortes marciales, incluso respecto de los civiles.

Existe también en Chile un decreto ley secreto 1629, que se ordenó publicar parcialmente por el decreto ley 425 del 22 de julio de 1977, donde se somete a los tribunales militares a todo infractor a las normas penales que establece, vinculadas a delitos motivados en "movilización nacional".

c) En Colombia, el derogado decreto 1923 del 6 de setiembre de 1978 sancionó el llamado "Estatuto de seguridad", que establecía la imposición de penas de hasta un año de privación de libertad e inconvertibles y en un caso de hasta tres años, por parte de los comandantes de brigada, fuerza naval o base aérea, e iguales penas, en otros supuestos, por parte de los comandantes de estación de policía con grado no inferior al de capitán.

d) En Brasil, el decreto ley 898, del 29 de setiembre de 1969, que definía los delitos contra la seguridad nacional y el orden político y social, establecía la competencia militar para estos delitos, tanto para militares como para civiles, y el sometimiento a las normas procesales militares (arts. 57 y 58).

e) La derogada ley uruguaya 14.068, llamada "ley de seguridad del Estado", del 10 de julio de 1972, establecía también la competencia penal militar para numerosos delitos (cabe aclarar que la existencia de una jurisdicción militar en Uruguay resulta del art. 253 de la Constitución de 1966).

f) El art. 398 del código procesal cubano establece que la sala de delitos contra la seguridad del Estado del tribunal supremo popular puede abocarse al conocimiento de delitos contra la seguridad del Estado en primera instancia, de modo excepcional y en base a la trascendencia pública y social del asunto y de las características personales del presunto culpable.

Estas disposiciones lesionan en mayor o menor medida la garantía del juez natural o la independencia del tribunal que debe juzgar. Es obvio que cuando se trata de juzgamiento de personas por parte de funcionarios pertenecientes a la órbita del poder ejecutivo, la garantía del juez natural y la independencia del mismo están frontalmente lesionadas. En otros casos, hay una pertenencia formal de los miembros de los tribunales de los poderes judiciales. No obstante, esto va conspi-

rando paulatinamente contra la independencia del tribunal, en la medida en que el número de los posibles miembros de los tribunales vaya siendo más reducido y, en especial, cuando esto sucede en delitos políticos o con directa vinculación política. Todos los autoritarismos y totalitarismos contemporáneos tienden o han tendido a someter estos delitos a tribunales no ordinarios o a secciones especiales de tribunales ordinarios. Ello se debe a que es mucho más fácil presionar políticamente o seleccionar con sentido político a un grupo minoritario de jueces, que a todos los miembros de la magistratura. Esta selección arbitraria de jueces políticamente "dóviles", se ve favorecida porque, usualmente, los restantes no se muestran muy dispuestos a integrar estos tribunales especializados. En la práctica, éste es el medio más eficaz para convertir a un tribunal teóricamente especializado en un verdadero tribunal especial. Cualquier especialización judicial —en principio no objetable— resulta altamente peligrosa y, en definitiva, lesionante de la independencia y objetividad de los juicios, cuando se asienta con el objeto de conocer fundamentalmente delitos con significación política directa. De allí que toda sustracción de estos delitos a la jurisdicción ordinaria, por lo regular resulte lesiva de Derechos Humanos.

En consecuencia, creemos *recomendable*:

1) *Rechazar como lesivo de Derechos Humanos cualquier sometimiento de civiles al juicio de funcionarios dependientes del poder ejecutivo o de jueces o tribunales carentes de independencia.*

2) *Eliminar toda especialización judicial en materia de delitos con directa vinculación política y propugnar en tales casos el conocimiento de la competencia penal ordinaria.*

5. *Jurisprudencia obligatoria.*— (Textos afectados: los indicados en el número anterior). La mayor garantía de independencia judicial está dada por la autonomía del juez en la interpretación de las leyes. En el poder judicial no puede admitirse una jerarquía en el sentido administrativo, en cuanto a las interpretaciones de la ley a aplicarse. Lo contrario importaría la quiebra del concepto de poder judicial democrático, reduciendo el mismo a un "cuerpo" u "organismo" autoritariamente comandado por su cúpula, incluso cuando ello implique forzar la conciencia del magistrado al cual su ciencia

le indique que el criterio de la "cúpula" del poder es contrario a la carta o ley fundamental o a principios generales de derecho de validez universal.

Desde el momento en que los jueces pasan a ser meros aplicadores automáticos de teorías consagradas desde las cúpulas jerárquicas de sus poderes, carecen de autonomía e independencia, no tiene sentido ninguna inquietud científica de su parte y se convierten en disciplinados subordinados jerárquicos, imagen que contrasta notoriamente con la que corresponde a la del juez "independiente" que exigen los documentos internacionales de Derechos Humanos.

No cabe duda acerca de que la jurisprudencia de los tribunales colegiados de mayor jerarquía cumple una cierta función de unificación orientadora que es saludable, siendo recomendable que la misma se ordene y sistematice, lo que puede llegar a tener cierta fuerza vinculante consuetudinaria, al estilo de lo que sucede con las "súmulas" del Superior Tribunal Federal brasileño. Sin embargo, este peso de autoridad consuetudinaria, que depende del prestigio del tribunal colegiado de que se trate y de la seriedad de sus planteamientos, es algo bien diferente de la jurisprudencia obligatoria de ese tribunal impuesta por el mero peso de la ley. Tampoco puede confundirse la jurisprudencia obligatoria con un recurso de casación, que para evitar una verdadera anarquía jurisprudencial, permita que un órgano colegiado case la sentencia y dicte una nueva sentencia conforme a un criterio doctrinario único. Esto en nada afecta la independencia del juez que dictó la sentencia casada y, si quiere plegarse en lo sucesivo a la tesis de casación, es cuestión que queda librada a su conciencia. La casación no cercena la autonomía e independencia del magistrado que interpreta las leyes.

Este cercenamiento se produce cuando directamente la ley impone al juez el acatamiento de un criterio jurisprudencial. Los arts. 192 y 193 de la ley de amparo mexicana establecen que la jurisprudencia plena de la Corte Suprema es obligatoria para todos los tribunales inferiores, como también la que se sustente en el criterio de cinco sentencias contestes que no se interrumpan por otra en contrario. Lo mismo establece para la jurisprudencia de todos los tribunales inferiores que funcionen dentro de su jurisdicción territorial.

El art. 27 del decreto ley 1285/58 de "organización de la

justicia nacional” argentina, establece que “la interpretación de la ley aceptada en una sentencia plenaria es de aplicación obligatoria para la misma cámara y para los jueces de primera instancia respecto de los cuales la cámara que la pronuncie sea tribunal de alzada, sin perjuicio de que los jueces de primera instancia o de cámara dejen a salvo su opinión personal”.

Las disposiciones de esta naturaleza conspiran contra la autonomía e independencia de criterio de los jueces, sin que puedan alegarse argumentos de carácter supuestamente prácticos o de “economía procesal” en contra. Importan confundir la función judicial con la función administrativa o ejecutiva y, en definitiva, tienden a un modelo judicial en el cual el área judicial parece identificarse con una rama separada de la administración pública.

Conforme lo expuesto, resulta *recomendable*:

Suprimir todas las disposiciones que establecen la obligatoriedad de la jurisprudencia.

6. *Nombramiento de los jueces, integración de los tribunales y amenaza a la independencia judicial.*— (Textos comprometidos: Pacto Internacional, art. 14; Convención Americana, art. 8). La independencia de los poderes judiciales latinoamericanos es sumamente problemática. Además de los sistemas formales para el nombramiento y condiciones de estabilidad de los magistrados, la historia política reciente de los países del área demuestra acabadamente el desprecio por esa independencia. Los ministros de justicia de algunos países latinoamericanos han tenido, en los últimos años, expresiones abiertamente anti-republicanas. Tal es lo que ha sucedido, por ejemplo, en Uruguay y Colombia, donde ministros del poder ejecutivo han sostenido que la independencia de poderes del Estado es un “mito” y que obedece a un error conceptual, que en el Estado moderno no hay división de poderes, sino de funciones. Estas expresiones, que pretenden retornar al pensamiento del absolutismo monárquico, o al despotismo ilustrado, revelan un frontal choque con la tradición republicana del continente y con cualquier requerimiento de independencia judicial como garantía de objetividad. Estas afirmaciones totalitarias no hacen más que coronar la tendencia a la omnipotencia de los poderes ejecutivos de nuestra área, olvidando que la independencia de poderes no es una alucinación, sino

el requisito indispensable para un mutuo control de legalidad, que es el presupuesto del sometimiento de todos al derecho, es decir, el presupuesto del Estado de derecho.

Los golpes de Estado sufridos por la mayoría de nuestros países y los arbitrarios poderes usurpados por autoridades "de facto" que actuaron sin control de legalidad sobre sus actos, han perjudicado aún más la estabilidad e independencia de los poderes judiciales. Las "puestas en disponibilidad" y otros recursos, como los usados en las décadas del sesenta y setenta en la Argentina, Brasil, Perú y Uruguay, por ejemplo, son una clara muestra de este fenómeno, por más que sea verdad que el grado de arbitrariedad fue diferente.

Dejando de lado los procesos políticos antirrepublicanos, cabe detenernos en las condiciones generales de nombramiento y estabilidad de los jueces, que son pilares fundamentales de su autonomía.

Los sistemas de designación de jueces varían en Latinoamérica. Está extendido el sistema de designación política temporal o por períodos de la corte suprema o tribunal de máxima jerarquía. Así, por ejemplo, en Costa Rica la designación de magistrados de la corte la hace la asamblea legislativa por ocho años, aunque se consideran reelegidos si al cabo de ese período no se les revoca el mandato por dos tercios de votos de la asamblea (art. 158 constitucional); en Venezuela los designan las cámaras legislativas por un período de nueve años (art. 217 constitucional); en Ecuador es el congreso pleno por seis años (art. 203). Más extendida está la designación política de la corte pero con intervención del poder ejecutivo: México, con acuerdo del senado, en forma vitalicia (art. 96 constitucional); Panamá, acuerdo de gabinete con aprobación del órgano legislativo (art. 200 de la Constitución), por diez años (art. 208); Paraguay, el presidente con acuerdo del senado, por cinco años de duración (arts. 180, 195 y 196 de la Constitución); Brasil, por el presidente y el senado (art. 118 constitucional); Argentina, en forma vitalicia, por el presidente con acuerdo del senado (art. 86 constitucional); etc.

Hay intervención de un consejo de la magistratura en pocos países. En Perú los magistrados de la corte son nombrados por el presidente a propuesta del consejo de la magistratura, lo que luego debe ser ratificado por el senado. El consejo de la magistratura se integra con el fiscal de la nación, dos miem-

bros de la corte, tres de colegios de abogados y dos de facultades de derecho. En Colombia la corte suprema designa sus propios magistrados.

En cuanto a la designación de los tribunales colegiados no supremos y jueces de primera instancia, el sistema varía. En algunos países es la corte suprema la que los designa (Ecuador, por cinco años; México, por cuatro años; Colombia, etc.). En Perú y Venezuela intervienen los consejos de la magistratura (en Venezuela se integra con cinco miembros de la corte, dos del congreso y dos del ejecutivo). En Brasil son nombrados por la autoridad política, pero previo sistema de concurso, y adquieren carácter vitalicio después de dos años de ejercicio. En otros países también la designación de los jueces es puramente política, sin carrera, ni concurso ni intervención de ningún consejo (Argentina, Paraguay, etc.).

En rigor, las formas de designación varían, pero se observa en general una marcada tendencia a la dependencia del poder político. Son pocos los países que adoptan la variable del Consejo de la Magistratura, siguiendo el modelo de las más recientes constituciones europeas (Francia, art. 65; España, art. 122; Italia, art. 104; Grecia, art. 90; Portugal, art. 223), pese a ser la fórmula constitucional de mayor independencia. Si bien no es únicamente en la forma de la designación y promoción como se instituye la independencia judicial, éste es uno de los aspectos fundamentales a tener en cuenta. Creemos que es fundamental establecer un sistema racional que integre la opinión de la propia magistratura con representación de todos los sectores de la misma elegidos democráticamente y la proporcional de los sectores representados en el parlamento, estableciendo una carrera que no sea elitista o "cerrada", sino también abierta a profesionales ajenos a la magistratura.

La simple designación política no ofrece ninguna garantía de independencia frente a la administración, pero la designación "cerrada" corre el riesgo de convertir a la administración de justicia en una "corporación", es decir, una agencia que opere en función de los intereses exclusivos de sus integrantes, totalmente separados o indiferentes a los intereses de la mayoría. Lo importante es encontrar un sistema, probablemente de "Consejo", en que una parte sea elegida por el voto de todos los magistrados de cualquier jerarquía y otra se componga de profesores titulares de las universidades nombrados

por el parlamento o por éste y por otras instituciones, que controlen y organicen los concursos y detenten el poder disciplinario. Este sistema, cuyo modelo sería por ejemplo el italiano, permite que los magistrados se agrupen por afinidades ideológicas, destruye la imagen del juez "no contaminado ideológicamente", que debe ser reemplazada por la del juez comprometido con los Derechos Humanos, permite el pluralismo ideológico y el control recíproco entre los diversos sectores de la magistratura.

La circunstancia de que el poder disciplinario lo detente un órgano independiente que no sea el tribunal colegiado superior o supremo, fomenta la independencia de criterio de los jueces. El pluralismo ideológico de la magistratura garantiza un nivel necesario de discusión, debate y tensiones internas, propio de un poder democrático. El sistema de concursos "no cerrados" garantiza el nivel técnico mínimo y la necesaria especialización.

Cabe advertir que una real independencia del segmento judicial requiere algo que, en la mayoría de los países del área no existe, que es la autonomía financiera o presupuestaria del propio poder judicial que, paradójicamente, depende de los otros poderes.

Por lo expuesto, recomendamos:

1) *Que se instrumenten sistemas racionales de selección y ascenso de magistrados judiciales, con pruebas de suficiencia o concursos abiertos en todas las instancias.*

2) *Que la carrera judicial no se convierta en un mecanismo o en una élite cerrada.*

3) *Que se tienda a independizar del poder ejecutivo la selección de los jueces, orientándose hacia el sistema de "consejo", con representantes de las cámaras legislativas, de los abogados, del ministerio público, de las universidades, de las asociaciones profesionales y sindicales y de los magistrados de cualquier jerarquía, electos por sus propios colegas en forma democrática.*

(En el curso de la discusión en Buenos Aires hubo opiniones favorables a la integración de los tribunales con personas ajenas al poder judicial, con sistema de escabinado).

4) *Que se promueva el pluralismo ideológico democrático en la administración de justicia y el compromiso de los jueces con los Derechos Humanos.*

5) *Que el poder disciplinario lo detente el "consejo" como órgano democrático independiente y no los tribunales superiores.*

6) *Que se establezca la independencia financiera y presupuestaria de las administraciones de justicia.*

7. *Independencia del ministerio público.*— (Textos comprometidos: los mismos del número anterior). Es condición elemental del proceso penal respetuoso de la dignidad humana, no sólo la independencia del tribunal, sino la distinción clara entre las funciones procesales (si es que no quiere hablarse de "partes", concepto que se discute en el derecho procesal penal), es decir, entre la acusación, la defensa y el juzgamiento. Es sabido que la identificación o concentración de las funciones es propia del proceso inquisitorial, que es lo exactamente opuesto al proceso de garantías, conforme a larga experiencia histórica que no es del caso recordar.

Este requisito exige que el ministerio público o el órgano encargado de llevar adelante la acusación, sea también un órgano independiente y cuya autonomía funcional se encuentre también garantizada. Las arbitrariedades en la acusación son tan graves como las arbitrariedades en el juzgamiento, dado que, el ejercicio irresponsable de la acusación será el que determine a quién se juzga, lo que introduce un intolerable criterio selectivo aun previo al juzgamiento, puesto que, directamente condiciona la existencia misma de éste. Por regla general se hace referencia a la imparcialidad judicial, pero ésta presupone, ineludiblemente, la imparcialidad del ministerio público, imparcialidad —claro está— en cuanto a la parcialidad de su específica función procesal.

Esta autonomía necesaria para la imparcialidad no depende de que el sistema que se adopte sea el de la acción penal "legal" u obligatoria o que se consagre el llamado "principio de oportunidad". Aun en los sistemas en que se establece el principio de oportunidad, se supone que éste otorga un arbitrio mayor al ministerio público, pero no puede confundirse arbitrio con "arbitrariedad". Siempre, incluso con un amplio margen de arbitrio, éste debe ser ejercido en forma racional, y no respondiendo a intereses o presiones de otros poderes del Estado, particularmente al interés político del poder ejecutivo.

A través de una dependencia del ministerio público del poder ejecutivo, éste puede tener una intervención de tal magnitud en el proceso penal, que imposibilite cualquier juzgamiento imparcial, puesto que el poder ejecutivo determinará, conforme a su interés político de momento, quién deba o no ser sometido a juicio, contra quién se deba o no ejercer la acción penal; puede declamarse legalmente el principio de obligatoriedad de la acción penal, pero, en los hechos, un ministerio público sin autonomía implica un irrestricto criterio de oportunidad concedido al poder ejecutivo.

En este aspecto los sistemas latinoamericanos varían enormemente: *a)* Hay un caso —el de Chile— con un extraño resabio inquisitorial, en el cual no hay fiscales o promotores desde hace más de medio siglo, siendo el propio tribunal el que asume esa función. *b)* En otros supuestos, el ministerio público se halla a cargo de un órgano que depende enteramente del poder ejecutivo, sin que aparezca garantizada su autonomía o independencia funcional (México, Colombia, Argentina, Paraguay). Expresamente en el caso de la Argentina se establece que el poder ejecutivo puede impartir instrucciones en los casos concretos. En México cobra aún mayor poder, puesto que la policía judicial forma parte del mismo, como órgano auxiliar. *c)* En otros países depende del poder ejecutivo en cuanto a su nombramiento o funcionamiento administrativo, pero tiene asegurada su independencia técnica (Uruguay, Panamá, Brasil). *d)* En los menos es un organismo judicial (Costa Rica) o se organiza en forma autónoma y con iguales requisitos de nombramiento y estabilidad que los jueces (Perú).

Ante la comprobación de que la situación continental es de total disparidad, pues abarca desde la inexistencia hasta su organización con el poder de policía judicial y dependiente del poder ejecutivo, pasando por su mera independencia técnica y por su total autonomía, sea o no como órgano judicial, corresponde esclarecer el punto, porque esta disparidad no puede menos que provenir de una falta de reflexión suficiente acerca de las terribles consecuencias distorsionantes de esta función. La dependencia absoluta en que se halla el juez respecto del ministerio público en muchos países (México, Dominicana, por ejemplo), contribuye a agravar el problema. Los discursos jurídicos al respecto se tornan confusos: se pretende que esa impotencia judicial es saludable, como muestra de

criterio acusatorio, cuando el ministerio público y la policía dependen únicamente del poder ejecutivo, con lo cual se logra que el juez, aunque tenga la evidencia pública y notoria de un delito, no pueda hacer nada si el poder ejecutivo no lo desea. Ni siquiera dentro de un mismo país hay claridad conceptual y unidad de criterio a este respecto. En la Argentina, por ejemplo, la dependencia del poder ejecutivo tiene lugar en lo federal y en la capital, en tanto que en casi todas las provincias es un órgano del poder judicial.

Además de todo lo expuesto, dado que un ministerio público independiente en un sistema penal más flexible y dinámico que los que actualmente predominan en el área, sería necesario que en forma pautada responda al principio de oportunidad procesal, resulta conveniente que la representación popular (parlamentaria) ejerza un control permanente, posiblemente a través de delegados parlamentarios o algún sistema análogo, sobre la actuación de dicho ministerio. Un ministerio público con ese control es también el órgano idóneo para tener intervención en cualquier proceso en que se hallen comprometidos los llamados "intereses difusos".

Por lo expuesto, consideramos *recomendable*:

1) *Que se establezca la necesidad de la institución del ministerio público en todos los países del área, como garantía de funcionamiento del verdadero sistema procesal acusatorio.*

2) *Que se refuerce la autonomía e independencia del ministerio público, en forma que los poderes ejecutivos no puedan afectar la independencia judicial promoviendo u obstruyendo el ejercicio de las acciones penales en forma arbitraria.*

3) *Que se otorguen garantías de nombramiento, promoción y estabilidad a los miembros del ministerio público, análogas a las de los jueces.*

4) *Que, en lo posible, se organicen los cuerpos del ministerio público en forma autónoma del poder ejecutivo o como organismos autónomos dentro de los poderes judiciales.*

5) *Establecer un sistema de control de la representación parlamentaria popular sobre el ministerio público, por medio de delegados permanentes u otro sistema análogo.*

6) *Legitimar activamente la intervención del ministerio público como parte en todos los procesos o procedimientos que tuviesen por objeto la tutela de los intereses públicos e indisponibles de la sociedad (intereses difusos).*

8. *Las manifestaciones extrajudiciales y las declaraciones judiciales viciadas.*— (Textos comprometidos: Pacto Internacional: art. 14, 3, g; Convención Americana: 8, 2, g). El valor probatorio de las manifestaciones extrajudiciales es un problema sumamente complejo, que debe analizarse con especial cuidado. Es sabido que la manifestación formulada por una persona privada de libertad ante una autoridad que no es el juez y sin asistencia o control de letrado, no tiene ninguna garantía respecto de que no se haya violado el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo. Si esa manifestación es formulada en forma auto-inculpatoria, no puede en modo alguno tener valor confesorio. La fracción 3 del art. 8 de la Convención Americana dice claramente que “la confesión del inculpado solamente es válida cuando es hecha sin coacción de ninguna naturaleza”. Argumentar que no hay razón alguna para presumir que los funcionarios policiales coaccionan al declarante es una ficción ridícula en cualquier país del área. En el plano jurídico, y conforme a la sana crítica, cabe responder que es de presumir que ejerzan algún género de coacción, desde que son los encargados de investigar y esclarecer los delitos, y el exceso de celo que lógicamente pueden poner en su función los inclinaría siempre a ejercer cierta presión para la confesión, aun cuando sólo sea con consejos. De cara a la realidad, esta respuesta no puede ser más ingenua. Pese a la notoriedad de este fenómeno, las manifestaciones extrajudiciales tienen valor probatorio en casi todos los países, en forma más o menos amplia y consagrada legalmente o por la jurisprudencia.

a) En algunos casos se admite que directamente tengan casi el mismo valor que las declaraciones formuladas ante los jueces, como en la provincia de Buenos Aires, Guatemala, México y Costa Rica. Lo mismo acontece en Venezuela, en que la declaración informativa tiene fuerza probatoria mientras no se desvirtúe en el debate judicial. En Perú los “atestados policiales” se valoran conforme a las reglas de la sana crítica.

b) En otros países la ley no dice nada o se limita a autorizar diligencias previas, aunque la indagatoria sólo sea judicial. En estos casos el valor probatorio depende de la jurisprudencia. Por regla general se le concede el llamado “valor indiciario”, que varía en cuando a su fuerza probatoria (ver la jurisprudencia).

dencia brasileña, federal argentina, uruguaya o colombiana). En algún supuesto sólo se le reconoce valor probatorio cuando es ratificada judicialmente (Panamá). Por regla general, el valor indiciario se eleva al de confesión, pues no faltan criterios jurisprudenciales conforme a los cuales las declaraciones testimoniales de los funcionarios acerca de los dichos tienen valor de testimonio, lo cual, sumado al "indicio" de la declaración, configura la prueba (usualmente llamada "prueba compuesta").

Por una u otra vía, en el caso de la confesión se viola claramente el art. 8, fracción 3a., de la Convención Americana. La convención dice que la "confesión" no es "válida" cuando mediere cualquier coacción (texto *a contrario sensu*). No es posible eludir este texto con el argumento de que no tiene valor de confesión pero tiene valor indiciario que puede ser análogo, o que combinado con la declaración testimonial de los funcionarios intervinientes puede llegar a igual solución.

Hubo algunas tentativas de remediar esto estableciendo la obligatoriedad de la presencia de un letrado en la declaración administrativa. Sin embargo, tales soluciones no son aconsejables, puesto que la presencia letrada incrementa el valor probatorio de la declaración extrajudicial y, por otra parte, resulta relativamente fácil que la autoridad administrativa pueda obtener la presencia de un abogado complaciente.

c) Cabe consignar que la circunstancia de que la única confesión sea la que tiene lugar en sede judicial, tampoco es suficiente garantía de falta de coacción en el área latinoamericana. Se ha comprobado que, con frecuencia, el personal administrativo de seguridad se encuentra presente en el acto de la declaración judicial del presunto imputado, lo cual, obviamente, representa una seria posibilidad de coacción. En otros casos, hay autoridades judiciales que toleran y fomentan el comparendo del detenido a declarar, sometido a medidas físicas de seguridad, tales como esposas. Otro de los medios coactivos difundidos es la permanencia del detenido en una dependencia administrativa policial y el reintegro a la misma dependencia después de la declaración judicial.

d) En la práctica judicial de varios países, con una mera formalidad se pretende salvar la invalidez de las manifestaciones formuladas ante autoridades administrativas o policiales, con una ratificación ante un empleado judicial en una fórmula

la estereotipada. Esta ardidosa solución debe ser cuidadosamente evitada, prescribiendo que la única manifestación con valor probatorio auto-inculpante sea la que efectivamente se efectúe ante el juez, con asistencia letrada, previa imposición del contenido de la imputación que se pretende formular o formula al declarante y del derecho al silencio que le asiste, que en ningún caso puede generar presunción en contra.

En atención a lo expuesto resulta *recomendable*:

1) *Establecer legislativamente la prohibición de consignar en las actuaciones administrativas o policiales cualquier manifestación auto-inculpatoria de la persona presuntamente imputada.*

2) *Consignar que confesión es únicamente la rendida ante el juez y en presencia de abogado y que tampoco tiene valor probatorio de indicio ni de testimonio la declaración de funcionarios administrativos acerca de los dichos del prevenido.*

3) *Considerar insanablemente nula cualquier manifestación, declaración o interrogatorio sin asistencia letrada ejercida en forma material y efectiva y no meramente formal, sea en sede administrativa o judicial.*

4) *Considerar carente de valor probatorio cualquier manifestación o declaración judicial con contenido incriminatorio, que fuese presenciada u oída por personal administrativo o de seguridad o cuando el detenido, después de la declaración, fuese puesto nuevamente bajo custodia de la autoridad que procedió a su detención y custodia preliminares.*

5) *Considerar igualmente carente de valor probatorio toda declaración efectuada por un detenido sometido a medios físicos de seguridad, tales como esposas, grilletes o análogos.*

6) *Considerar violatoria de Derechos Humanos toda delegación de la función de recibir declaraciones o confesiones a la autoridad policial o administrativa.*

7) *Prescribir la necesidad de que al declarante se le imponga previamente del contenido de la imputación que se le formula o pretende formular y del derecho al silencio que le asiste, sin que implique presunción alguna en su contra.*

8) *Considerar insanablemente nula la mera ratificación de una manifestación administrativa o policial en sede judicial.*

9. *Valor probatorio de evidencias obtenidas ilícitamente.—*
(Textos comprometidos: entre otros, Declaración Universal,

arts. 11 y 5; Pacto Internacional, arts. 10 y 14; Declaración Americana, art. 25; Convención Americana, arts. 5, 7 y 8). a) En cuanto a las declaraciones obtenidas mediante medios coactivos, aun cuando no tengan valor probatorio, se plantean serios problemas teóricos y prácticos. Independientemente del medio coactivo —que puede ser la tortura u otro delito—, el problema procesal es el de los efectos jurídicos de la información obtenida de ese modo. Hay a este respecto dos criterios: conforme a uno de ellos, sin perjuicio de investigarse el delito o la irregularidad y sancionársela, se sostiene que la información obtenida y los hechos comprobados a partir de esa información, tienen pleno valor probatorio; el otro criterio sostiene que no puede tomarse como prueba cargosa ninguna prueba que se hubiese obtenido partiendo de una información obtenida ilícitamente.

Entendemos que la solución correcta sólo puede obtenerse a partir del presupuesto del Estado de derecho: el Estado de derecho, que parte de la premisa del sometimiento de todos los habitantes al derecho, no puede beneficiarse con el resultado de un delito. Esta premisa nos lleva a la conclusión siguiente: si la información obtenida lo es a través de una declaración que es nula en razón de alguna violación de forma o irregularidad de trámite, no tienen por qué caer los hechos que se hubiesen descubierto o las pruebas que se hubiesen acumulado a partir de esa información, al menos en forma necesaria. Pero, si esa información se obtuvo por medios aberrantes —apremios, torturas, amenazas— o existe una elevada probabilidad al respecto, ineludiblemente todas las consecuencias cargosas de ese acto deben perder valor probatorio. Es obvio que la investigación de un delito no puede beneficiarse del resultado de medios aberrantes o delictivos que importen gravísimas violaciones de Derechos Humanos y que, en general, repugnen a la más elemental conciencia jurídica.

b) En cuanto al valor probatorio de evidencias de cargo obtenidas mediante el llamado “agente provocador” o por medio de allanamientos o detenciones ilegales, el problema que se plantea es idéntico al señalado. La clave a su respecto estará siempre dada por la imagen del Estado de derecho que como tal, no puede jamás quedar deteriorada mediante el aprovechamiento de actos delictivos o groseramente contrarios al derecho.

c) El empleo del detector de mentiras o "polígrafo", si bien no puede excluirse totalmente porque en sí mismo no es degradante para la persona, bajo ningún concepto puede admitirse que se le reconozca cualquier valor de prueba de cargo al resultado de su utilización.

No sucede lo mismo con el narco-interrogatorio, cuya aplicación misma denigra a la persona, que sólo como parte de un tratamiento y al margen de cualquier actuación procesal puede admitirse, es decir, en forma de narco-análisis consentido por el paciente después de una amplia explicación del médico. En rigor terminológico, es decir, considerando que en el marco de un tratamiento debe ser denominado "narco-análisis", el narco-interrogatorio propiamente dicho resulta absolutamente inadmisibles. A igual conclusión cabe llegar con respecto a las confesiones o manifestaciones obtenidas mediante ardid o engaño.

En atención a lo expuesto, consideramos *recomendable*:

1) *Restar cualquier valor a pruebas que se hubiesen obtenido mediante torturas, apremios ilegales, amenazas o cualquier otro delito.*

2) *Proceder de igual modo en los casos en que mediante la figura del agente provocador, del delito llamado experimental, de los allanamientos, privaciones de libertad y detenciones ilegales o medios análogos, se hubiese obtenido información como resultado de hechos delictivos o de actos groseramente contrarios al derecho o repugnantes a la ética elemental del Estado de derecho.*

3) *Descalificar el uso del detector de mentiras o polígrafo como mecanismo probatorio de cargo, al igual que la declaración obtenida mediante ardid o engaño y prohibir por atentatorio a la dignidad humana el narco-interrogatorio.*

4) *Consignar expresamente en los códigos procesales que en los casos abarcados por las tres recomendaciones anteriores, no sólo carecerán de valor probatorio en contra del imputado o procesado las informaciones obtenidas directamente por esos medios, sino también cualquier otra prueba que no hubiese podido practicarse sin esa información (principio de exclusión total).*

10. *Libertad provisoria o excarcelación.*— (Textos comprometidos: Pacto Internacional, art. 9 fracc. 3; Convención

Americana, art. 7, fracc. 5). La prisión preventiva o provisional, que debiera ser la excepción en el sistema procesal, como resultado de la adopción del modelo napoleónico, pasa a ser casi la regla en los códigos latinoamericanos y, por ende, la excarcelación o libertad bajo caución o provisoria, se erige en una institución cuya regulación es de fundamental importancia. A este respecto, los datos fácticos latinoamericanos son sumamente alarmantes: la investigación que sobre el tema ha realizado la O.N.U. en el área muestra que el 68,47 % de los presos son presos sin condena, es decir, personas sometidas a procesos. Sólo el 31,53 % de los presos latinoamericanos estarían cumpliendo penas.

Esto revela la penosa inversión del proceso penal latinoamericano, que hace incidir el eje principal de la actividad juzgadora en la instrucción, lo que en la práctica distorsiona totalmente el proceso penal, haciendo que el juicio provisorio del organismo instructor, dependiente o cercado por el poder ejecutivo, haga cesar el principio de inocencia e imponga la verdadera pena. Nos volveremos a ocupar más en detalle de esto al analizar la ideología de nuestros códigos procesales, pero vale la pena apuntarlo aquí, donde la ideología que luego destacaremos, se hace más evidente, por alcanzar su punto realmente crítico.

Los datos reales revelan que las regulaciones en materia de excarcelación o su interpretación o su operatividad fáctica, son violatorias de las exigencias de los documentos internacionales de Derechos Humanos.

La regulación concreta del derecho de excarcelación en documentos internacionales se hace en el Pacto Internacional y en la Convención Americana. El Pacto establece el derecho a ser juzgado en un plazo razonable o a ser puesto en libertad, al igual que la Convención. Es obvio que límites tales como el agotamiento en prisión preventiva de la pena solicitada por la acusación, o de la impuesta en la sentencia de primera instancia, o del máximo que le pudiera corresponder por el delito, o del necesario para obtener la libertad condicional en caso que estuviese condenado, no son plazos razonables: no puede considerarse razonable, tratándose de una privación de libertad que sólo busca asegurar la presencia del preso a juicio, un término que importa el agotamiento de la pena que, en caso de ser penado, pudiera corresponderle. Un análisis somero

de las disposiciones que rigen la excarcelación en el área nos muestra que la misma *tiene por objeto preferente un anticipado cumplimiento de la pena y no un mero aseguramiento de la presencia del procesado.*

a) En casi todos los textos hay supuestos en que la prisión preventiva se mantiene hasta la sentencia, preceptiva o potestativamente. En la Argentina, esto tiene lugar en cualquier caso en que el juez crea que la persona intentará eludir la acción de la justicia, sin señalarse pautas para tal juicio de probabilidad (art. 380). En Bolivia no se excarcela a los reincidentes habituales y profesionales, ni a los procesados por delitos de incendio y terrorismo ni por delitos vinculados a "sustancias peligrosas", incluyendo la tenencia. En Brasil no se excarcela a los procesados por vagancia y mendicidad, a los que ya hubiesen sido condenados por otro delito doloso, cuando el delito haya causado clamor público o haya sido cometido con violencia o grave amenaza y, en general, cuando el juez considere que es inconveniente. En Colombia no es procedente cuando la persona hubiese sido condenada por delito doloso en los diez años anteriores o procesado tres veces en igual tiempo o cuando hubiese estado gozando de otra excarcelación por delito doloso. En Costa Rica, cuando el tribunal lo considere inconveniente. En Cuba cuando el delito haya producido alarma social, cuando sea frecuente en la provincia o municipio, cuando se presuma que tratará de eludir la acción de la justicia, cuando se trate de un delito contra la seguridad del Estado. En Chile, cuando el juez lo considere necesario, cuando hubiese antecedentes de que tratará de eludir la acción de la justicia o de continuar su actividad delictuosa, cuando revele habitualidad o profesionalidad, y cuando haya sido condenado a penas que conjunta o separadamente superen los cinco años de presidio. En la Dominicana cuando la Corte de Apelación considere que no median razones poderosas en favor del pedimento, en delitos de juego, de tráfico de drogas y contra la seguridad del Estado. En Ecuador, en los delitos penados con reclusión y cuando la persona fuese reincidente. En Guatemala los reincidentes, los habituales y una larga lista de delitos, algunos de relativa o escasa gravedad. En Haití los procesados por robo, estafa, vagancia, los reincidentes, los que tienen antecedentes penales y los procesados por delitos que tengan previstas penas aflictivas o infamantes. En Nicara-

gua los procesados por delitos contra el orden de las familias o la moralidad pública. En Panamá los procesados por violación, por robo o hurto con fractura y por abigeato. En Paraguay cuando mediare reincidencia o reiteración. En Perú en los casos de delitos patrimoniales dolosos de funcionarios públicos contra entes públicos en que trabajen, de delitos contra la salud pública, de algunos delitos contemplados en leyes especiales y en caso de habitualidad, como en general, cuando el juez lo considere inconveniente. En Uruguay cuando el juez o la corte lo consideren inconveniente. En El Salvador en los casos de profesionalidad. En Venezuela a los procesados por lesiones dolosas cuando la víctima no se hubiese restablecido, y a los que se hubiesen fugado.

b) En casi todos los códigos se prevén límites conforme a la magnitud de la pena del delito: en la Argentina cuando el máximo legal no supere ocho años, en Bolivia cuatro años, en Brasil cuando el mínimo no sea superior a dos años, en Colombia cuando la pena sea de arresto (cinco años de máximo), en Costa Rica no hay límite y en Cuba únicamente se excluyen los delitos penados con muerte o pena máxima privativa de libertad, en Chile prácticamente tampoco hay límite, en Ecuador si el delito no tiene pena de reclusión (mínimo tres años), en El Salvador cuando el máximo no pase de tres años, en Guatemala de cinco años, en Haití y Honduras de tres años, en México de cinco años, en Nicaragua de dos años, en Panamá cuando el mínimo sea superior a cinco años, en Paraguay cuando el máximo no exceda de dos años, en Perú de tres años, en Dominicana no hay límite que la impida, en Uruguay cuando el mínimo no supere los dos años al igual que en Venezuela.

En algunos textos se reconocen excepciones, aun cuando la pena exceda de esos límites, siendo las más comunes que quepa esperar una pena concreta dentro del límite o en forma condicional, que por el tiempo de detención ya pueda obtener la libertad anticipada o condicional en caso de condena, que haya extinguido la pena pedida por el fiscal o impuesta en primera instancia o que se encuentre gravemente enfermo.

c) Como puede verse los criterios son varios: se concede una amplia facultad de apreciación al tribunal; se limita conforme a la escala penal y se establecen algunas excepciones en que el tribunal aun dentro de esos límites puede negarse a

concederla u otras en que incluso fuera de esos límites puede concederla. En casi todos los casos queda siempre a salvo la potestad del tribunal para negarla sin mayor fundamento, dada la amplitud de las fórmulas que suelen usarse.

En la práctica, se trata de un ámbito en que rige la mayor arbitrariedad judicial. Las consecuencias de esta arbitrariedad, considerando el gravamen que causa la prisión o detención preventiva y el volumen de casos, es más grave que la arbitrariedad en la individualización y cuantificación penal.

d) Sin embargo, al menos en cuanto a duración, los documentos internacionales de Derechos Humanos son suficientemente claros: la prisión preventiva debe ser razonable. ¿Qué límite temporal tiene la racionalidad? Consideramos que cuando un procesado lleva en prisión preventiva la mitad del tiempo que pudiera corresponderle por el delito, una elemental razón de equidad debe hacer viable la excarcelación, puesto que sería irracional y ampliamente violatorio del principio de legalidad lo contrario.

En cualquier caso, cualquiera sea la amenaza de pena, cuando un proceso con detenido dure dos años, puede no ser razonable, pero conforme a la experiencia media judicial del área, debe ser admitido de momento como límite máximo. Sin duda que cuando se excedan los dos años no es posible demorar la libertad del procesado, a menos que la demora obedezca a planteamientos y obstáculos disparatados de la defensa o del mismo procesado o a su rebeldía o a una enfermedad mental sobreviniente del mismo. En ese sentido, no puede caerse en la ingenuidad de considerar que se agotó el plazo razonable cuando el procesado se hubiese ocupado permanentemente de cambiar defensores para provocar la demora o cuando una asociación ilícita que le protege coaccione constantemente a los defensores para que renuncien y obstaculicen de esta forma el proceso.

No obstante, este límite máximo de dos años creemos que señala el máximo tolerable para los instrumentos de Derechos Humanos, pero que lo ideal, en cualquier caso, sería llegar a un máximo que nunca supere los cuatro meses de prisión preventiva. En este sentido sería bueno que las constituciones incorporasen como principio que el máximo de la prisión preventiva no debe superar los cuatro meses. No obstante, en tanto se adecuen los procesos penales a ese límite

máximo, éste podría ser superior (aunque nunca excediendo de dos años, que sería ya violatorio de Derechos Humanos), pero que, a medida que las leyes procesales vayan disminuyendo los límites máximos no puedan luego otras leyes volver a extenderlos, con lo cual se consagraría constitucionalmente un límite de reducción progresiva de la prisión preventiva, análogo al de la abolición progresiva de la pena de muerte establecida en la Convención Americana.

e) En el análisis de las disposiciones concernientes a excarcelación se observa claramente que la prisión preventiva tiende a responder a criterios de pena y no a los de una mera medida cautelar: peligrosidad, alarma social, frecuencia del delito, clase de delito, etc. Esto revela que su función es punitiva aun en los textos legales. Aquí el propio discurso jurídico lo dice, por mucho que la doctrina quiera disimularlo. El criterio no está fijado por pautas que tengan en cuenta la probabilidad de eludir la acción de la justicia, sino que, cuando es casi seguro o probable que en caso de condena la pena sea privativa de libertad en forma efectiva, la excarcelación no es en general procedente. Del principio de inocencia no queda nada y tampoco de la inconveniencia de las penas cortas privativas de la libertad. Por otra parte, la función punitiva aparece bien clara cuando se prohíbe la excarcelación en delitos menores, como en el caso de la vagancia y la mendicidad, en que surge con toda precisión que la ley pretende resolver represivamente un problema social que el Estado no sabe, no puede o no quiere resolver por otros medios. Sin perjuicio de la dudosa legalidad de la tipificación de la vagancia, sin duda que la prohibición de excarcelación es groseramente violatoria de Derechos Humanos.

Por otro lado, no puede ser admisible que se obstaculice la libertad procesal de una persona porque es reincidente o porque es probable que se la declare tal. Esto significa que la libertad de un condenado queda sometida al arbitrio policial y, en el mejor de los casos, que quien haya cumplido una pena, no sólo debe abstenerse de cometer un delito, sino cuidarse de no dar lugar a que la autoridad instructoria, en el secreto de su inquisición, pueda pensar que lo cometió. La función criminalizante que desempeña este obstáculo es formidable.

f) Como si todo esto fuese poco, se establece en casi todos los textos la caución real o fianza, lo que introduce otra

intolerable forma de discriminación en países como los nuestros. Nuestras cárceles latinoamericanas están también pobladas por procesados que no pueden obtener su excarcelación por ser pobres. Por otra parte, a nadie se le puede escapar que estas fianzas, impuestas en estas condiciones, suelen ser criminógenas, pues es sabido que muy frecuentemente se pagan con el producto de otros delitos o con el ejercicio de la prostitución.

g) Un dato aún más aterrador muestra una tendencia al favorecimiento de los funcionarios o empleados policiales o de seguridad, tratando de crear sólo para ellos el principio de inocencia que se viola respecto del resto de la población. En Perú, el decreto ley 19.644, del 5 de diciembre de 1972, establecía en su art. 2 esta increíble disposición: "Los miembros de las Fuerzas Policiales que a la vigencia del presente decreto ley, se encuentren sujetos a investigación administrativa o judicial, ante los Fueros Común o Privativo Militar, por razón del uso de sus armas por actos de servicio o en ocasión de él, no serán objeto de medida preventiva administrativa ni judicial, mientras no se expida sentencia condenatoria que les imponga pena efectiva privativa de libertad". El art. 3 establecía la exclusiva competencia del fuero militar.

Un proyecto, no menos extraño, fue presentado al Senado de Venezuela en julio de 1982, autorizando la libertad bajo fianza en los casos de homicidio y lesiones, "cuando aparezca comprobada en la fase inicial del sumario judicial, que el procesado actuó en cumplimiento de un deber, o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo, sin traspasar los límites legales, o en estado de necesidad". Es claro que procura amparar sólo a los funcionarios policiales. Ello se deriva de la exclusión de la legítima defensa. La discriminación, por otra parte, es irritante, porque se beneficia a quienes cometan homicidio o lesiones, pero no a los autores de delitos contra la propiedad en estado de necesidad. Lo realmente insólito del proyecto venezolano es que si *prima facie*, aparecen probados los extremos de cualquier eximente de pena, no se comprende para qué debe prolongarse la prisión preventiva, cualquiera fuese el delito por el que se procesa y cualquiera sea la calidad de la persona procesada. Cuando hay una relevante posibilidad de absolución, no cabe entender para qué se mantiene la privación de libertad de una persona. Ello

constituye una burla más cruenta aún al principio de inocencia, que con el mencionado proyecto se quería evitar sólo para los funcionarios policiales.

Ante el panorama referido resulta indispensable que las vías de acción o recurso rápido (como el hábeas corpus) se habiliten para cualquier caso de detención judicial, no limitándose únicamente a privaciones de libertad no judiciales o administrativas. Dada la gravedad irreparable que asume en la práctica la resolución denegatoria de la excarcelación, que es casi idéntica a la de una sentencia condenatoria, es necesario reconocerle su analogía con ésta y, sin perjuicio de las acciones o recursos rápidos, admitir la procedencia de la apelación y revisión en todas las instancias ordinarias y extraordinarias.

Todo lo expuesto hace aconsejable recomendar:

1) *Que el procesamiento de una persona sólo por excepción fundada en la finalidad del proceso pueda acarrear la prisión preventiva de la misma.*

2) *Que el procesamiento sin prisión o detención preventiva o provisional sea previsto con carácter general en las legislaciones procesales, sin excluir indiferenciadamente los delitos dolosos o preterintencionales.*

3) *Que cualquier prisión preventiva que se prolongue más de dos años, sin que el procesado o la defensa hayan obstaculizado arbitrariamente la marcha del proceso, se considere violatoria de Derechos Humanos y no se admita constitucionalmente en ningún país del área.*

4) *Que las constituciones consagren que el máximo de la prisión o detención preventiva o provisional no pueda exceder de cuatro meses, salvo que el procesado o la defensa hayan obstaculizado arbitrariamente la marcha del proceso y que, en tanto se adecuen las estructuras legales y materiales para llevar a término el proceso en ese tiempo, los máximos legales tolerados —nunca superiores a dos años conforme a la recomendación anterior— no puedan ser ampliados ni puedan volver a extenderse a medida que se reduzcan (principio de reducción progresiva a irreversible del plazo máximo de la prisión o detención preventiva o provisoria).*

5) *Que ni siquiera pueda alcanzar el plazo máximo vigente cuando implique más de la mitad de la pena que estimativamente pudiera corresponderle en caso de condena.*

6) *Que no se mantenga cuando surgen probabilidades relevantes de un resultado absolutorio en la causa en razón de evidencias respecto de cualquier eximente.*

7) *Que no se imponga a nadie una caución real o fianza, cuando por sus medios sea claro que no puede prestarla.*

8) *Que el criterio para dictar o no la prisión preventiva de una persona sea siempre y únicamente la necesidad de asegurar su presencia en juicio y que en modo alguno se tomen en cuenta criterios punitivos, tales como la conducta anterior del imputado o similares.*

9) *Que en modo alguno se hagan discriminaciones privilegiadas para funcionarios públicos.*

10) *Habilitar la vía de hábeas corpus y sus similares contra las decisiones judiciales que dispongan privaciones de libertad procesales o la prolongación de las mismas, sin perjuicio de lo cual se posibilite la revisión de las resoluciones denegatorias de excarcelación por todas las instancias ordinarias y extraordinarias.*

11) *Considerar violatorias de Derechos Humanos las prohibiciones de excarcelar a vagos y mendigos y otras que únicamente persiguen fines represivos o intimidatorios, pero no procesales.*

11. *Amparo de la libertad y hábeas corpus.*— (Textos comprometidos: Declaración Universal, art. 8; Pacto Internacional, art. 9; Convención Americana, art. 7). La teoría procesal acerca de los recursos que amparan la libertad personal contra restricción o privación arbitrarias es nutrida y controvertida. En buena parte ello obedece a las diferentes técnicas constitucionales y legales para regular estos recursos, juicios o acciones. Una suerte de polémica acerca de la mayor bondad o efectividad de los sistemas parece haberse desatado hace unos años entre los especialistas en el tema, lo que en cierta forma ha sido saludable. Por último, entran en juego opiniones personales de los autores, puntos de vista científicamente encontrados y frecuentemente inconciliables. En el plano político también contribuye a complicar el tema la restricción que de estos remedios procesales suele padecerse en las situaciones de excepción y una cierta sensibilidad jurisprudencial que, de acuerdo a las circunstancias, se hace más generosa en

la amplitud de su contenido y forma o, por el contrario, cae en restricciones inadmisibles que los desvirtúan.

Desde el punto de vista de los Derechos Humanos no nos incumbe entrar en las disputas teóricas acerca de la naturaleza de los respectivos remedios procesales —recurso, acción o juicio— ni sobre el sistema preferible en teoría o técnica legislativa (hábeas corpus en Costa Rica, Panamá, Paraguay, Argentina, Uruguay, Venezuela, etc., amparo en México, Nicaragua, etc., proceso sumarísimo en Cuba), como tampoco en las más comunes discusiones comparatistas (si abarca la privación de libertad llevada a cabo por particulares, si es procedente también contra resoluciones judiciales, si puede interponerse o entablarse telefónicamente, etc.), sino destacar que el requerimiento de *rapidez y efectividad* es lo que primordialmente interesa desde nuestra perspectiva. Estos remedios procesales, por su naturaleza, no deben ser formales, menos aún exigir firma letrada y, especialmente, gozar de un trámite preferencial y urgentísimo. Desde el ángulo de los Derechos Humanos es necesario que legal o jurisprudencialmente se cumplan los requisitos de rapidez (términos brevísimos y perentorios), amplitud (que abarquen el mayor número de hipótesis de privación de libertad arbitraria o ilícitas posibles y aun la mera amenaza), informalidad (que los requisitos formales sean mínimos y pueda ser interpuesto por cualquier persona, de ser posible incluso en forma actuada) y que los jueces tengan atribuciones legales que les permitan imponer sus requerimientos de informes a cualquier autoridad.

Es importante que, en las situaciones de excepción, se mantenga la amplitud de este remedio. Lamentablemente, en casos como el de la Argentina, por ejemplo, la Corte Suprema nombrada por el gobierno militar en 1976 resolvió que la detención por orden del poder ejecutivo en Estado de sitio era de exclusiva incumbencia de este poder y no debía el poder judicial erigirse en juez de su racionalidad. Con posterioridad, cuando ya se habían practicado todo género de violaciones de Derechos Humanos y ante la inminencia de la visita de la comisión de la O.E.A., la Corte Suprema argentina quiso cambiar su imagen y otorgó una nueva amplitud al remedio procesal, que se mantuvo ante la inmediata pérdida de poder del régimen.

En los últimos meses de 1985 el gobierno constitucional argentino decretó el "Estado de sitio" por sesenta días para controlar la situación de alarma pública generada por la reiteración de atentados de ultra-derecha y dispuso la detención de doce personas a "disposición del poder ejecutivo". Ex funcionarios del máximo nivel del régimen militar anterior asumieron inmediatamente el patrocinio de los detenidos, invocando el control de racionalidad judicial, pretendiendo aplicar la jurisprudencia sentada por la Corte "de facto" en casos en que se registraban privaciones de libertad de seis y más años, al supuesto en que ni siquiera habían transcurrido veinticuatro horas. Algunos jueces de primera instancia hicieron lugar a los hábeas corpus. En segunda instancia, en general, se revocaron estas medidas, explicando que el control de racionalidad, si bien existe siempre para evitar aberraciones, es una función que aumenta en razón directa con la extensión y gravedad de las medidas dispuestas por el poder ejecutivo. La Corte Suprema ratificó este criterio.

De cualquier manera, es sumamente importante que la población conozca que tiene a su alcance este recurso jurídico y, precisamente por ello su representación debe ser lo menos formal posible y no estar limitada por requisitos tales como cauciones, sellados o timbrados, firma letrada, etc. Su divulgación forma parte de la educación jurídica de la población. Por otra parte, es menester evitar cualquier cercenamiento arbitrario por vía conminatoria, tales como costas ejemplarizantes y otras análogas, que tampoco han estado ausentes en varios países.

Ante las disparidades de criterios técnicos señalados y las opiniones teóricas comparatistas divergentes, creemos que es conveniente coincidir en puntos mínimos, sobre la base de los Derechos Humanos y *recomendar*:

1) *Que se profundice la investigación de estos recursos, acciones o juicios, respetando las tradiciones legislativas, pero cuidando que tanto dichas tradiciones como los enfoques teóricos se inclinen siempre a una mayor urgencia y efectividad práctica del instituto.*

2) *Que se cuide que su presentación sea siempre lo más simple e informal posible, suprimiendo todo obstáculo que pueda perturbar su eficacia, tales como firma letrada, sellados, nomen juris, cauciones, etc.*

3) *Que se instrumente de forma que pueda valerse del mismo cualquier persona del pueblo y que el título para su valimiento no sea otro que el simple interés por la libertad de un semejante.*

4) *Que no se admitan cercenamientos por vía de intimidación, tales como costas ejemplarizadoras u otros análogos.*

12. *Incomunicación de la persona privada de libertad.*— (Textos afectados: Declaración Universal, arts. 5 y 11, ap. 1; Pacto Internacional, arts. 10, 1; 14, 3, b; Convención Americana, arts. 5 y 8, 2, d). La incomunicación de la persona privada de libertad es uno de los dispositivos procesales más gravemente atentatorios contra los Derechos Humanos, aunque la magnitud de la violación depende de su regulación concreta pues hay algunas previsiones más prudentes que otras. De cualquier manera, la experiencia enseña que *la incomunicación de la persona privada de libertad es la ocasión de la tortura.*

Aun cuando en la práctica no sea usual el recurso aberrante de la tortura y del apremio ilegal, el mero hecho de que una persona se halle privada de libertad y sin poder comunicarse con nadie que le inspire cierta seguridad y confianza, que le haga saber de su familia y de otras personas de su amistad, de las versiones periodísticas, que el personal administrativo le deforme —intencionalmente y por ignorancia—, la gravedad de su situación legal y lo más conveniente a la misma, constituye una agresión a su integridad psíquica y aun física, que, debido al estado de tensión que genera, es susceptible de provocar daños físicos y ha costado la vida de muchas personas (accidentes circulatorios provocados por el *stress*). Esta circunstancia resulta aún más grave porque los efectos más lesivos los padecen las personas que, habiendo o no cometido algún hecho, carecen de una experiencia previa de detención, es decir que, si bien el principio de inocencia ampara a todos por igual, los peores efectos de la incomunicación recaen sobre personas en las cuales las probabilidades reales de inocencia son mucho mayores, porque nunca han sido criminalizadas anteriormente. La incomunicación, por sí misma, es una forma de apremio ilegal, lesivo de Derechos Humanos, sin contar con que la declaración que brinde una persona después de permanecer varios días en esta situación es por demás suscep-

tible de ser calificada como "no libre" y, por ende, procesalmente sospechosa.

De lo expuesto surge que la incomunicación de una persona detenida compromete simultáneamente varios Derechos Humanos: la integridad física y psíquica (*stress*); el derecho a declarar libre de toda coacción; el derecho a ser tratado dignamente; el principio de inocencia y el derecho de defensa. Todo ello sin contar con que, en la práctica, es la ocasión propicia para la tortura y los apremios ilegales.

En Latinoamérica hay textos legales que regulan expresamente la incomunicación de detenidos. Así, en Colombia puede durar hasta tres días, al igual que en Uruguay (art. 124), hasta seis días en Paraguay (arts. 214 y 215), hasta la indagatoria en Panamá (art. 2067), hasta ocho días en la Argentina (art. 257), hasta veinticuatro horas en Ecuador (art. 19, *h*, constitucional) hasta diez días en Costa Rica, por el "tiempo absolutamente indispensable" en Nicaragua (art. 96; cabe consignar que el art. 97 autoriza el uso de grillos y del cepo) y en Dominicana (art. 429), por diez días en Chile (arts. 298, 299), que pueden prolongarse si son necesarias diligencias a distancia y reimplantarse por períodos de hasta cinco días, por dos días en Bolivia (art. 114) aunque ese límite sólo rige para la policía, pues parece no haber término para el juez.

En algunos textos la incomunicación parece atemperarse en la mayor parte de sus consecuencias negativas, desde que no es oponible al abogado. Así sucede en Brasil, donde no puede exceder de tres días, pero no parece tener vigencia para el abogado, conforme al art. 89 de la ley de la Orden de los Abogados (ley 4215, de 1963). En otros textos esta posibilidad de comunicación con el abogado está más restringida o es meramente facultativa para el juez o autoridad instructora. En Perú hay una serie de limitaciones constitucionales y legales, pero las excepciones permiten incomunicar hasta diez días (art. 133). Hay textos constitucionales que expresamente prohíben la incomunicación, como en Venezuela (art. 60, inc. 3º) y México (art. 20, inc. 2º). Por último, hay países en los que no se dispone nada al respecto.

Como puede observarse hay países en los que está expresamente prohibida, otros que la limitan temporalmente con plazos muy variables y aun sin término fijo, otros que no contienen disposición al respecto y otros en los que se la admite

sin ser oponible al defensor. Son hipótesis muy diferentes, lo que revela que, en general, existe una falta de consciencia clara respecto de este instituto y de su significación teórica y práctica.

Es importante consignar que en los casos en que la incomunicación no rige para el abogado, la mayor parte de sus efectos negativos se neutralizan, pero esto debe ser cuidadosamente valorado, porque las deficiencias de la organización de las defensorías oficiales hacen que justamente las personas más vulnerables al sistema penal, carezcan de un real contacto con el letrado que les es asignado, lo que, en definitiva, introduce una forma de desigualdad ante la ley.

¿Es realmente indispensable la incomunicación para la investigación judicial de una *notitia criminis*? La circunstancia de que haya sistemas procesales que no la autorizan demuestra suficientemente que no es indispensable. La experiencia enseña que no tiene efecto práctico positivo justamente en las formas más graves y sofisticadas de criminalidad (la organizada y con alto poder económico, frente a personas con clara idea de la forma más conveniente de actuar, etc.). En definitiva, es un medio práctico para “doblegar” a las personas más humildes, desprevenidas y vulnerables. Como todo medio inquisitorio, debe ser valorado dentro de la tónica ideológica general del proceso, de la que nos ocuparemos más adelante.

En consecuencia de lo expuesto, consideramos *recomendable*:

1) *Establecer la comunicación de cualquier persona privada de libertad con su abogado, garantizándole la libre comunicación desde el primer momento de la detención.*

2) *Procurar la supresión de toda forma de incomunicación de cualquier persona detenida, autorizándola únicamente por resolución judicial, en los casos en que fuese estrictamente necesario para cumplir los fines procesales, por un tiempo muy breve —no más de uno o dos días corridos— y en ningún caso oponible al abogado y de conformidad con todos los principios humanitarios que deben imperar en la prisión o detención preventiva o provisional.*

13. *Algunas características particulares de los procedimientos.*— (Textos comprometidos: todos los que establecen garantías judiciales). a) *Secreto del sumario.* Son varios los países

latinoamericanos en los cuales el secreto del sumario se impone incluso al procesado y a su defensor (Chile, Argentina, Paraguay, Nicaragua, Perú, Venezuela, Colombia, etc.). Se trata de una característica inquisitoria que, obviamente, limita el derecho de defensa en forma grave. Obedece al viejo esquema de fortalecer la función de la instrucción y, como resultado de la enorme injerencia de órganos del poder ejecutivo en esta etapa procesal, fortalecer esta injerencia. Corre, pues, el doble riesgo de lesionar tanto el derecho de defensa como de desequilibrar los poderes del Estado republicano en favor del poder ejecutivo.

b) *Duración de la instrucción*. El tiempo en que debe agotarse la etapa sumarial varía en los diferentes textos legales: quince días o un mes en Costa Rica, según que haya o no detenidos; sesenta días que pueden prolongarse hasta seis meses en Cuba y en Dominicana; dos meses en Ecuador; seis meses en la Argentina; diez meses en México; veinte días en Nicaragua; dos meses en Panamá; seis meses y veinte días en Perú; cuarenta días en Brasil; veinte días en Bolivia; treinta en Venezuela; ciento veinte en Uruguay. En general, suelen ser términos razonables, aunque la larga duración de los procesos y el enorme porcentaje de personas que sufren prisión o detención provisoria o preventiva, indican claramente que estos términos no se cumplen o que las leyes procesales se interpretan arbitrariamente a este respecto.

c) *Forma del plenario o juicio*. En América Latina hay tres formas de plenario: el escrito, el oral y el pseudo-oral.

El sistema de juicio o plenario *escrito* en el cual aunque haya alguna nota de oralidad —por lo general los alegatos, que se suelen reemplazar también por un escrito— lo fundamental es que las pruebas se producen por escrito, labrándose actas para cada testigo, que deponen en forma discontinua y ante funcionarios administrativos, aunque formalmente se haga constar que declaran ante el juez, es un sistema que permite una delegación casi total de las funciones judiciales en empleados administrativos. La misma tarea de “proyectar” la sentencia se delega y la intervención personal del juez es mínima, pudiendo ignorar o nunca ver al procesado, al fiscal y al defensor y no conocer siquiera el contenido de la causa, que también suele serle resumido por sus colaboradores. Es obvio que este sistema conduce a una delegación tan enorme, que no

puede existir el mínimo de intermediación razonablemente necesario para resolver. La judicialidad del plenario es meramente formal y el juicio recae sobre expedientes que terminan por tramitarse burocráticamente.

El sistema de plenario o *juicio oral* consiste en la concentración de la prueba a producir en audiencias sucesivas y continuas —de no ser posible en una misma audiencia—, en la declaración del procesado, producción de alegato y pronunciamiento de la sentencia, que puede postergarse brevemente, por lo general entre uno y cinco días como máximo. Este sistema tiene la ventaja de concentrar la prueba, garantizar una intermediación ineludible, impedir cualquier delegación de funciones judiciales, garantizar más ampliamente el derecho de la defensa a interrogar a los testigos y peritos y, especialmente, ser el único sistema idóneo para satisfacer realmente el requisito de publicidad, es decir, el control público del proceso.

El sistema de *pseudo-oralidad* es una patología de la práctica del sistema oral, que virtualmente lo convierte en escrito: se trata del sistema que, si bien es oral, permite que las audiencias se discontinúen, en forma que a los testigos se los vaya interrogando por separado y en forma actuada, a lo largo de varias semanas y hasta meses. La discontinuidad de las audiencias hace que el tribunal no tenga presente las circunstancias del caso a la hora de dictar sentencia y, en definitiva, ésta se dicte con los elementos escritos, lo cual también puede delegarse. Obviamente, se trata de un sistema sólo formalmente oral. La diferencia con el escrito finca sólo en la presencia del tribunal en las audiencias.

El único desmedro de garantías que puede señalarse al sistema oral es que el tribunal altere la versión de las pruebas recibidas en forma arbitraria y significativa para las conclusiones del fallo. No obstante, este peligro queda fácilmente conjurado con un doble registro magnetofónico de las audiencias, guardándose las cintas en sobre lacrado y firmado por las partes, durante los días necesarios para el vencimiento del término del recurso de revisión por violación de formas o arbitrariedad. El ínfimo costo de este medio técnico obvia cualquier objeción presupuestaria.

d) *El jurado de conciencia*. En varios países del área existe jurado de conciencia para algunos delitos. Tal acontece, en diferente medida, en Brasil, Colombia, Nicaragua, Ecuador, Sal-

vador y México. La constitución argentina lo impone, pero nunca se reglamentó. No corresponde abrir juicio sobre la conveniencia o inconveniencia del jurado popular, problema que se halla sumamente debatido, sino destacar la necesidad de que su composición debe ser sumamente vigilada en nuestros países, para que no concluya en el juicio de una elite o clase social minoritaria, que imponga ilimitadamente su criterio valorativo. Téngase en cuenta que el jurado de conciencia resuelve las cuestiones de prueba sobre la base de las libres convicciones, es decir, sin fundar razonadamente la valoración, lo cual le otorga un margen de apreciación enorme, que, en sociedades con diferencias de clase y culturales tan marcadas como son las nuestras, no puede quedar librado a cualquier arbitrario prejuicio de clase. Si el jurado pretende ser una representación popular, sólo puede serlo en la medida en que lo integren personas de diferentes sectores y no únicamente profesionales o comerciantes de clase media o alta. No es cuestión de describir los métodos para lograr esta integración, que pueden ser diferentes y es una cuestión práctica discriminar el preferible, conforme a las características del país, pero, es necesario destacar la necesidad señalada.

En base a lo que se ha apuntado, creemos prudente *recomendar*:

1) *Que se procure la supresión del secreto del sumario para la defensa o que se la reduzca a un tiempo sumamente breve.*

2) *Que se respeten los plazos legales para la conclusión de la instrucción de una causa y que los mismos no excedan del mínimo razonable.*

3) *Que se fomente la forma de juicio o plenario oral y público, y con concentración de toda la producción de pruebas, alegatos y sentencia en una única audiencia o en sucesivas audiencias continuadas.*

4) *Que se registren magnetofónicamente las audiencias de juicio oral y se guarden los registros.*

5) *Que en los casos en que hay jurado de conciencia, se busque la forma de integrar el mismo con personas provenientes de todos los sectores sociales y no únicamente con profesionales, comerciantes, rentistas o propietarios de clase media o alta.*

14. *Criterios de valoración de pruebas.*— (Textos interesados: Pacto Internacional, art. 14; Convención Americana, art. 8). En doctrina suele distinguirse entre los sistemas de las íntimas o libres convicciones, sana crítica y pruebas legales, aunque suele disputarse acerca del concepto que con cada una de estas expresiones quiere proporcionarse. No nos interesa entrar en esta disputa doctrinaria ahora, sino distinguir, conforme a nuestros propósitos, entre un sistema que otorga valor probatorio pleno o indiciario a algunas pruebas y que le resta valor a otras en determinadas circunstancias o condiciones, y otro sistema en que no se dan reglas fijas o preestablecidas para valorar la prueba, sino que el juez o tribunal debe valerse de la lógica.

En rigor, el proceso penal regula la reconstrucción de la verdad de un hecho pasado. En tal sentido debe valerse de un método análogo al de la historia, que es una ciencia que procura también la reconstrucción de la verdad acerca de hechos pasados. La diferencia entre ambos métodos prácticamente no existe, pues entre ambos conocimientos media una distinción de objeto —naturaleza de los hechos— y no de método. Las etapas del método histórico son la heurística (reunión de pruebas), la crítica externa (verdad o falsedad material), la crítica interna (verdad o falsedad ideológica) y la síntesis. La heurística procesal es la que establece cuáles pruebas son o no admisibles. Las críticas y la síntesis son realmente la etapa valorativa. En la historia, al igual que en el proceso penal, se emplea la lógica o “sana crítica”. No obstante, algunas leyes introducen un conjunto de reglas, operando la sana crítica para todo el resto. Dichas reglas limitan la facultad crítica del tribunal. Reglas de valoración legal encontramos en la Argentina, en Colombia, en Paraguay, en Panamá, en Nicaragua, en Chile. Conforme a la sana crítica, sin reglas limitativas, se valora en Bolivia, Brasil, Uruguay, Guatemala, Ecuador y Costa Rica. Hay algunas pautas de las pruebas legales que son violatorias de Derechos Humanos, como la presunción contra quien tiene en su poder una cosa hurtada o robada, si antes ya ha sido condenado por ese delito (Colombia, Panamá). Sin embargo, el sistema de pruebas legales, fuera de este supuesto, ofrece mayores garantías, pues limita la facultad crítica

del tribunal. Cabe preguntarse, pues, si el sistema de la sana crítica es menos compatible con los Derechos Humanos.

A nuestro juicio, la respuesta no puede ser rotunda. En la medida en que la instrucción sea inquisitoria o napoleónica, las limitaciones a la valoración de la prueba por el tribunal cumplen una función garantizadora positiva, puesto que restringe el arbitrio del tribunal de plenario, lo que compensa el tremendo arbitrio de la instrucción. Pero, en la medida en que el centro de gravedad del proceso penal pase al plenario, siendo la instrucción un trámite destinado únicamente a establecer la necesidad de juicio, es lógico que las pruebas legales deben desaparecer o limitarse considerablemente. Lo que resulta incompatible con los Derechos Humanos es que una instrucción inquisitoria, secreta, con privación de libertad e incomunicación, no se compense con limitaciones valorativas en el plenario, porque en tal caso el procesado queda primero ilimitadamente a merced del criterio de la instrucción y, luego, por si esto fuese poco, también del tribunal de juicio, que en el proceso escrito suele ser incluso la misma persona.

Es obvio que, cuando se trata de jurados, la valoración debe hacerse conforme a la íntima convicción. Ésta es una exigencia del propio sistema de jurado popular, porque sería un sistema de juicio directo del pueblo, equivalente a una forma plebiscitaria en lo legislativo. El problema es saber si la íntima convicción, la libre convicción o el criterio de conciencia, como se le llama, es viable para valorar la prueba por parte de un tribunal técnico. Hay códigos que permiten este sistema aún para el tribunal técnico. Así, en Uruguay, rige la libre convicción en materia de proxenetismo, juego, usura y usurpación; en Perú la regla es el "criterio de conciencia". En Brasil se establece la libre convicción, pero al exigirse la motivación del fallo se pone de manifiesto que el sistema debe ser el de una crítica racional de la prueba.

Nuestra respuesta es que, tratándose de un tribunal técnico, no es admisible la libre convicción del tribunal. El tribunal técnico no ejerce una soberanía directa, sino una representación republicana, y cualquier autoridad que ejerce una función republicana está obligada a hacerlo en forma racional, de modo que el desempeño de esa función pueda ser controlado públicamente. Un proceso penal es un "asunto público" en que el ciudadano tiene derecho a participar por sí o por sus

representantes (art. 23 de la Convención americana) y, como es lógico, si los jueces resuelven “en conciencia”, se trataría de decisiones en las que nadie podría participar porque no podrían controlar el criterio que los guía.

Conforme a lo expuesto, creemos *recomendable*:

1) *Exigir que la valoración de la prueba se haga en forma razonada por parte del tribunal.*

2) *Eliminar las presunciones legales emergentes de antecedentes o condenas anteriores del procesado.*

3) *Propugnar la eliminación del sistema de pruebas legales, pero no admitirla sin la simultánea erradicación de la instrucción inquisitoria.*

15. *Motivación de la sentencia.*— (Textos interesados: Pacto Internacional, art. 14; Convención Americana, art. 8). No hay sistema procesal latinoamericano en el cual no se exija la motivación de la sentencia penal (así Argentina, arts. 495, 496; Bolivia, 85 y 242; Brasil, 386 y 387; Colombia, art. 163 constitucional; Costa Rica, 395; Cuba, 43 y 44; Chile, 500; Dominicana —jurisprudencia de casación—; Ecuador, 290; Guatemala, 190; México, 95; Nicaragua, 323; Panamá, 2216; Paraguay, 482; Perú, 233, 280, 281 y 285; Salvador, 374; Uruguay, 245; Venezuela, 42). El tema, aunque es más amplio, está íntimamente vinculado al que tratamos en el párrafo 13. Concluimos allí en que una sentencia penal compatible con los Derechos Humanos debe ser racionalmente motivada en cuanto a la valoración de la prueba, salvo en el caso del jurado. Aquí se impone ampliar el principio y afirmar que toda sentencia penal debe ser racionalmente motivada, en todas sus partes, salvo cuando intervenga un jurado popular y sólo en la parte de prueba de los hechos. Esto es también consecuencia de la necesidad de que cualquier autoridad republicana —delegada— debe ejercer sus funciones racionalmente para posibilitar el control público.

Sin embargo, pese al reconocimiento expreso de este requisito de las sentencias, en la práctica judicial no siempre se halla una motivación racional o adecuada de las sentencias. Frecuentemente hay fórmulas —llamadas a veces “sellos”, “planchas”, etc., es decir, repeticiones estereotipadas— que sirven para eludir la motivación o para encubrir bajo unas pocas líneas reiterativas una auténtica falta de motivación. Este

fenómeno suele darse, particularmente cuando se trata de la cuantificación de la pena, pero frecuentemente tiene lugar en instancias superiores,alzada y extraordinarias, respecto de la totalidad de la sentencia y hasta pasando por alto los argumentos del recurrente, lo que es particularmente grave cuando se trata de la argumentación de la defensa. Por supuesto que no es necesario que una sentencia reitere lo que es perfectamente identificable, lo que constituiría un formalismo absurdo y contrario a la economía procesal, pero de lo que se trata es del reconocimiento del curso del razonamiento acerca de los aspectos fácticos y jurídicos, que, en forma directa o en función de remisiones accesibles, pueda hacerse efectivo.

Obviamente, si bien aquí nos referimos a la sentencia, puesto que es la pieza fundamental, en la cual más notoria se hace la violación de Derechos Humanos por falta de fundamentación, lo cierto es que en el curso del proceso penal abundan las resoluciones que prácticamente tienen casi un efecto análogo. Así, una resolución que dispone una prisión preventiva o que niega una libertad provisoria puede tener, para la libertad de la persona, iguales o peores efectos que la sentencia. Dado que resulta difícil establecer cuáles son estas decisiones asimilables a las sentencias y que, en definitiva, el control de racionalidad debe extenderse a cualquier resolución judicial decisoria, es decir, que no sea de mero trámite, consideramos acertado que los mismos requisitos establecidos para la sentencia se extiendan a éstas.

En consecuencia, consideramos que es *recomendable*:

1) *Establecer como requisito de validez de cualquier sentencia que permita el reconocimiento del curso del razonamiento del tribunal acerca de las cuestiones de hecho o de derecho que resuelve y que responda las argumentaciones medulares de las partes y, en especial, de la defensa.*

2) *Que el mismo principio se extienda a cualquier resolución judicial decisoria, es decir, que no sea de mero trámite.*

16. *El derecho de defensa, las formas procesales y las condenas en rebeldía.*— Todos los documentos internacionales sobre Derechos Humanos, todas las constituciones políticas latinoamericanas y todos los códigos procesales garantizan el derecho de defensa. Sin embargo, sabemos que no todos pueden ejercer ese derecho, que media un fenómeno altamente

selectivo en la defensa. También sabemos que no en todos los momentos y sistemas procesales se permite la intervención del defensor con igual amplitud. En el inquisitorio de la instrucción bonapartista la defensa prácticamente no interviene. Con real ingenuidad inquisitoria, un procesalista francés de la decadencia del segundo imperio decía que el mejor consejero del imputado es el juez instructor. En cada caso hemos tratado de destacar estas limitaciones y aquí no cabe reiterar esas observaciones, sino únicamente la premisa fundamental de que lo más compatible con los Derechos Humanos es la intervención de la defensa en cualquier diligencia de la que pueda resultar prueba en contra del imputado.

No obstante, hay algunos aspectos en los cuales es bueno extenderse.

a) Hay procedimientos en los cuales la acusación individualiza los hechos conforme a una calificación legal, la defensa responde la imputación de los hechos abarcados en la acusación y la sentencia recae sobre circunstancias fácticas que parcialmente no se corresponden con la acusación, dado que "cambian la calificación". Aunque ya hemos hecho referencia tangencial al fenómeno, dado lo extendido que está en el área, lo precisaremos porque se trata de una importante lesión al derecho de defensa.

En principio, no se lesiona el derecho de defensa si la acusación se formula en forma alternativa (robo o encubrimiento, por ejemplo) y el tribunal condena por uno u otro de los delitos, porque la defensa se instrumentó contra ambos cargos. Tampoco se lesiona el derecho de defensa si la acusación fue por un hecho que se califica como correspondiente a una tipicidad que requiere un supuesto fáctico de mayor extensión que el que el tribunal considera probado y califica de otra manera (en lugar de homicidio con alevosía, homicidio simple, por ejemplo), pero hay un exceso fáctico que no fue materia de juicio si la sentencia condena por un delito que presupone la prueba de algo que no fue incluido en la acusación (si la acusación fue por robo solamente, la condena por encubrimiento recae sobre una acción diferente que no fue debatida; si la acusación fue por tentativa, no puede condenarse por delito consumado, etc.).

b) Las formas procesales constituyen garantías pero no se trata de rituales que sean fines en sí mismos, sino que, justa-

mente, tienen un fin en la medida en que sirven a las garantías contra la arbitrariedad. No obstante, la marcada tendencia burocratizante de la práctica judicial suele degenerar las formas en formalismos y hacerles perder de vista su funcionalidad, o, mejor dicho, las convierte en algo diferente: en obstáculos al ejercicio del derecho de defensa.

Así, las nulidades por violación de formas, que son subsanables y que no perjudican ninguna garantía, o que en el caso concreto no harían más que perjudicar los intereses de las partes, con una innecesaria demora procesal, deben ser erradicadas. Por el contrario, los escritos de defensa no pueden consistir en papeles con una firma letrada, que cumplan con el cometido formal de posibilitar la condena, sino que deben ser defensas materiales, con contenido defensivo y elemental nivel técnico. Estas carencias deben dar lugar a nulidades insanables.

c) Una forma de afectar la defensa, que proviene del viejo proceso absolutista, en que se pretendía evidenciar que la voluntad estatal era tan omnímoda que se cumplía aun contra cosas, animales, muertos y ausentes, es la supervivencia de la condena en rebeldía. Aunque cabría pensar que la condena en rebeldía no es común en Latinoamérica, dada la tradición republicana, la influencia bonapartista es tan enorme que hace que, con diferente amplitud, subsista en buen número de países (Cuba, Chile, Colombia, Dominicana, Ecuador, Haití, Nicaragua, Panamá, Venezuela).

Consideramos *recomendable*:

1) *Insistir, con carácter general, en que lo más congruente con los Derechos Humanos es la intervención obligatoria de la defensa desde el momento en que la persona es objeto de detención o persecución policial o administrativa y en cualquier instancia o actuación que pueda acarrear perjuicio a la persona o a los derechos de su defendido.*

2) *Cuidar que la jurisprudencia, so pretexto de cambio de calificación legal, no extienda esta facultad hasta hacer recaer condenas sobre hechos que, total o parcialmente, no estaban abarcados por la acusación y, por ende, no fueron materia de juicio ni del debido control defensivo.*

3) *Prescindir de cualquier declaración de nulidad fundada en una violación de formas que no afecte garantías o que, en caso concreto, sea perjudicial para las partes.*

4) *Promover la nulidad de cualquier defensa que sólo cumpla con los requisitos externos de la misma, pero que carezca de contenido defensivo, asegurándole la defensa sustancial mediante la retrotracción del proceso a la etapa que resulte necesario para la garantía del efectivo ejercicio de ese derecho.*

5) *Prescribir claramente que las partes pueden intervenir activamente en los actos procesales y muy especialmente interrogar al procesado, a la víctima, a los peritos y a los testigos.*

17. *Derecho de defensa e intervención del querellante en los delitos de acción pública.*— Se debatió ampliamente el tema, particularmente en Río de Janeiro, y no se logró un general acuerdo. Por un lado, el principio de prioridad efectiva de la víctima parece oponerse a la supresión del querellante en los delitos de acción pública. Igualmente, la experiencia de los últimos años en casos de delitos del poder traducidos en gravísimas violaciones a los Derechos Humanos, particularmente en la Argentina, ha indicado que la figura del querellante fue fundamental para obligar a la investigación de tales hechos. Estos argumentos llevarían a postular la necesidad de mantener o establecer la figura del querellante, con facultades análogas a las del ministerio público, en el proceso penal, en delitos de acción pública, tendencia contraria a la que viene abriéndose paso en varios países, que postula su supresión y reemplazo por la figura del “actor civil en el proceso penal”.

En sentido contrario, se observó que la experiencia también indica que la presencia del querellante en los delitos de acción pública es masivamente usada para entablar acciones penales en supuestos delitos contra la propiedad, fundamentalmente en defraudaciones, como medio para instrumentar al proceso penal erigiéndolo en recurso coactivo para el cobro de sumas de dinero, lo que perturba en gran medida el funcionamiento de la administración de justicia. En este sentido se objetó que, a nivel masivo, el querellante se convierte en un medio de elitizar la justicia en lugar de constituir un medio de ampliar el acceso a la misma.

Dado que no se logró un acuerdo, el tema quedó abierto.

Sin embargo, hubo un acuerdo básico sobre la necesidad de mantenerlo o establecerlo en los delitos del poder político o económico y de no retacear su intervención so pretexto de

que los bienes jurídicos que tutelan estos delitos son colectivos (administración pública, constitución, etc.), como se lo ha pretendido en alguna jurisprudencia. Resulta claro que los bienes jurídicos que indican las leyes penales son enunciados con fines clasificatorios y, así, cuando por ejemplo, un abuso de autoridad se dice que es un delito contra la administración pública, ello es en principio cierto, pero esto no implica que no haya una víctima de ese abuso de poder, que es una persona a la que se ha lesionado un derecho o garantía, y que, como tal, tiene derecho a querellar.

Por lo todo lo expuesto se recomienda:

1) *Mantener o establecer la intervención en el proceso penal del damnificado o víctima de un delito de acción pública, como querellante con facultades análogas a las del ministerio público, en los delitos del poder político o económico, en aquellos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones y, especialmente, en los crímenes de lesa humanidad.*

2) *Declarar inadmisibles el rechazo de la intervención del querellante en procesos por los mencionados delitos, con el argumento de que los bienes jurídicos que se tutelan son colectivos.*

3) *Profundizar el estudio y debate acerca de la conveniencia de la intervención del querellante en los restantes delitos de acción pública.*

SECCIÓN B: LAS IDEOLOGÍAS DE LOS CÓDIGOS PROCESALES PENALES LATINOAMERICANOS Y SU COMPATIBILIDAD CON LOS DERECHOS HUMANOS.

1. *Las fuentes de la legislación y doctrina procesales.*— Las fuentes legislativas en materia procesal penal en latinoamérica fueron, básicamente, las leyes de enjuiciamiento criminal de España, el código napoleónico y las ideas de Bentham, en el siglo pasado, y el código italiano de Rocco en éste. Doctrinariamente, la influencia más importante fue la de los comentaristas españoles y franceses y, en este siglo, los autores italianos. La doctrina alemana, que tanta influencia tiene en materia penal, prácticamente no cuenta en materia procesal (ocasionalmente se cita la traducción de Beling y no tiene difusión la

parcial de Eb. Schmidt). La legislación y doctrina anglosajonas son vistas casi como una curiosidad y no se ha seguido en nada la línea de garantías que inspirándose en esa vertiente se desarrolló en la segunda mitad del siglo pasado en algunos países. En general, el desarrollo doctrinario del derecho procesal penal latinoamericano es muy inferior al del derecho penal. Por lo común, va a la zaga del derecho penal o del procesal civil, aunque se tiende a la primera vertiente. Nuestros procesalistas penales suelen ser penalistas. Casi no hay análisis ideológico de la legislación procesal. El discurso jurídico procesal es más hermético al dato de realidad que el penal.

El descuido del derecho procesal penal llega al extremo de reformarse textos penales, cambiarse códigos penales enteros, y mantener los viejos códigos procesales, fenómeno que se reprodujo en varios países.

En este momento parece que Europa continental vuelve su mirada hacia instituciones procesales anglosajonas y especialmente hacia sus sistemas de garantías. Sin embargo, no parece suceder algo análogo en Latinoamérica. Las reformas procesales penales parecen estar más inspiradas en la práctica que en la doctrina. La práctica judicial, por cierto, no es ninguna fuente de inspiración, puesto que, por regla general, es resultado de vicios burocráticos.

El retraso del derecho procesal penal respecto del penal, constituye otro síntoma más de la disparidad de objetivos del discurso jurídico manifiesto o ideología teórica y la ideología real o resultados efectivos del sistema: el derecho procesal penal es realizador del penal, si se reforma el penal y se descuida el procesal, pareciera no darse mucha importancia a la realización.

2. *Las lecturas ideológicas de los códigos procesales.*— Suele repetirse que en materia procesal penal se enfrentan o combinan los principios inquisitorio y acusatorio: en el inquisitorio las funciones procesales tienden a concentrarse en el tribunal, que es juez, acusador y defensor a un tiempo; en el acusatorio las funciones estarían completamente separadas y el tribunal no podría hacer nada no pedido por las partes. Por lo general, en las obras de derecho procesal latinoamericano se enseña esto y luego se dice que en ese país se adopta el sistema "mixto". En realidad con esto no se dice casi nada o

nada, porque históricamente es bastante discutible la existencia de un sistema inquisitorio puro (quizá lo más aproximado fuese el de la república veneciana, pero, en definitiva, un inquisitorio puro se pierde confundido con una policía política secreta) tanto como la de un acusatorio puro (quizá lo más cercano fuese el individualismo penal germano), pero es de toda evidencia que en el mundo contemporáneo es inimaginable. Si desde el punto de vista del acusatorio y del inquisitorio todos los sistemas históricos son mixtos, afirmar que el propio sistema es "mixto" es decir muy poco o nada desde el punto de vista de una definición ideológica.

Ante la lectura de los textos latinoamericanos y el desconcierto que provoca la pluralidad de denominaciones y la disparidad de instituciones, se hace necesaria otra clave de lectura, al menos frente a la comprobación de que el proceso penal en Latinoamérica no parece operar en forma óptima ni mucho menos, a juzgar por el número de presos sin condena y por la duración de los procesos. No debemos desprendernos del criterio "acusatorio-inquisitorio", puesto que se trata de una brújula general, y la marcada inclinación al inquisitorio será autoritaria, por regla general, pero estamos conscientes de que una correcta tutela de los Derechos Humanos requiere también ciertos poderes dispositivos en el tribunal, para suplir a las partes. No sería concebible que las omisiones de la acusación pública o particular, que pueden obedecer a temor, presiones del poder ejecutivo, etc., dejen desprotegidos bienes fundamentales como la vida, tanto como pensar que las omisiones de la defensa dejen en estado de indefensión al procesado. Consecuentemente, y sin perder de vista que el inquisitorio puro es autoritario o totalitario, la adecuada tutela de los Derechos Humanos requiere cierta dosis, aunque sea mínima, de ese ingrediente. La clave de lectura, pues, no puede estar en esta orientación general únicamente.

Cuando observamos los sistemas que en el comienzo del siglo pasado pugnan en Europa, vemos que hay dos criterios o tendencias: a) En una de ellas, el órgano que deberá llevar adelante la acusación, con estricto control de la defensa, reúne las pruebas que considera necesarias para llevar adelante la acusación y provoca el juicio, si hay mérito para ello, pero la totalidad de las pruebas se producen o reproducen en el juicio y el órgano que juzga tiene muy amplias facultades valorati-

vas. En líneas generales sería la orientación anglosajona. b) La otra tiende a crear un organismo inquisitorial que reúne pruebas con muy poca intervención de la defensa, y luego, en una instancia de "juicio", se limitan a completar estas pruebas si las partes lo piden y las circunstancias lo permiten, controlando la legalidad de las pruebas reunidas, calificando el hecho en definitiva y fijando la pena. Éste es el sistema bonapartista en cuanto a delitos.

Obsérvese que en los sistemas de origen bonapartista el órgano inquisitorial o bien pertenece o depende del ejecutivo, o bien está cercado por el poder ejecutivo (policía, fiscal dependiente del ministerio de justicia, intervención formal del "juez" por medio de una "delegación" de "diligencias" en el poder ejecutivo, etc.), lo cual es lógico, porque se trata de un sistema de origen imperial, en que la jurisdicción no pasa de ser un control de legalidad de la actividad de gobierno, que es la ejecutiva. Si con este sistema bonapartista el tribunal de "juicio" dispone de amplias facultades, la cosa resulta peor, porque a las pruebas reunidas por el poder ejecutivo se puede dar el lujo de agregarle ilimitadamente las que quiera y de valorarlas todas como quiera, es decir que, a una inquisición policial o ejecutiva se le agrega una inquisición judicial. No obstante éste era el modelo que tendía a difundirse en Europa, de la mano del código penal napoleónico. La función del derecho penal era el apuntalamiento de la estructura estatal imperialista y el proceso penal era su realización funcional, es decir, la vigilancia de que nadie se apartara de las directivas precisas que partían de la voluntad de la cúpula: servidumbre a la ley era sometimiento a la voluntad de la cúpula. El ejecutivo comprobaba la violación normativa —el desacato al Estado— pero alguien debía controlar que los mismos órganos del ejecutivo no se apartasen de esa voluntad en forma anti-funcional. Al tiempo que reforzaba el poder imperial obstaculizaba una corrupción que podía minar la estructura. Si bien otro era el discurso manifiesto y el propio Napoleón no parecía muy de acuerdo con el proceso penal que estableció en 1808, la afirmación —tantas veces repetida— de que la instrucción inquisitoria, secreta y con la prisión preventiva como regla, se compensa con un juicio plenamente acusatorio, pronto se reveló como falsa, al resultar de toda evidencia que hay pruebas que no pueden reproducirse en el plenario o juicio: en la

práctica, las pruebas producidas en el sumario por la policía no podían reproducirse en el juicio.

Esta comprobación lleva a flexibilizar el inquisitorio de la instrucción en algunos códigos europeos, como el italiano de 1865, que influye en la ley de enjuiciamiento española de 1872. Pero, repuesta la monarquía borbónica en España, se modifica la ley de 1872, suprimiéndose el jurado y el juicio oral por un "juicio escrito", lo que a través de la ordenación de 1879 pasó a numerosos países latinoamericanos (Argentina, Chile, Paraguay, etc.). Para garantizar cierto equilibrio en forma diferente, el inquisitorio llevado a cabo por la autoridad ejecutiva o con predominio o dependencia de ésta, viene a ser controlado por una instancia escrita en que las pruebas pueden o no reproducirse —cuando se puede y se pide— y debe ser valorada conforme a ciertas reglas —sistema de pruebas legales—, limitándose la facultad de la instancia controladora para la producción de pruebas de oficio (inquisitorio) sólo a las que pudiesen beneficiar al procesado. Como estas limitaciones en España parecían inconvenientes porque provocaban muchas absoluciones, en pocos años se devolvió al juicio sus amplias facultades de valoración probatoria.

De lo dicho se deduce que la lectura ideológica debe pasar por el papel que desempeña el poder ejecutivo y la etapa inquisitoria en el proceso penal. Así: *a*) Si tenemos una etapa procesal inquisitoria, cuyas pruebas valen para condenar, esta etapa es la decisiva; *b*) si estas pruebas se reúnen por un órgano de la acusación o del poder ejecutivo, o por un órgano judicial cercado por dependientes del poder ejecutivo (cuya autonomía judicial es sólo nominal), esto significa que la división de poderes se altera notoriamente y con ella la independencia del juicio; *c*) si a ello agregamos la duración de los procesos y la generalización de la prisión preventiva, resulta claro que la instancia de control —que es a lo que queda reducido el "plenario" escrito— ve limitado su poder de control en tal medida que en ocasiones es una declaración, pues en las condiciones vigentes para la excarcelación, la función de control de pruebas reunidas en la instrucción llega cuando se agotó la pena o una parte importante de la misma.

En síntesis: las pruebas tienden a reunirse en una instrucción inquisitoria y con fuerte presencia del poder ejecutivo; en función de ellas se le hace sufrir ya una pena al procesado;

la instancia de control de esta pena y de sus pruebas llega cuando ya la sufrió el procesado en el 70% de los casos.

3. *Las graves consecuencias de la falta de percepción del fenómeno.*— Si seguimos por este camino, la consecuencia es que el ejecutivo decide el proceso penal, ya sea directamente o por medio de sus órganos que limitan al ente judicial más o menos formalmente instructor. Al menos esto será lo que suceda en delitos no muy graves, pero en buena medida en todos. La deformación bonapartista del proceso penal latinoamericano está, pues, en la instrucción, en la circunstancia de que sea inquisitoria, de que sus pruebas sirvan para condenar, de que no haya necesidad de reproducirlas en un juicio, de que sea secreta, de que el procesado no tenga derecho de defensa en esa etapa, de que pueda incomunicárselo y, además, de que el propio organismo instructor dependa del poder ejecutivo o esté rodeado por el poder ejecutivo.

En la medida en que se sostenga en nuestra área la vieja instrucción bonapartista de 1808, el árbitro principal del proceso penal latinoamericano será, sin duda, el poder ejecutivo y sus organismos policiales. En el mejor de los casos y siempre que sea factible en un tiempo razonable, la verdadera intervención de un órgano judicial independiente tendrá una función revisora y controladora. Cuanto mayor sea la duración de los procesos, la limitada función controladora judicial resultará más declarativa.

Por supuesto que estas afirmaciones topan con la misma argumentación bonapartista: se necesita una instrucción inquisitoria y "dura" para proteger a la sociedad y evitar que se pierdan las pruebas. Es evidente que si se suprime la instrucción bonapartista y se mantiene la instancia de "plenario" con las meras facultades controladoras, no se podría realizar prueba alguna. Pero de lo que se trata es de cambiar de modelo, es decir, de pasar de un proceso penal en que el poder ejecutivo desempeña un papel protagónico, a un proceso penal en que el papel protagónico lo tiene el organismo de juicio, es decir, el poder judicial. Se trata de pasar a un sistema procesal en el cual las pruebas se produzcan y valoren en el juicio, por el tribunal que sentencia, el cual, lógicamente, debe tener un mayor poder dispositivo (inquisitorio). Se trata de renunciar al sistema bonapartista, sea en forma originaria o en versión

corregida, y adoptar el equilibrio de funciones sobre la base del sistema anglosajón (esto no significa adoptar servilmente instituciones anglosajonas, sino el equilibrio de su sistema). La "sociedad" no queda indefensa, como pretenden los defensores del bonapartismo, sino que las facultades inquisitorias que en el bonapartismo ejercen en secreto y sin control organismos del poder ejecutivo (en forma directa o indirecta) deben pasar a ejercerse a la vista de las partes y del público por un organismo judicial. Las facultades inquisitorias —valorar prueba sin más limitación que la lógica, disponer pruebas, careos, preguntas, repreguntas, inspecciones oculares, ampliación de opiniones técnicas, etc.— no pueden desaparecer, como vimos, so pena de dejar sin tutela Derechos Humanos fundamentales o de condenar a una persona sólo por fallas técnicas de su defensor, pero esas facultades inquisitorias deben ser ejercidas en la forma y por el organismo al que le competen en una república —judicial— y no por una policía imperial con los métodos que le son propios.

No obstante, la repetición sin mayor análisis de que el principio napoleónico da lugar a una instrucción inquisitoria y a un plenario acusatorio, ha llevado a postular y a consagrar legislativamente considerables aumentos de facultades dispositivas del tribunal de plenario, en la convicción que, de ese modo se amplía el carácter acusatorio del proceso, cuando en realidad no se hace otra cosa que introducirle principios inquisitorios al plenario. Al introducir estas facultades en el plenario, manteniendo más o menos inalterada la estructura de la instrucción napoleónica, lo que se consigue es un general aumento del principio inquisitorio, que se traduce en el siguiente efecto: el plenario, que se limitaba a controlar la legalidad de la instrucción bonapartista, pasa a ser una etapa en la cual, cuando se comprueba que no se ha reunido suficiente prueba contra el procesado, de oficio (inquisitoriamente) puede producírsela, o bien, condenar valorando libremente la que se le entrega reunida. De este modo, el panorama no puede ser más terrible. el poder judicial pasa a ser el encargado de completar la tarea condenatoria iniciada por el poder ejecutivo, no es ya siquiera su control, sino directamente el que cubre sus omisiones; las facultades inquisitorias no pasan de un órgano ejecutivo a uno judicial, sino que ya las tienen ambos, para que si no tritura el primero en secreto, lo haga el segundo en pú-

blico. Ideológicamente esto es mucho peor, pues ya no representa la usurpación a un poder republicano, sino la degradación del poder judicial republicano a mero auxiliar del poder ejecutivo.

Es claro que la ideología de los Derechos Humanos no es un principio compatible con un proceso penal napoleónico, que frustra la función judicial de órganos independientes y favorece la injerencia del poder ejecutivo. La medida en que cada sistema concreto depende del modelo napoleónico o de su deformación o variable doblemente inquisitoria, es cuestión que debe analizarse en cada uno de ellos.

De cualquier manera, como indicación general, entendemos que un cambio de rumbo ideológicamente más compatible con los Derechos Humanos, hace *recomendable*:

Que el proceso penal se oriente en el sentido de:

1) *Una limitación de la actividad instructoria destinada a establecer las convicciones mínimas indispensables para justificar el mérito del juicio, llevada a cabo con amplia intervención de las partes y en forma y por organismos o personas que no dependan ni funcional ni administrativamente del poder ejecutivo.*

2) *Establecer la participación obligatoria de la defensa desde el primer momento de la detención o diligencia procedente en los casos en que no corresponda la detención.*

3) *Otorgar carácter excepcional a la detención o prisión preventiva.*

4) *Producir la totalidad de las pruebas en juicio público, oral, contradictorio y continuo, con considerables facultades valorativas por parte del tribunal.*