

**LAS REFORMAS AL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL
EN JAPÓN Y EN AMÉRICA LATINA**
Logros, problemas, y perspectivas

por

JOSE MANUEL ARROYO • ELÍAS CARRANZA • FERNANDO CRUZ
SERGIO GARCÍA RAMÍREZ • ADRIANA LANDER • DIANA MONTERO
LUIS PAULINO MORA • MARTA IRIS MUÑOZ • LUIS NIÑO
JUNICHIRO OTANI • SELENE PINEDA • LUIS RAMÍREZ
CRISTINA ROJAS • IICHIRO SAKATA • TAKESHI SETO

Coordinadora
ADRIANA LANDER



Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, ILANUD

Apartado Postal 10071-1000 San José, Costa Rica

Tel: +506 22575826; Fax: +506 22337175

Portal de Internet: www.ilanud.or.cr

Agencia de Cooperación Internacional de Japón, JICA

Apartado Postal 666-2010 Zapote, San José, Costa Rica

Tel: +506 22253114; Fax: +506 22342384

Portal de Internet: www.jica.go.jp

Impreso por: Litografía e Imprenta LIL, S.A.

Este documento ha sido financiado por la Agencia de Cooperación Internacional de Japón, JICA. JICA no comparte necesariamente los conceptos emitidos en este material. El contenido del mismo queda bajo la responsabilidad de sus autores. Tampoco reflejan necesariamente las posiciones u opiniones del Instituto de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente para Asia y el Lejano Oriente, UNAFEI, o del ILANUD.

**LAS REFORMAS AL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL
EN JAPÓN Y EN AMÉRICA LATINA
Logros, problemas, y perspectivas**

por

JOSE MANUEL ARROYO • ELÍAS CARRANZA • FERNANDO CRUZ
SERGIO GARCÍA RAMÍREZ • ADRIANA LANDER • DIANA MONTERO
LUIS PAULINO MORA • MARTA IRIS MUÑOZ • LUIS NIÑO
JUNICHIRO OTANI • SELENE PINEDA • LUIS RAMÍREZ
CRISTINA ROJAS • IICHIRO SAKATA • TAKESHI SETO

Coordinadora
ADRIANA LANDER



345

R332r Reformas al sistema de justicia penal en Japón y América latina / Adriana Lander Osio ... /et al./.
– 1ª. ed. – San José, C.R. : Litografía e Imprenta LIL, 2011.
224 ; 28 x 21.6 cm.

ISBN 978-9977-47-429-8

1. Derecho penal – Japón. 2. Derecho penal penal – América Latina. 3. Procedimiento penal. 4. Reforma legal. I. Lander Osio, Adriana. II. Título.

PRIMERA EDICIÓN

ILANUD

San José, Costa Rica, 2011

Coedición: JICA

ILANUD, Proyecto de Capacitación en Reformas al Sistema de Justicia Penal en América Latina

Coordinadora: Adriana Lander, experta asociada ILANUD

Apartado Postal 10071-1000 San José, Costa Rica

Tel. +506 22575826, Fax +506 22337175

E-mail: ilanud@ilanud.or.cr

Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas
para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente
Elías Carranza, Director del ILANUD
Ronald Woodbridge, Asesor de Cooperación Internacional
Oscar Arce Carvajal, Asesor de Gestión

JICA Costa Rica

Oficentro Ejecutivo del Mall San Pedro. 6to piso. San Pedro de Montes de Oca.

Apartado Postal 666-2010 Zapote, San José Costa Rica

Tel : +506 22253114, Fax : +506 2234-2384

© Sobre la presente edición
Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas
para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, ILANUD

Diseño de Cubierta: ILANUD

Impreso en Costa Rica por:
Litografía e Imprenta LIL, S.A.
Reservados todos los derechos.
Prohibida la reproducción no autorizada
Por cualquier medio, mecánico o electrónico
Del contenido total o parcial de esta publicación
Hecho el depósito de ley

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN por ELÍAS CARRANZA	07
I. VISIÓN EMPÍRICA DE LA CRIMINALIDAD Y LOS SISTEMAS DE JUSTICIA PENAL EN AMÉRICA LATINA <i>por</i> ELÍAS CARRANZA, Director ILANUD	09
II LA JUSTICIA PENAL EN JAPÓN	35
1. PANORAMA DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL DEL JAPÓN Y DE SU REFORMA <i>por</i> TAKESHI SETO, Subdirector Instituto de Asia y el Lejano Oriente para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, UNAFEI	35
2. EL PAPEL DEL JUEZ EN EL PROCESO DE JUSTICIA PENAL DE JAPÓN <i>por</i> IICHIRO SAKATA, Profesor UNAFEI	53
3. LA INVESTIGACIÓN POR PARTE DE FISCALES <i>por</i> JUNICHIRO OTANI, Profesor UNAFEI	63
4. REFORMA RECIENTE EN JAPÓN: INTRODUCCIÓN DE PROCEDIMIENTOS SIMPLIFICADOS PARA LA ETAPA PREVIA AL PROCESO Y PARA LA ETAPA DEL PROCESO <i>por</i> JUNICHIRO OTANI	73
III. LOS NUEVOS ROLES EN EL PROCESO PENAL EN AMÉRICA LATINA	83
1. EL PAPEL DEL JUEZ DE GARANTÍAS Y EL PAPEL DEL JUEZ EN EL JUICIO, EN EL NUEVO PROCESO PENAL <i>por</i> LUIS PAULINO MORA, Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica	83
2. LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR Y EL MINISTERIO PÚBLICO: ASPIRACIONES Y PARADOJAS <i>por</i> FERNANDO CRUZ, Profesor de la Universidad de Costa Rica y Magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica	93
3. LA DEFENSA PÚBLICA EN COSTA RICA Y SU PAPEL EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 1996 <i>por</i> MARTA IRIS MUÑOZ CASCANTE, Directora de la Defensa Pública de Costa Rica y DIANA MONTERO MONTERO, Supervisora de la Defensa Pública	109

IV. LA IMPLEMENTACIÓN DE LA REFORMA PROCESAL PENAL	131
1. EL CONTROL DE LA INVESTIGACIÓN PENAL. LA DEBILIDAD DEL MINISTERIO PÚBLICO Y EL PODER POLICIAL	131
<i>por</i> FERNANDO CRUZ, Profesor de la Universidad de Costa Rica y magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica	
2. PROBLEMAS DE LA SEGUNDA GENERACIÓN DE LA REFORMA PROCESAL PENAL	149
<i>por</i> JOSÉ MANUEL ARROYO, Presidente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica	
3. PROBLEMAS EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LA REFORMA PROCESAL PENAL	157
<i>por</i> LUIS NIÑO, Juez de Cámara ante los Tribunales Orales en lo Criminal del Poder Judicial de la Nación Argentina	
4. EL OBSERVATORIO DE JUSTICIA PENAL EN CENTROAMÉRICA	173
<i>por</i> LUIS RAMÍREZ GARCÍA, Miembro y ex-Director del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala	
V. EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS	187
1. EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS GARANTÍAS PENALES Y PROCESALES	187
<i>por</i> SERGIO GARCÍA RAMÍREZ, Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y Profesor e investigador de la Universidad Nacional Autónoma de México.	
VI. LA JUSTICIA PENAL Y LOS CONGRESOS QUINQUENALES DE LAS NACIONES UNIDAS	199
1. LA JUSTICIA PENAL Y LOS CONGRESOS QUINQUENALES DE LAS NACIONES UNIDAS	199
<i>por</i> CRISTINA ROJAS, Experta asociada ILANUD	
VII. CONCLUSIONES GENERALES DE LOS CURSOS INTERNACIONALES DE CAPACITACIÓN EN REFORMAS AL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN AMÉRICA LATINA	205
<i>por</i> ADRIANA LANDER, experta ILANUD, Coordinadora Técnica del Proyecto de Reformas al Sistema de Justicia Penal en América Latina, y ANA SELENE PINEDA, experta ILANUD, Relatora de los Cursos de Capacitación en Reformas al Sistema de Justicia Penal en América Latina	
VIII. ANEXO	217

INTRODUCCIÓN

El Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente –ILANUD–, suscribió en febrero de 2005 un acuerdo de cooperación técnica y financiera con la Agencia de Cooperación Internacional de Japón – JICA- y el Gobierno de Costa Rica, a través del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, para el desarrollo de un Programa de capacitación anual sobre las reformas al sistema de justicia penal en América Latina, dirigido a: jueces, juezas, defensores, defensoras, fiscales y fiscalas de países de la región. En el marco de este acuerdo, el Instituto de las Naciones Unidas para Asia y el Lejano Oriente para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente -UNAFEI- fue un aliado estratégico del ILANUD en la ejecución de dicho proyecto¹.

Durante las dos grandes etapas del programa, que totalizaron seis años, participaron en las actividades funcionarios y funcionarias de Argentina, Bolivia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, República Dominicana, México y Venezuela.

La Primera Fase del Programa se desarrolló durante los años 2005, 2006 y 2007, y su éxito hizo que se prolongara durante tres años más, hasta el 2010.

La actividad central del programa consistió en un curso anual de capacitación, de diez días de duración, con una metodología participativa que permitiera alcanzar los siguientes objetivos: i) capacitar a los funcionarios y funcionarias de la administración de justicia, con el fin de fortalecer sus nuevos roles hacia un sistema acusatorio; ii) recopilar, intercambiar, sistematizar, y diseminar la información nacional y regional sobre la justicia penal y su reforma; y iii) realizar presentaciones y discusiones sobre prácticas efectivas en los sistemas de justicia penal.

En cuanto a los contenidos y la metodología participativa, los cursos se estructuraron sobre la base de presentaciones iniciales a cargo de especialistas sobre los roles en los sistemas de justicia penal en el Japón y en los países de América Latina, y sobre temas que se consideraron de particular importancia para los procesos de reforma, y las presentaciones siempre fueron seguidas de análisis y, eventualmente, discusión. Se llevaron a cabo, asimismo, talleres específicos sobre los temas que ameritaban discusión en mayor profundidad.

La convocatoria a los cursos se llevó siempre a cabo con la participación de las máximas autoridades del poder judicial de cada país. Una vez recibidas las postulaciones un comité técnico se ocupó de la selección final, con el mandato de elegir, por cada país, un defensor o defensora, un juez o jueza y un fiscal o fiscalas, dando prioridad a criterios de equidad de género y de trayectoria en el cargo. Se procuró asimismo la participación de funcionarios judiciales provenientes de zonas distantes de la capital de sus países.

La sede de los cursos anuales internacionales con la participación de todos los países fue Costa Rica, pero adicionalmente todos los años se llevó a cabo una misión institucional y técnica a alguno de los países participantes en el programa. En el año 2005 la misión se llevó a cabo en Guatemala, en el año 2006 en El Salvador, en los años 2007 y 2008 en Argentina, en el año 2009 en Nicaragua y en el 2010 en Honduras.

Las páginas de este libro recopilan una selección de las conferencias de los expertos y expertas presentadas en las diferentes ediciones de los cursos, e incluyen una síntesis de las discusiones e intercambios entre los participantes.

¹ La alianza estratégica entre estas instituciones se funda en la experiencia del ILANUD y del UNAFEI en el estudio y análisis de los sistemas de justicia penal, y en las recomendaciones hechas por el Programa de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal y por los Congresos quinquenales de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, que sugieren una mayor coordinación de actividades entre los institutos regionales e interregionales de las Naciones Unidas.

En la labor de edición se respetó el lenguaje y sintaxis coloquial de los expositores y expositoras. La síntesis de los principales ejes temáticos abordados en las conclusiones de los cursos, se basa, fundamentalmente, en los datos recabados a partir de los instrumentos de recolección de información que fueron enviados con antelación a cada curso a los y las participantes, y en los informes de relatoría de cada curso, material que fue compilado todos los años por Adriana Lander, Coordinadora Técnica del Proyecto.

Los funcionarios y funcionarias de la justicia penal de los países participantes en el programa coincidieron en que el camino que sigue el desarrollo teórico y normativo de las reformas a los sistemas de justicia penal suele bifurcarse y avanzar distante de la realidad de los despachos. Ante esta situación, analizar la evolución de la justicia penal en Japón, país que exhibe indicadores de criminalidad y justicia penal comparativamente notables en el globalizado mundo contemporáneo (una de las tasas penitenciarias más bajas, uno de los más bajos porcentajes de presos y presas sin condena, alta utilización de penas no privativas de libertad, gran celeridad procesal, y otros), es un estimulante desafío.

ELÍAS CARRANZA
Director del ILANUD

I. VISIÓN EMPÍRICA DE LA CRIMINALIDAD Y LOS SISTEMAS DE JUSTICIA PENAL EN AMÉRICA LATINA²

ELÍAS CARRANZA,
Director ILANUD

En la exposición que haremos partimos de un estado de situación regional de sobrecarga laboral en la administración de justicia, originada –además de otros factores- por el hecho de que la criminalidad ordinaria o “convencional”, especialmente en materia de delitos contra la vida y contra la propiedad, ha venido creciendo a partir de la década de los ochenta de manera generalizada en la región, con rara excepción y particularidades entre países.

Se verifica, asimismo, en algunos países la aparición y en otros un incremento de formas de criminalidad no convencional y transnacional, tales como criminalidad económica, tráfico de drogas, tráfico y trata de personas, tráfico de armas.

Una proporción importante del aumento en las tasas de homicidios en algunos países se debe a homicidios por encargo relacionados con criminalidad transnacional organizada. Comencemos viendo la situación del homicidio, que es el delito que permite la medición más rigurosa.

El X Estudio de las Naciones Unidas sobre Criminalidad y Justicia Penal reúne los datos de homicidio de 198 países/territorios de todo el mundo. Entre ellos hay 17 que tienen las tasas más altas, de 30 o más homicidios por cada cien mil habitantes.

De esos 17, nueve se encuentran en América Latina y el Caribe. Los otros ocho se encuentran en el Africa (Sudáfrica, Costa de Marfil, Lesotho, Angola, Burundi, República Democrática del Congo, Sierra Leona, y Zimbabwe). Veamos en los cuadros siguientes los de nuestra región de América Latina y el Caribe.

PAÍSES DE AMÉRICA LATINA, TASAS DE HOMICIDIO INTENCIONAL X 100.000, ESTIMACIONES BAJA Y ALTA

PAÍS	Est. baja	Est. alta	FUENTE	
Colombia	45.5	61.1	Policía Nacional	PAHO-03/05
El Salvador	56.4	57.5	PAHO-02/04	UN-CTS-10
Venezuela, Rep. Bolivariana de	32.5	37.0	PAHO-03/05	Policía Nacional
Guatemala	26.3	36.4	PAHO-02/04	Policía Nacional
Haití	5.3	33.9	WHO	UNODC Survey data
Honduras	13.8	32.2	WHO	Observatorio Violencia
Brasil	26.02	30.08	Mins.Salud y Just.	PAHO-03/05
R. Dominicana	16.8	24.2	WHO	Procurador General
Ecuador	16.8	18.5	PAHO-03/05	UN-CTS-9
Paraguay	15.3	17.8	UN-CTS-10	PAHO 04/06
Nicaragua	12.0	17.4	Policía Nacional	PAHO-03/05
Panamá	11.5	13.4	UN-CTS-10	PAHO-02/04
México	10.9	11.3	PAHO-04/06	ICESI cita Policía Nac.
Costa Rica	6.2	7.3	UN-CTS-9	PAHO-04/06
Cuba	6.0		PAHO-04/06	
Uruguay	4.7	6.0	PAHO-03/05	Ministerio del Interior
Argentina	5.3	5.5	PAHO-04/06	UN-CTS-10
Chile	2.9	5.5	Policía Nacional	PAHO-03/05
Bolivia	3.7	5.3	WHO	UN-CTS-10
Perú	3.0	5.7	PAHO 02/04	UN-CTS-9

E. Carranza, ILANUD. Elaborado a partir de ONUDC International Homicide Statistics 2008.

² Quienes deseen profundizar la información que se brinda en este trabajo pueden consultar el libro “Cárcel y justicia penal en América Latina y el Caribe” de E. Carranza *et alii* publicado por el ILANUD y Editorial Siglo XXI, México 2009

**PAÍSES DEL CARIBE, TASAS DE HOMICIDIO INTENCIONAL X 100.000 HABITANTES
ESTIMACIONES BAJA Y ALTA**

PAÍS	Est. baja	Est. alta	FUENTE	
Jamaica	33.7	55.2	WHO	National Police
Bahamas	13.8	22.5	Interpol-04	WHO
San Cristóbal y Nevis	22.7		National Police	
Santa Lucía	19.4	21.3	Nacional Police	WHO
Puerto Rico	18.9	20.3	PAHO 02/05	Nacional Police
Trinidad-Tobago	13.7	19.6	WHO	UNODC citing Ntnl. Pol.
Guyana	17.7	19.2	National Statistical Office	PAHO 03/05
San Vicente y Las Granadinas	16.0		WHO	
Surinam	10.2	11.8	UN-CTS-9	PAHO-03/05
Barbados	9.8	15.1	Interpol-04	WHO
Dominica	10.3		WHO	
Anguila	8.3		National Statistical Office	
Antigua y Barbuda	7.7		WHO	
Granada	4.9		WHO	
Bermuda	1.1		UN-CTS-9	

E. Carranza, ILANUD. Elaborado a partir de ONUDC International Homicide Statistics 2008.

Junto al aumento del delito creció la alarma social, con frecuencia multiplicada por los medios de comunicaciones de masas. Ha habido también un endurecimiento de las leyes penales, procesales y sustantivas y la justicia penal reaccionó multiplicando el encierro.

El resultado de todo ello se refleja en el crecimiento acelerado de las tasas de encierro, con su consiguiente sobrepoblación penitenciaria y resultado de homicidios y suicidios intracarcelarios y toda clase de violaciones a derechos humanos que ocurren, paradójicamente, como resultado del accionar del mismo sistema de justicia penal que tiene por función sancionar los delitos, (y eventualmente prevenirlos, si aceptamos como una de sus funciones la de prevención general de la criminalidad). Los cuadros siguientes dan cuenta del estado de situación.

Como se puede ver, entre los años 1992–2008 los países de América Latina elevaron notablemente sus tasas de encierro, algunos de manera impresionante. Muchos duplicaron o más que duplicaron sus tasas (Argentina, Colombia, Costa Rica, Chile, El Salvador, México, Panamá, Perú, Uruguay) o estuvieron muy cerca de hacerlo (Ecuador, Nicaragua); Brasil triplicó su tasa; Argentina, El Salvador y Uruguay están próximos a triplicarlas.

La situación de los países del Caribe no va en zaga en cuanto al acelerado crecimiento de las tasas de encierro y se caracterizan por tener tasas muy altas.

AMÉRICA LATINA: TASAS PENITENCIARIAS X 100.000 HABITANTES

Incluye sistemas federales y provinciales y en algunos casos personas alojadas en delegaciones policiales.

PAÍS	92	93	94	95	96	97	98	99	00	01	02	03	04	05	06	07	08
Arg	63	64	68	74	97	96	99	106	118	126	141	157	163	164	152	149	152
Bol						79	85	101	109	96					80	86	85
Bra	74	80	81	107		119		131	133	132	133	169	182	193	211	219	226
Col	92	96	97	98	120	129	128	139	157	170	157	178	199	207	179	174	188
C R	104	105	109	121	133	160	162	169	168	183	187	190	196	196	191	186	189
Chi	154	153	148	153	161	170	179	203	215	216	221	228	226	228	259	290	318
Ecu	74	81	81	85	95	81	79	70	65	63	69	77	87	91	107	128	118
El S	101	103	109	124	138	157	136	112	130	158	177	180	188	186	184	226	258
Gua					62			75			101	101	96	87	84	83	88
Hon	110	113	139	160	166	153	160	178			183			170	159	148	148
Méx	101	104	97	101	108	116	127	142	152	163	170	177	185	196	200	200	202
Nic	78	78	91	98	111	106	132	143	128	124	131	112	116	117	111	121	120
Pan	176	215	221	229	269	282	292	294	293	320	341	361	360	359	356	342	275
Par					70	75	74	78	67	74	85	92	107	109	105	99	100
Per	77	80	83	88	96	100	105	108	108	104	104	108	116	123	136	149	153
R D	145	135	151	161	129	140	165	168				189	150	143	148	164	166
Uru	96	99	100	99	101	106	120	122	129	148	170	203	215	213	198	212	231
Ven					101	112	106	97	85	104	104	103	98	76	96		

E. Carranza, ILANUD 2008. Elaborado con información penitenciaria y policial oficial de los países, y datos de población del Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE) -División de Población de la CEPAL, Estimaciones y proyecciones de población, 2008.

EL CARIBE: TASAS PENITENCIARIAS X 100.000 HABITANTES

Antigua y Barbuda	1995 (341) 1998 (278) 2005 (269)
Bahamas	1998 (478) 2002 (410)
Barbados	1993 (238) 1998 (291) 2002 (317) 2005 (367)
Belice	1992 (310) 1995 (293) 1998 (448) 2001 (384) 2003 (420) 2006 (516)
Dominica	1992 (387) 1995 (392) 1998 (421) 2004 (418)
Granada	1998 (352) 2002 (333) 2005 (265)
Jamaica	1992 (178) 1995 (171) 1998 (162) 2003 (176)
San Cristóbal y Nieves	1995 (295) 1998 (288) 2001 (441) 2004 (559)
Santa Lucía	1992 (210) 1995 (263) 1998 (216) 2001 (296) 2004 (294)
San Vicente y Las Granad.	1992 (294) 1995 (323) 1998 (390) 2001 (270) 2005 (338)
Surinam	1992 (308) 1995 (302) 1998 (382)
Trinidad-Tobago	1992 (269) 1995 (299) 1998 (353) 2001 (370) 2004 (302)

Fuente: Adaptado de International Centre for Prison Studies; King's College, London.

En el cuadro siguiente, titulado “Poblaciones penitenciarias en América Latina 1992-2008. Crecimiento por aumento demográfico y por mayor uso de la prisión”, puede observarse que el aumento en las tasas habido en razón del crecimiento demográfico de los países es pequeño. La variable que incide notablemente es el mayor uso de la prisión.

POBLACIONES PENITENCIARIAS EN AMÉRICA LATINA 1992-2008*
CRECIMIENTO POR AUMENTO DEMOGRÁFICO Y POR MAYOR USO DE LA PRISIÓN

	crecimiento demográfico 1992-2008	tasas penitenciarias		total personas presas		AUMENTO PENITENCIARIO 1992-2008				
		1992	2008	1992	2008	aumento total de personas presas	por aumento demográfico		por mayor uso de la prisión	
							f	%	F	%
Argentina (92-06)	5.495.607	63	152	21016	59210	38.194	3.450	9	34.744	91
Bolivia (97-08)	2.179.645	79	85	6235	8546	2.311	1.732	75	579	25
Brasil	40.448.941	74	226	114377	440526	326.149	29.908	9	296.241	91
Colombia	10.480.542	92	188	33491	87673	54.182	9.690	18	44.492	82
Costa Rica	1.318.494	104	189	3346	8610	5.264	1.365	26	3.899	74
Chile	3.104.114	154	318	20989	53247	32.258	4.768	15	27.490	85
Ecuador	3.064.827	74	118	7998	16248	8.250	2.283	28	5.967	72
El Salvador	1.908.320	101	258	5348	18610	13.262	1.920	14	11.342	86
Guatemala (96-08)	4.345.743	62	88	6387	12026	5.639	2.712	48	2.927	52
Honduras	2.144.894	110	148	5717	10809	5.092	2.369	47	2.723	53
México	20.594.825	101	202	87723	217457	129.734	20.746	16	108.988	84
Nicaragua	1.326.654	78	120	3375	6803	3.428	1.031	30	2.397	70
Panamá	878.779	176	275	4428	9324	4.896	1.549	32	3.347	68
Paraguay (96-08)	1.321.556	70	100	3427	6219	2.792	923	33	1.869	67
Perú	5.588.943	77	153	17350	43253	25.903	4.286	17	21.617	83
Rep. Dominicana	2.162.440	145	166	10800	16008	5.208	3.129	60	2.079	40
Uruguay	191.466	96	231	3037	7705	4.668	185	4	4.483	96
Venezuela (96-06)	4.518.240	101	96	22791	26047	3.256	4.579	141	-1.323	-41

E.Carranza, ILANUD. Elaborado con datos de población de los países del Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE), División de Población de la CEPAL, Estimaciones y proyecciones de población, 2008, y datos penitenciarios brindados por los gobiernos de cada país.

* 1992-2008, o los años más próximos con información disponible.

Venezuela: La tasa reportada del año 2008 fue más baja que la de 1992.

Por su parte, los cuadros siguientes exhiben la sobrepoblación en los sistemas penitenciarios de los países de América Latina y el Caribe, medida en sus densidades promedio por cada 100 cupos. Como puede observarse la situación es de extrema gravedad, con la mayoría de los países con densidades iguales o superiores a 120%, parámetro considerado “densidad crítica” por la Unión Europea, que también utiliza el ILANUD en nuestra región.

SOBREPOBLACIÓN PENITENCIARIA EN PAÍSES DE AMÉRICA LATINA

PAÍS	1999-2002			2005-2007		
	CAPACIDAD	POBLACIÓN EXISTENTE	DENSIDAD X 100 PLAZAS	CAPACIDAD	POBLACIÓN EXISTENTE	DENSIDAD X 100 PLAZAS
Argentina (02-07)*	31.897	37.543	118	49.322	46.263	94
Bolivia (99-06)	4.959	8.057	162	3.711	7.682	207
Brasil (02-06)	181.865	240.107	132	215.003	371.482	173
Colombia (01-06)	39.591	54.034	136	52.437	61.133	117
Costa Rica (02-05)	6.032	6.613	110	7.931	7.862	99
Chile (01)	23.855	33.635	141			
Ecuador (01-05)	6.831	7.859	115	7.518	12.081	161
El Salvador (02-05)	6.137	10.278	167	7.770	12.581	162
Guatemala (99-09)	7.233	8.169	113	6.454	8.243	128
Honduras (99-06)	5.235	10.938	209	8.280	11.691	141
México (00-05)	119.972	151.662	126	158.968	204.130	128
Nicaragua (02-05)	5.348	5.555	104	5.446	5.672	104
Panamá (02-05)	7.036	9.607	137	7.216	11.617	161
Paraguay (99-05)	2.707	4.088	151	4.874	6.238	128
Perú (02-05)	19.949	27.493	138	21.794	33.471	154
R. Dominicana (99-05)*	4.460	11.416	256	9.210	12.708	138
Uruguay (01-06)	3.386	5.107	151	4.840	7.042	145
Venezuela (00-06)	20.449	23.147	113	16.609	19.047	115

Elías Carranza, ILANUD. Elaborado con información oficial proporcionada por las autoridades de cada país.

NOTAS: En el caso de algunos países las cifras de este cuadro no coinciden con las de los cuadros de los totales y tasas de las poblaciones penitenciarias por cuanto las unidades de análisis tomadas por las autoridades en uno y otro caso fueron distintas. En aquellos cuadros hemos tratado de lograr la cifra total de personas presas incluyendo las alojadas en cárceles de provincia y en comisarías policiales. En el presente cuadro la información que proporcionan los países incluye solo los presos alojados en los sistemas penitenciarios. Argentina: Info. del Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena SNEEP. Los datos DE 2007 incluyen el Servicio Penitenciario Federal y provincias, pero falta la información de las provincias de Mendoza, Salta y las unidades 1 y 2 de Tucumán. R. Dominicana: Los datos del 2002 son de la Comisión para la Definición, Ejecución y Supervisión de la Política Penitenciaria Nacional, y el cálculo se hizo sólo sobre la base de 21 cárceles, excluyendo 12, ya que la Comisión informó que “la totalidad de las cárceles poseen celdas colectivas, y debido a las numerosas remodelaciones y ampliaciones es imposible determinar la capacidad exacta de los 32 recintos que hay en el país”.

SOBREPOBLACIÓN PENITENCIARIA EN PAÍSES DEL CARIBE

PAÍS	1999			2008		
	CAPACIDAD	POBLACIÓN EXISTENTE	DENSIDAD X 100 PLAZAS	CAPACIDAD	POBLACIÓN EXISTENTE	DENSIDAD X 100 PLAZAS
Antigua y Barb.				150	229	153
Bahamas				1.084	1.400	129
Barbados				328	1.030	314
Belize	500	1.097	219	1.500	1.334	89
Dominica	208	207	100	300	254	85
Grenada				98	386	394
Jamaica	2.816	3.488	124	4.247	4709	111
San Cristóbal y N.	105	135	129	150	262	175
Santa Lucía	134	373	278	500	503	101
San Vicente y G.	300	405	135	200	410	205
Suriname	1.188	1.933	163	1188	1.600	135
Trinidad-Tob.	4.348	4.864	112	4.386	3.803	87

E. Carranza, ILANUD. Información de 1999 proporcionada por los gobiernos de cada país al ILANUD. Información de 2008, tomada de la página web del International Centre for Prison Studies, King's College, London.

Como vemos, ante el aumento del delito y la alarma social la respuesta ha sido el paralelo aumento de la justicia penal y la prisión, duplicando y hasta triplicando las tasas de encierro. Esta situación ha venido prolongándose durante más de quince años, siempre con el mismo resultado: aumento del delito = más justicia penal; aumento del delito = más justicia penal, y así sucesivamente.

Es evidente que necesitamos algo distinto, o adicional a la justicia penal, no solamente ella.

Es imprescindible determinar las causas o factores del fenómeno del crecimiento acelerado del delito y la alarma social, para reaccionar de manera eficaz.

Tratando de determinar eso, en la era de la globalización en que vivimos, con una interrelación entre países que nunca antes había existido, ampliemos nuestro panorama observando en el cuadro siguiente lo que ocurre en los países de altos ingresos de Europa y América del Norte:

AUMENTO DEL USO DE LA PRISON EN LOS PAISES DE EUROPA OCCIDENTAL

	Total personas presas y tasa 1995	Total personas presas y tasa 2000	Total personas presas y tasa 2005	Variación en la población presa 1995-2005
AUSTRIA	6.180 (77)	6.896 (86)	8.883 (108)	+ 43,7%
ALEMANIA	66.146 (81)	78.707 (96)	80.413 (97)	+ 21,6%
BÉLGICA	7.561 (75)	8.671 (85)	9.375 (90)	+ 24,0%
DINAMARCA	3.438 (66)	3.279 (61)	4.198 (77)	+ 22,1%
ESPAÑA	40.157 (102)	45.044 (112)	61.246 (142)	+ 52,5%
FINLANDIA	3.018 (59)	2.703 (52)	3.954 (75)	+ 31,0%
FRANCIA	51.623 (89)	44.618 (77)	52.908 (88)	+ 2,5%
GRECIA	5.887 (56)	8.038 (74)	8.760 (82)	+ 48,8%
HOLANDA	10.249 (66)	13.847 (87)	20.747 (127)	+ 102,4%
HUNGRÍA	12.703 (124)	15.110 (148)	16.543 (164)	+ 30,2%
IRLANDA	2.054 (57)	2.887 (75)	3.417 (85)	+ 66,4%
ITALIA	49.642 (87)	53.481 (94)	56.530 (97)	+ 13,9%
LUXEMBURGO	469 (114)	394 (90)	653 (143)	+ 39,2%
MACEDONIA	1.132 (58)	1.394 (69)	2.256 (111)	+ 99,3%
MALTA	196 (53)	257 (65)	298 (74)	+ 52,0%
NORUEGA	2.398 (55)	2.643 (59)	3.167 (68)	+ 32,1%
POLONIA	62.719 (163)	56.765 (147)	80.368 (211)	+ 28,1%
PORTUGAL	12.343 (124)	13.106 (128)	12.929 (122)	+ 4,7%
SUECIA	5.767 (65)	5.678 (64)	7.054 (78)	+ 22,3%
SUIZA	5.655 (80)	6.390 (89)	6.111 (83)	+ 8,1%
R.U. ING. GALES	50.962 (99)	64.602 (124)	76.190 (143)	+ 49,5%
R.U. ESCOCIA	5.657 (111)	5.855 (116)	6.794 (134)	+ 20,1%

E. Carranza, ILANUD, Elaborado a partir de Roy Walmsley, 'International key issues in crime prevention and criminal justice' HEUNI Publication Series No. 50, pages 161-167 (2006).

A primera vista la situación sería muy similar a la que existe en nuestros países de América Latina y el Caribe. Pero veamos otro cuadro con las cifras y porcentajes de presos y presas extranjeras en los mismos países.

PERSONAS PRESAS EXTRANJERAS EN PAÍSES DE EUROPA, 2005*

PAÍS	NÚMERO	% SOBRE EL TOTAL DE PERSONAS PRESAS
LUXEMBURGO	495	71,4
CHIPRE	241	45,6
AUSTRIA	3.979	45,4
GRECIA	3.990	41,6
BÉLGICA	3.860	41,2
HOLANDA	5.818	32,9
ITALIA	19.656	33,0
MALTA	91	30,5
ESPAÑA	18.436	30,1
ALEMANIA	22.095	28,0
SUECIA	1.475	20,9
FRANCIA	11.820	20,5
PORTUGAL	2.386	18,5
DINAMARCA	754	18,2
INGLATERRA Y GALES	9.650	12,7
IRLANDA	3.080	9,0
REPÚBLICA CHECA	1.652	8,7
FINLANDIA	286	7,5
HUNGRÍA	631	3,8
ESCOCIA	71	1,0
POLONIA	750	0,9

Elaborado a partir de “Foreigners in European Prisons” by Anton van Kalmthout, Femke Hofstee-van der Meulen and Frieder Dünkel (eds.), Chapter 1, Table 1, Wolf Legal Publishers, 2007.

* La palabra presos comprende la totalidad de presas y presos sentenciados, en prisión preventiva, y en detención administrativa (solicitantes de asilo denegado, y migrantes irregulares privados de libertad a la espera de su deportación).

En los países de bajos y de medianos ingresos de América Latina y el Caribe, Asia, África, y Europa del Este, crecen aceleradamente las tasas penitenciarias encerrando en gran desproporción a personas de nuestros grupos poblacionales excluidos y de clase baja, que cometen delitos de la que Ferrajoli denomina “criminalidad de subsistencia”, o bien de “portación de cara” como gráficamente dice Raúl Zaffaroni.

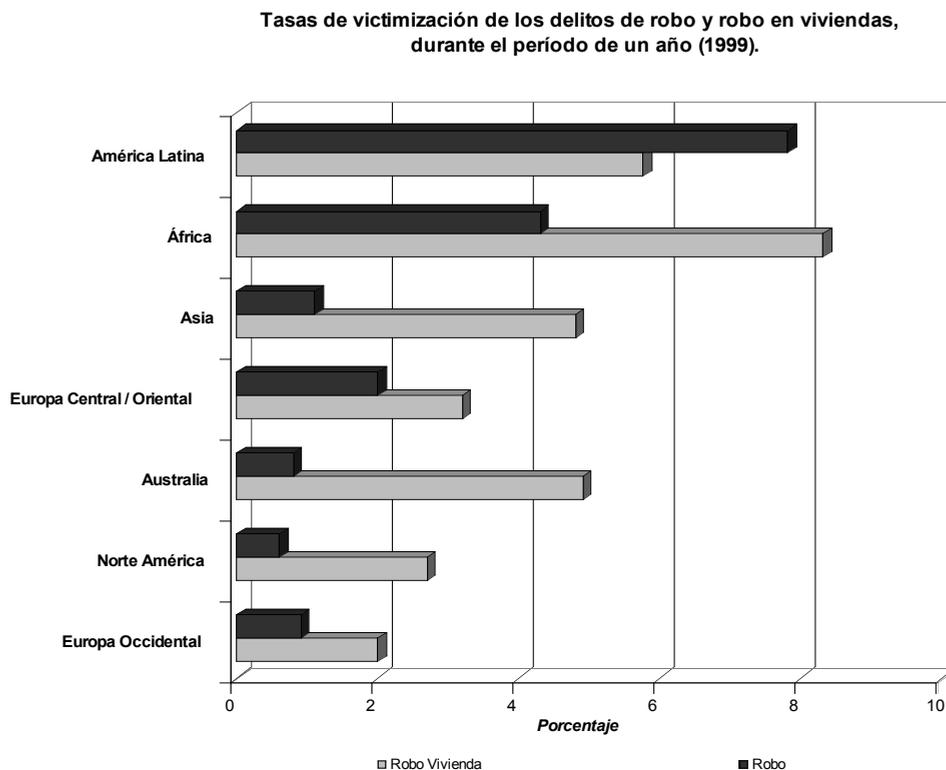
En los países de altos ingresos de Europa y América del Norte también crecen aceleradamente las tasas de encierro porque también encierran en gran desproporción a personas excluidas y de clase baja, pero con la característica de que gran número de ellas son, también, latinoamericanas y caribeñas, asiáticas, africanas, y de Europa del Este, que emigran de las formas más riesgosas en búsqueda de trabajo, terminando muchas en la cárcel, y otras, muchísimas, miles, ahogadas en los océanos, asfixiadas en contenedores, y muertas en los desiertos de la frontera de Estados Unidos con México.

Es notable cómo al reunir información sobre las diversas regiones del mundo va integrándose el rompecabezas y se ve con más claridad lo que ocurre.

La situación actual del delito, su creciente difusión por los medios de comunicaciones de masa, la consiguiente alarma social y el creciente uso de la justicia penal y la prisión, que se manifiestan simultáneamente en todas las regiones del mundo, difícilmente podía ser una casualidad.

Vemos que se trata de un fenómeno global, propio de la estructura de la llamada globalización, y veremos también, con la ayuda de más información, que se origina en variables comunes a los diversos países, actuando concomitantemente con variables específicas en cada país.

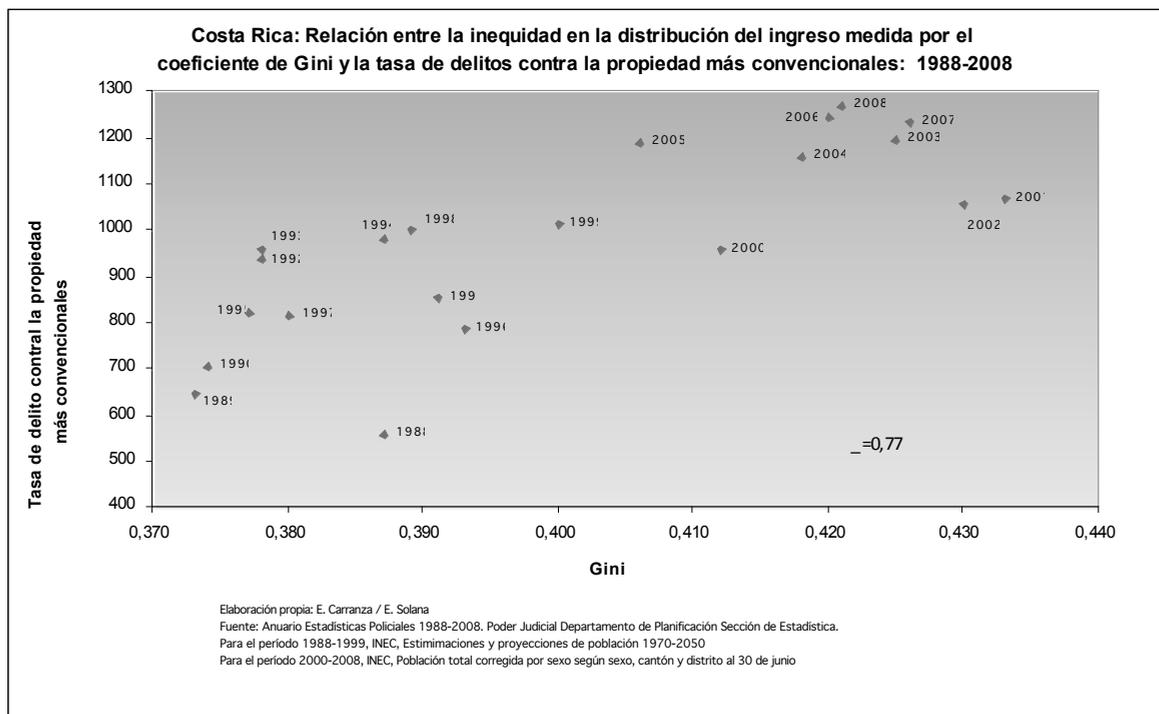
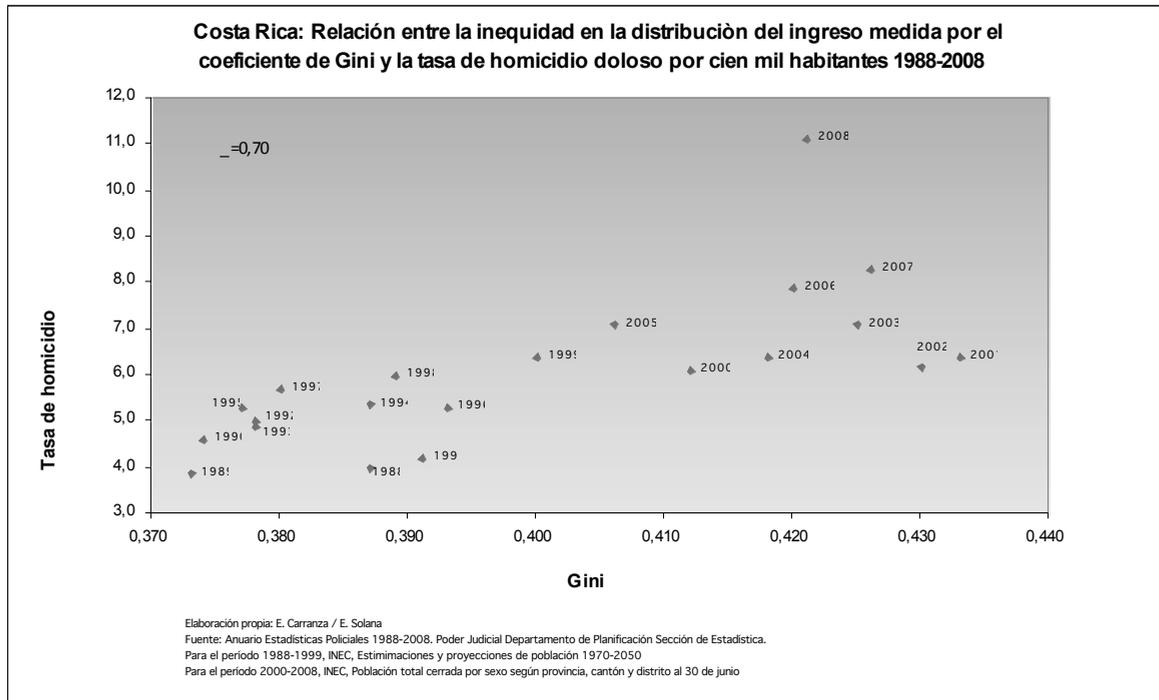
De manera similar, el gráfico siguiente titulado “Tasas de victimización de los delitos de robo y robo en viviendas” exhibe que las tasas de victimización por estos delitos son bajas en las regiones de países de altos ingresos, y altas en las de medianos y bajos ingresos.



Adaptado de Anna Alvazzi del Frate, "The voice of Victims of Crime: Estimating the True Level of Conventional Crime", en Revista "Forum on Crime and Society", United Nations Office on Drugs and Crime, Volumen 3, Números 1 y 2. Diciembre 2003. Página 132

En los dos siguientes gráficos de coordenadas cartesianas vemos el aumento del delito en función de la inequidad de la distribución del ingreso al interior de los países. Presentamos el caso específico de Costa Rica, uno de los países de menor frecuencia y menor violencia de la criminalidad en la región, pero su caso es similar a lo que ocurre de manera generalizada en los países de América Latina.

Se observa que a medida que aumenta la inequidad medida por el coeficiente de Gini, aumentan, correlativamente, las tasas de los delitos de homicidio y contra la propiedad.



Hay que tener en cuenta que la Comisión Económica para América Latina y el Caribe CEPAL explica que desde los años 80, con la sola excepción del Uruguay, todos los países de la región aumentaron la brecha de la inequidad en la distribución de su ingreso per cápita, y que en el contexto mundial nuestra región de América Latina es la región comparativamente con mayor inequidad en la distribución del ingreso.

Lo que hemos visto hasta aquí pone de manifiesto que la situación de sobrecarga laboral en nuestros sistemas de justicia penal y sobrepoblación en los presidios, con grave afectación a garantías

penales, procesales y de ejecución de las sanciones, tiene estrecha relación con el grado de vigencia y goce de los derechos económicos, sociales y culturales, que requieren para su satisfacción de una equitativa distribución del ingreso. Sería raro que, en sociedades con gran inequidad en la distribución del ingreso y poca justicia social, hubiera buena justicia penal.

Por lo que respecta a la justicia social, veamos en el cuadro siguiente los porcentajes de pobreza e indigencia de los países participantes en esta actividad.

PAÍSES DE AMÉRICA LATINA, MAGNITUD DE LA POBREZA Y LA INDIGENCIA, PORCENTAJES

ARGENTINA (Área Metropolitana)	21,0
COSTA RICA (2007)	18,6
EL SALVADOR (2004)	47,5
GUATEMALA (2006)	54,8
HONDURAS (2007)	68,9
MÉXICO (2006)	31,7
NICARAGUA (2005)	61,9
PANAMÁ (2007)	29,0

CEPAL, Panorama Social de América Latina 2008

Se ha verificado que más grave que la pobreza es la inequidad de la distribución del ingreso, cuyos efectos en materia de criminalidad vimos en los gráficos anteriores.

Es especialmente grave la información del Banco Mundial y de CEPAL que indica que la inequidad de la distribución del ingreso -que mantiene como hemos visto correlación positiva con el delito- ha venido creciendo desde la década de los 80 al interior de los países de América Latina, y entre los países de altos ingresos y los de bajos y medianos ingresos, y continúa creciendo en esa dirección; por lo que no cabe esperar que el fenómeno que estamos analizando se revierta en el corto o mediano plazo.

Es impactante cómo, contrastando con el caso de los países de medianos y bajos ingresos, en los países de altos ingresos desde mediados de la década de los noventa las tasas de criminalidad han venido descendiendo de manera notable.

El informe más reciente del Instituto Europeo para la Prevención y Control del Delito Afiliado a las Naciones Unidas, HEUNI, informa textualmente refiriéndose al caso de los países de Europa que “*las tasas de los homicidios han venido decreciendo de manera consistente ... con un promedio de reducción del 28% desde 1995 hasta 2004*” ... y que el grupo de países compuesto por “*Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Holanda, Portugal, España, Suecia, Inglaterra y Gales, Irlanda del Norte, Escocia, Islandia, Noruega, Vaticano y Suiza mantienen el nivel más bajo, con una tasa de menos de 2 x 100.000 que ha venido lentamente decreciendo*”. El informe agrega que en el caso de los Estados Unidos de América el descenso en los homicidios fue muy significativo, del 33%, pasando de 8,2 a 5,5.

Vemos como no solamente el ingreso se distribuye inequitativamente en la globalización entre los países de altos ingresos y el resto del mundo. También en materia de criminalidad, y de otros males, hay distribución inequitativa.

¿Qué hacer ante la situación?

La justicia penal en todos los países del mundo tiene un efecto simbólico importante, pero su impacto en la reducción del delito es mínimo, tanto en los países de altos ingresos como en los de bajos y medianos ingresos. Los países en todo el mundo vienen gastando presupuestos cada vez más altos en reaccionar frente al delito por medio de policías, tribunales y prisiones. Pero el porcentaje más alto de

los delitos cometidos queda en cifra negra, sólo una muy pequeña proporción de casos llega a la etapa de juicio, y una proporción muchísimo menor de quienes los cometen ingresa a prisión. Aun así, vimos el acelerado crecimiento de las poblaciones penitenciarias y la situación de hacinamiento que genera.

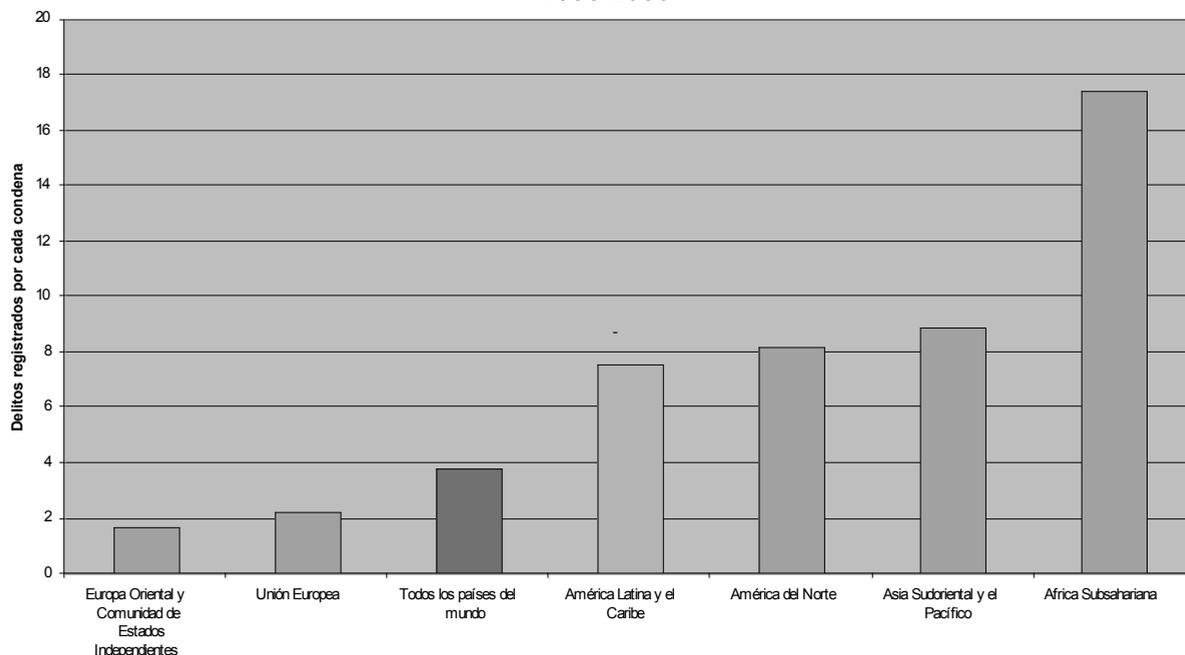
Surge evidente la necesidad de políticas verdaderamente integrales, con justicia penal, pero también con políticas sociales que ataquen la causas del fenómeno, redistribuyendo el ingreso. De otro modo, están a la vista los resultados que obtenemos.

Aunque nuestra tarea específica es la justicia penal, es imprescindible insistir sobre esto en todos los foros, para promover, efectivamente, políticas integrales, concentrémonos ahora en la labor de la justicia penal y sus resultados.

Al comienzo vimos información sobre homicidios. Veamos ahora en el gráfico siguiente un indicador del funcionamiento de los sistemas de justicia penal respecto de los homicidios en las diversas regiones del mundo. Los cuadros exhiben cada cuántos homicidios y cada cuántos robos registrados por la policía se pronuncia una condena. Es lo que se ha llamado “erosión” de los delitos en su paso a través del sistema de justicia penal.

En el caso de los homicidios puede observarse que la media aritmética mundial es de casi cuatro de estos delitos por cada condena. La media de América Latina se encuentra en casi ocho homicidios registrados por cada condena. La media de Estados Unidos y Canadá es de algo más de ocho homicidios registrados por cada condena. Luego tenemos a los países de Asia y Africa, éstos últimos con casi 18 homicidios registrados por cada condena. Es interesante el caso de Estados Unidos de América donde la tasa de condenas es baja y bastante inferior al promedio mundial. Los autores del estudio consideran que posiblemente incida en su cifra el alto número de absoluciones en ese país en los casos de homicidio (Shaw et alii, 2003:55), y los efectos de la negociación del delito y de la pena o “plea bargaining”. Cabe notar también, que al haber promediado la cifra de Estados Unidos con la de Canadá la cifra resultante perjudica a Canadá, país cuyos indicadores en materia de justicia penal son excelentes en el contexto internacional.

Comparación de las tasas regionales de erosión en los delitos de homicidio: número de homicidios registrados por cada condena 1990-2000

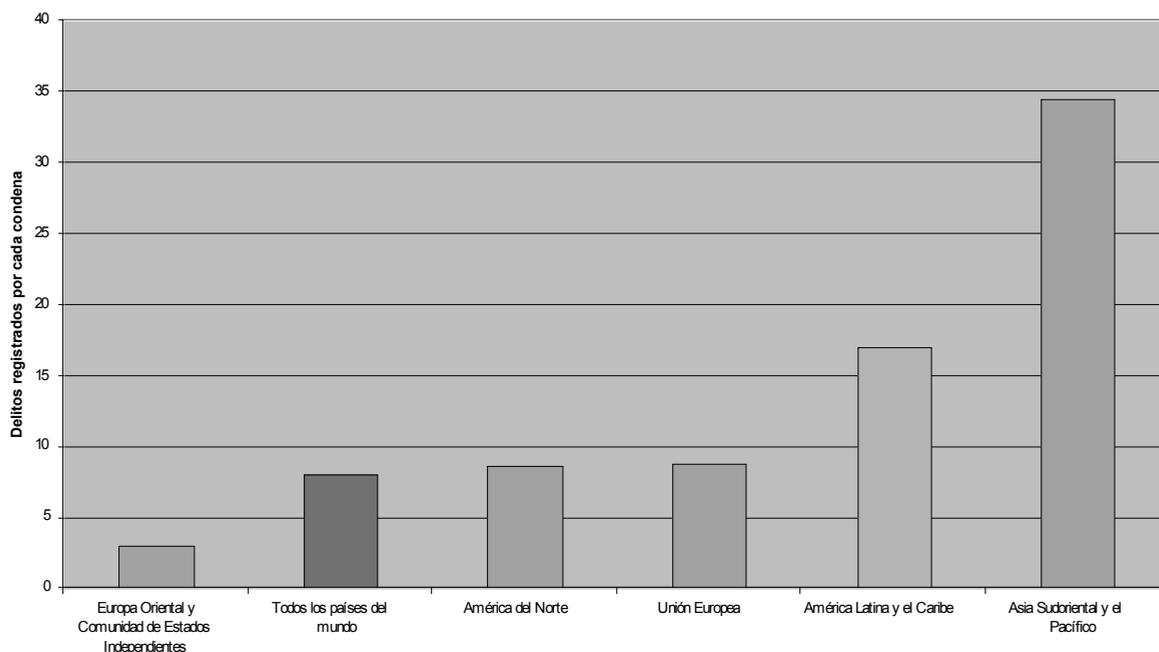


Fuente: Mark Shaw en "Determining Trends in Global Crime and Justice", Revista FORUM on Crime and Society, volumen 3, números 1 y 2, Diciembre 2003. United Nations Office on Drugs and Crime UNODC.

En el cuadro siguiente vemos la erosión en los delitos de robo. La media aritmética mundial en este caso es de una condena cada ocho robos registrados.

Norteamérica y la Unión Europea se encuentran casi en la media mundial, ligeramente por encima de ella. América Latina registra aproximadamente una condena por cada diecisiete robos registrados. Asia Sudoriental y el Pacífico registran la situación más grave, con una condena por cada 35 robos registrados. No se incluyó a África en el cuadro por la insuficiencia de datos que permitieran obtener conclusiones confiables. La información disponible indicaría que en ese continente la relación podría ser de aproximadamente 40:1.

**Comparación de las tasas regionales de erosión en los delitos de robo:
número de delitos registrados por cada condena
1990-2000**



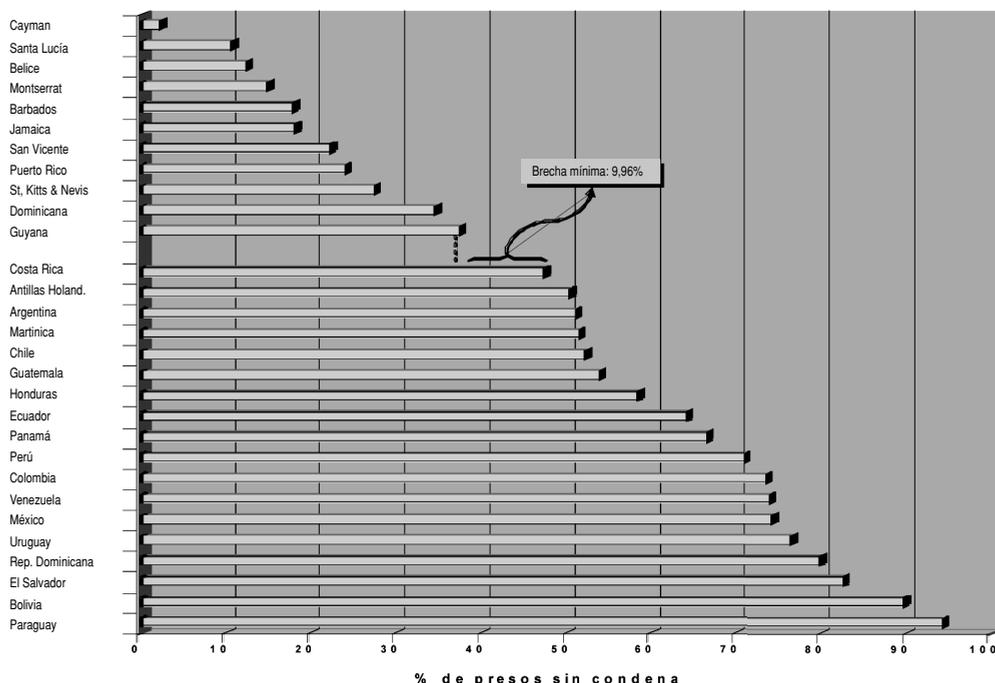
Fuente: Mark Shaw en "Determining Trends in Global Crime and Justice", Revista FORUM on Crime and Society, volumen 3, números 1 y 2, Diciembre 2003. United Nations Office on Drugs and Crime UNODC.

Hay que tener en cuenta que los gráficos exhiben el número de condenas no por delitos ocurridos, sino por delitos registrados. El homicidio es el delito que posee la tasa más alta de registro, pero en el caso del robo la cifra negra en algunos países es muy alta, y por lo tanto también la verdadera relación sería bastante peor que la que vemos en el gráfico.

Veamos seguidamente cómo funcionan los nuevos procedimientos penales en el caso de los presos y presas sin condena, grupo de personas privadas de libertad que constituye un caso de especial gravedad.

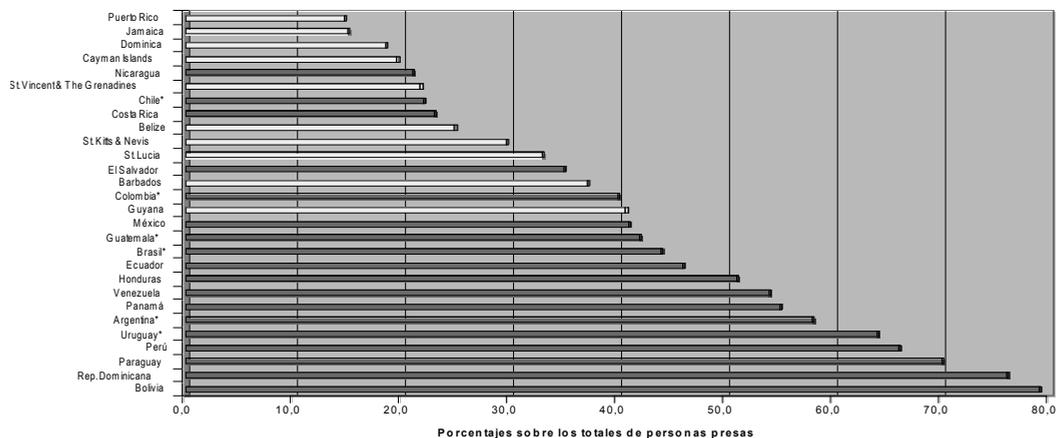
El gráfico siguiente exhibe la situación que existía en esta materia en la región en la década de los ochenta (E. Carranza et alii, 1983). En él se observa que el grupo de países del Caribe de sistema anglosajón presentaba un panorama de muy reducidos porcentajes de estos privados de libertad. Entre el país de sistema anglosajón con más alto porcentaje de presos sin condena (Guyana) y el país de América Latina de sistema continental europeo con menor porcentaje de presos sin condena (Costa Rica) había una distancia de diez puntos porcentuales (9,9%).

Comparación de Presos sin condena en América Latina y el Caribe 1981



El gráfico subsiguiente, con datos actualizados al 2009, exhibe que ya las cifras entre uno y otro grupo de países no son tan radicalmente distintas. Hay algunos países del grupo de América Latina cuyos porcentajes de presos y presas sin condena son similares a los del grupo del Caribe. Las reformas procesales penales habidas durante las dos últimas décadas exhiben resultados positivos en esta materia.

Países de América Latina y el Caribe: Población privada de libertad sin condena en uno y otro grupo de países 2006-2009



El cuadro siguiente exhibe el detalle de los porcentajes de personas presas sin condena en los países de América Latina a través del tiempo. El desempeño de los países puede analizarse de varias maneras. Si lo hacemos de la manera más sencilla, comparando la primera medición y la última, hay dos países que empeoraron su situación: Argentina y Brasil. Esto es coincidente con la información que vimos al comienzo que exhibe que ambos países son los que elevaron más aceleradamente sus tasas de encierro y sus cifras de presos en el curso de las dos últimas décadas.

Todos los otros países exhiben ciertos progresos en haber reducido sus porcentajes. Sin embargo, se observa también que varios países luego de una reducción notable de sus porcentajes, en los últimos años comenzaron a elevarlos nuevamente: así Bolivia, Brasil, y República Dominicana. Esto tendría relación con el aumento del delito, el aumento de sus tasas de encierro, el rápido ingreso de muchas personas en prisión preventiva, y las restricciones a la excarcelación que han venido estableciéndose en los últimos tiempos.

Pero el cuadro presenta un panorama general que es más optimista que la realidad. En casi todos los países las cifras de presos y presas sin condena son más altas, porque las que vemos en el cuadro no incluyen las personas alojadas en delegaciones policiales, donde este tipo de presos prevalece.

**PERSONAS PRESAS SIN CONDENAS EN PAÍSES
DE AMÉRICA LATINA 1978-2008***

PAÍS	1978-1982	1999	2000-2002	2005-2006*	2008
	%	%	%	%	%
Argentina*	51	55	59	58	58
Bolivia	90	36	56	73	79
Brasil*		36	34	28	44
Colombia*	74	42	41	65	40
Costa Rica	47	18	24	20	23
Chile*	52	51	40	28	22
Ecuador	64	68	70	56	46
El Salvador	83	76	50	31	35
Guatemala*	54	61	58	41	42
Honduras	58	88	79	64	51
México	74	42	42	59	41
Nicaragua		31		15	21
Panamá	67	57	58	60	55
Paraguay	94	93		73	70
Perú	71	63	67	70	66
Rep. Dominicana	80	90		56	76
Uruguay*	77	77	72	94	64
Venezuela*	74	59		54	

E.Carranza, ILANUD. Elaborado con datos penitenciarios brindados por los gobiernos de cada país.

En la mayoría de los países las cifras de presos sin condena aparecen más bajas que en la realidad, al no incluirse en el cómputo las personas alojadas en Delegaciones policiales, lugar donde este tipo de presos prevalece; en algunos casos la diferencia es muy grande. Las personas con condena de primera instancia con apelación pendiente se computaron como condenadas.

En definitiva, el panorama global indica que la región deberá continuar sus esfuerzos para mantener niveles más prudentes de presos y presas a la espera de sentencia. Vale aclarar también que al elaborar el cuadro las personas con condena de primera instancia con apelación pendiente se computaron como condenadas, lo que también produce un cuadro más optimista que la realidad.

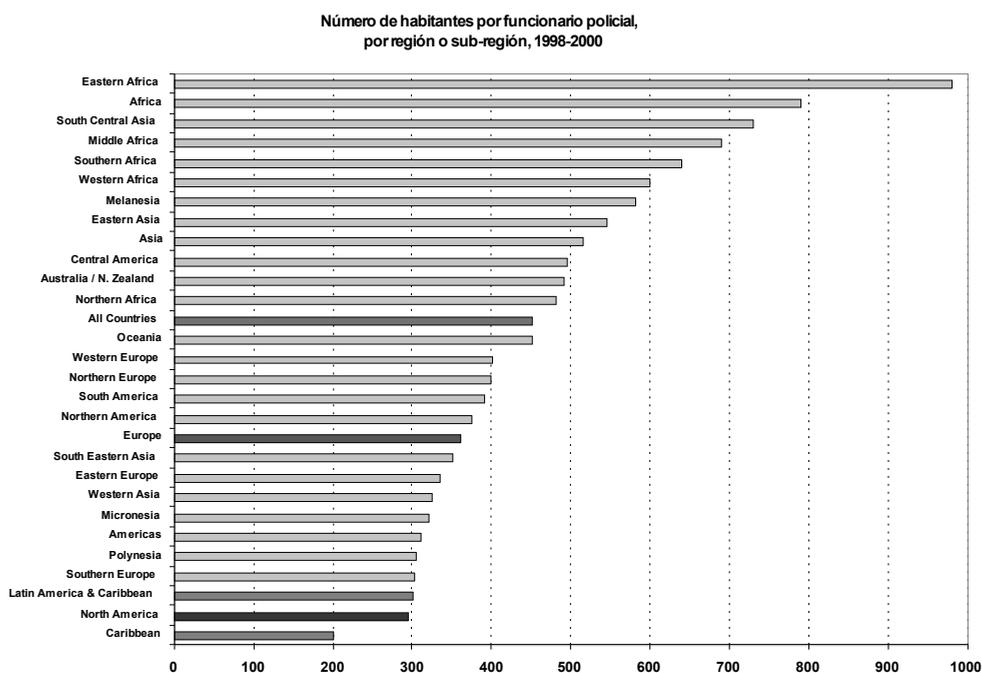
Pasemos a ver ahora algo sobre los componentes del sistema de justicia penal. Veamos el número de habitantes por cada policía, y por cada juez

La justicia penal es un sistema que debe guardar equilibrio, tanto presupuestario como de personal, entre sus componentes.

En los gráficos siguientes podemos ver la relación numérica habitantes/policías y habitantes/jueces en las diversas regiones y subregiones del mundo.

Comenzando con los policías, se observa que el promedio mundial al momento del estudio de las Naciones Unidas era de aproximadamente 440 habitantes por cada policía, con África exhibiendo el menor número de policías (el mayor número de habitantes por policía) en todas sus subregiones. También varias subregiones de Asia tienen pocos funcionarios policiales.

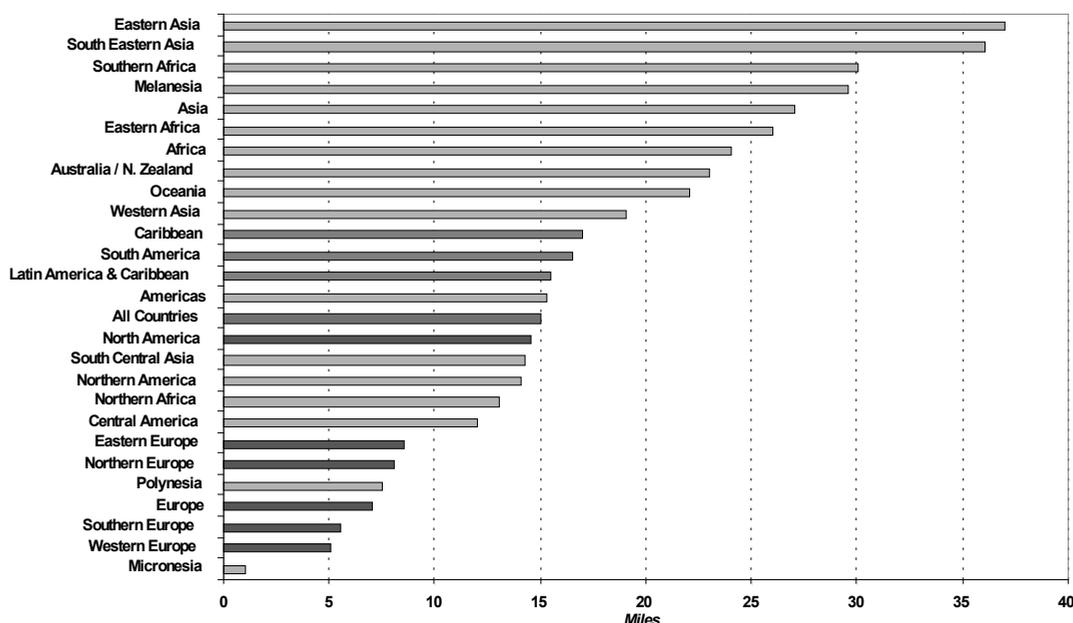
Por su parte, los países europeos, los de América del Norte y latinoamericanos, tienen proporciones más altas de funcionarios de policía, es decir un menor número de habitantes por cada policía, siendo los pequeños países del Caribe los que tienen proporcionalmente mayor número de policías, seguidos por los Estados Unidos de América y América Latina y el Caribe. Europa guarda una relación más equilibrada. (Lamentablemente las Naciones Unidas no produjo aún un cuadro similar con los datos más actualizados. Pero los gráficos nos dan una idea de las tendencias generales en las diversas regiones).



Fuente: Mark Shaw, en "Determining Trends in Global Crime and Justice", Revista FORUM on Crime and Society, volumen 3, números 1 y 2, Diciembre 2003:56, United Nations Office on Drugs and Crime.

El gráfico siguiente nos muestra el número de habitantes por cada juez o jueza en las diversas regiones y subregiones del mundo. El promedio mundial es de 15000 habitantes por cada juez o jueza, y nuevamente África y algunas partes de Asia tienen proporcionalmente un menor número de jueces o juezas por habitantes.

Número de habitantes por juez o magistrado,
por región o sub-región, 1998-2000



Fuente: Mark Shaw en "Determining Trends in Global Crime and Justice", Revista FORUM on Crime and Society, volumen 3, números 1 y 2, Diciembre 2003:57, United Nations Office on Drugs and Crime.

Por su parte, todas las regiones de Europa (incluida Europa del Este) y Norteamérica tienen comparativamente un alto número de jueces y magistrados.

En el caso de América Latina y el Caribe vimos que los países tienen comparativamente un alto número de policías. Vemos ahora que tienen, comparativamente, un menor número de jueces o magistrados.

Aparentemente los países de medianos y bajos ingresos, particularmente los que han tenido dictaduras militares o un pasado autoritario gastarían comparativamente más en policía y menos en el poder judicial.

Hay que tener en cuenta que en muchos países los ejércitos en los últimos años vienen desempeñando funciones policiales (información que no está incluida en el gráfico), no solo para actuar ante la criminalidad no convencional, u "organizada" como la denominan las últimas convenciones de las Naciones Unidas (trata y tráfico de personas, tráfico de armas, tráfico de drogas), sino también para actuar ante la criminalidad ordinaria o convencional, patrullando las calles de las ciudades. Si tomamos esto en cuenta, la proporción de policías y militares desempeñando la función policial resulta bastante más alta que la que indica el gráfico. Es una política oficial, que en el caso de América Latina y el Caribe en su origen se implantó para actuar en materia de tráfico internacional de drogas, luego se extendió a otras formas de criminalidad transnacional, posteriormente al combate de las "maras" o grupos de jóvenes menores y mayores de edad incurso en hechos de criminalidad violenta, y en la actualidad muchos países la han extendido para actuar en ambas formas de criminalidad, tanto convencional como no convencional.

Tampoco en el cuadro y gráfico que vimos están sumadas las policías privadas, cuyo número es muy alto, sobrepasando en muchos países el número de los policías estatales.

Raúl Zaffaroni (2002:17) explica la tensión permanente que existe entre el Estado de derecho ideal y el Estado de policía, resultado de la cual tenemos el Estado real de derecho, en el que, en mayor o menor medida el Estado ejerce poder punitivo al margen de las agencias judiciales. La situación actual en varios países de la región exhibe el predominio de las agencias policial y militar en funciones policiales, por sobre la agencia judicial. Una diferencia para con respecto a los Estados de policía de décadas anteriores

sería que en la actualidad la situación se ve “legitimada” por la existencia de democracias políticas. Otra diferencia sería cuantitativa, por el menor número que habría hoy de ejecuciones extrajudiciales y otras acciones al margen de la agencia judicial. Pero las organizaciones de derechos humanos, las defensorías del pueblo y en ocasiones funcionarios policiales y del ministerio público están denunciando nuevamente la existencia de escuadrones de la muerte parapoliciales y paramilitares en países de la región. Una situación así se presenta en América Central con numerosas ejecuciones de menores de edad y de adultos jóvenes presuntamente miembros de “maras” o incursos en la comisión de delitos.

Hay que notar que el gráfico presenta el número de habitantes por cada juez o jueza con competencia en ambas materias civil y penal.

Veamos específicamente la información de los países asistentes a los seminarios-taller del ILANUD, tomando en cuenta no todos los jueces sino exclusivamente los jueces penales.

JUECES
Número de habitantes por cada juez penal, a julio 2010 y 2005

PAÍS	TOTAL JUECES PENALES*	HABITANTES	HABITANTES POR CADA JUEZ
ARGENTINA	1.998	40.737.988	20.389
COSTA RICA	373	4.639.042	12.437
ECUADOR *	384	13.059.635	34.009
EL SALVADOR	556	6.192.482	11.138
GUATEMALA	159	14.376.054	90.415
HONDURAS	240	7.621.106	31.755
NICARAGUA	301	5.822.395	19.344
R.DOMINICANA*	548	9.237.045	16.856
VENEZUELA*	782	26.723.879	34.174

* Total de jueces de todas las instancias de cada país en materia penal. No se incluye los que tienen competencia exclusiva en faltas o contravenciones. Información proporcionada por los jueces participantes en el “Curso Internacional de Capacitación en Reformas al Sistema de Justicia Penal en América Latina” San José, ILANUD, agosto 2-2, 2010, y en el de julio 26 – agosto 4, 2005.

Datos de población: Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía CELADE, División de Población; Comisión Económica para América Latina y el Caribe CEPAL, actualizados a septiembre 2010.

* Los datos de Ecuador, Rep. Dominicana y Venezuela son del 2005.

En el cuadro siguiente presentamos el número de habitantes por cada fiscal:

MINISTERIO PÚBLICO
Número de habitantes por fiscal penal a junio 2005 y 2010

PAÍS	FISCALES	HABITANTES	HABITANTES POR FISCAL
ARGENTINA	2.357	40.737.988	17.284
COSTA RICA	498	4.639.042	9.315
ECUADOR*	340	13.059.635	38.411
EL SALVADOR	725	6.192.482	8.541
GUATEMALA	360	14.376.054	39.933
HONDURAS	540	7.621.106	14.113
NICARAGUA	290	5.822.395	20.077
R.DOMINICANA*	734	9.237.045	12.585
VENEZUELA*	Aprox. 1200	26.723.879	22.270

Elías Carranza, ILANUD. Los datos de población fueron tomados del Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía CELADE, División de Población; Comisión Económica para América Latina y el Caribe CEPAL, actualizados a septiembre 2009.

* Los datos de Ecuador, Rep. Dominicana y Venezuela son del 2005.

Argentina: País de sistema federal. Datos totales de todo el país, a nivel federal, nacional y provincial.. Costa Rica: Total de fiscales adjuntos, fiscales y fiscales auxiliares.

Veamos también el número de habitantes por cada defensor público:

DEFENSA PÚBLICA PENAL
Número de habitantes por defensor público penal a junio 2005 y 2010

PAÍS	DEFENSORES	HABITANTES	HABITANTES POR DEFENSOR
ARGENTINA	718	40.737.988	56.738
COSTA RICA	257	4.639.042	18.051
ECUADOR*	32	13.059.635	408.114
EL SALVADOR	298	6.192.482	20.780
GUATEMALA	372	14.376.054	38.645
HONDURAS	245	7.621.106	31.107
NICARAGUA	117	5.822.395	49.764
R.DOMINICANA*	150	9.237.045	61.580
VENEZUELA*	519	26.723.879	51.491

E. Carranza, ILANUD: Los datos de población fueron tomados del Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía CELADE, División de Población; Comisión Económica para América Latina y el Caribe CEPAL, actualizados a septiembre 2010.

* Los datos de Ecuador, Rep. Dominicana y Venezuela son del 2005.

Argentina: País de sistema federal. Datos totales de todo el país, a nivel federal, nacional y provincial.

Guatemala: En todo el país hay 162 Abogados defensores públicos, distribuidos así: a) 86 Abogados Defensores de Planta (quienes sí tienen relación laboral); b) 76 Abogados en Formación (que cobran honorario pero no tienen relación laboral). Tienen calidad de defensores públicos de planta otros 47 abogados, quienes se desempeñan como funcionarios administrativos, tales como supervisores, capacitadores y coordinadores. Se cuenta además con una plantilla de 187 abogados que asiste única y exclusivamente primeras declaraciones en horarios inhábiles en los lugares en donde existen Juzgados de Primera Instancia Penal de Turno de 24 horas. Estos abogados no destinan tiempo completo a la defensa pública y tienen autorización para el ejercicio libre de la profesión. Para efectos del cálculo se sumaron los 86 abogados de planta, los 76 abogados en formación, el 50% de los abogados que cumplen funciones administrativas ($47/2=23$), y el 50% de los que asisten a los imputados solamente en su primera declaración en horas inhábiles. Total: 372.

R. Dominicana: La cifra de defensores está compuesta de 45 defensores públicos, 105 abogados de oficio, y 44 aspirantes a defensor público que al 12 de julio 2005 estaban en proceso de formación.

Nicaragua: Hay 95 defensores exclusivos para materia penal, 44 en lo penal y también otras materias, y 15 exclusivos en materia de familia. El cálculo se hizo $95+22$ (50% de 44)=117.

Finalmente, combinemos la información de fiscales, jueces y defensores o defensoras en un único cuadro para ver lo que resulta. También hemos agregado en el cuadro la información promedio sobre el número de habitantes por cada policía:

NUMERO DE HABITANTES POR CADA POLICÍA, FISCAL, JUEZ, Y DEFENSOR PÚBLICO PENAL EN AMÉRICA LATINA (JUNIO 2005 y 2010)

PAÍS	HABITANTES	HABITANTES POR CADA POLICÍA**	HABITANTES POR CADA FISCAL	HABITANTES POR CADA JUEZ	HABITANTES POR CADA DEFENSOR PÚBLICO
ARGENTINA	40.737.988		17.284	20.389	56.738
COSTA RICA	4.639.042		9.315	12.437	18.051
ECUADOR *	13.059.635		38.411	34.009	408.114
ELSALVADOR	6.192.482		8.541	11.138	20.780
GUATEMALA	14.376.054		39.933	90.415	38.645
HONDURAS	7.621.106		14.113	31.755	31.107
NICARAGUA	5.822.395		20.077	19.344	49.764
R.DOMINICANA*	9.237.045		12.585	16.856	61.580
VENEZUELA*	26.723.879		22.270	34.174	51.491

E. Carranza ILANUD: Cálculo hecho a partir de los de los números totales de fiscales, jueces y defensores proporcionados por los funcionarios y funcionarias participantes en el "Curso Internacional de Capacitación en Reformas al Sistema de Justicia Penal en América Latina" (San José, 2-10 agosto 2010, y julio 25- agosto 3 de 2005), corregidos en algunos casos con información solicitada a las Cortes Supremas de Justicia, Ministerios Públicos y Defensas Públicas de cada país. Los datos de población fueron tomados del Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía CELADE, División de Población; Comisión Económica para América Latina y el Caribe CEPAL, actualizados a septiembre 2010.

Argentina: País de sistema federal. Datos totales de todo el país, a nivel federal, nacional y provincial.

* Los datos de Ecuador, Rep. Dominicana y Venezuela son del 2005.

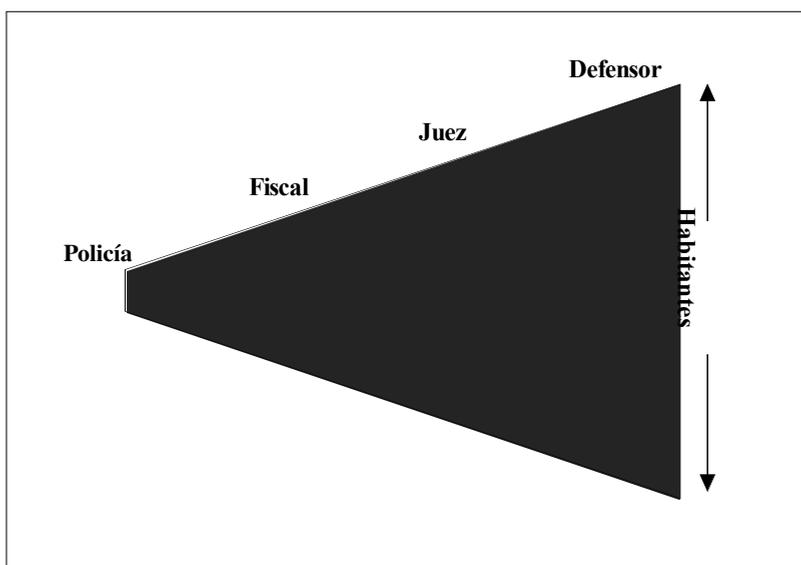
** Los promedios de número de habitantes por cada policía para Centroamérica y Sudamérica fueron tomados de "Determining Trends in Global Crime and Justice", Mark Shaw, FORUM on Crime and Society, vol 3, números 1 y 2, diciembre 2003:56, United Nations Office on Drugs and Crime.

La tendencia general es que proporcionalmente en relación con las poblaciones de cada país hay un alto número de policías, un menor número de fiscales, un menor número de jueces, y un número aún menor de defensoras y defensores públicos.

En gran medida las diferencias en las cifras del cuadro tienen su explicación en la naturaleza de la función desempeñada por los diversos operadores del sistema. Sin embargo, en algunos casos habría desequilibrios, por ejemplo las diferencias en algunos casos muy grandes entre el número de fiscales y defensores, lo que estaría indicando que no se respeta el principio de igualdad de armas que debe existir para lograr un proceso adversarial con equilibrio de partes.

En el gráfico siguiente representamos las relaciones numéricas entre los diversos operadores de la justicia penal como por lo general se manifiestan en los países de medianos y bajos ingresos, con una figura que tiene forma de cono.

Cono de la relación numérica habitantes: operadores de los sistemas de justicia penal en los países de medianos y bajos ingresos



*E. Carranza, ILANUD, Julio 2010

El cono exhibe que el componente más débil de los sistemas es el de la defensa pública. Pero su debilidad no es solo numérica; por lo general lo es también en su presupuesto, en su capacidad técnica para la investigación de los hechos en las defensas a su cargo, en el respaldo institucional con que cuentan los defensores y defensoras, y en su relación jerárquica y nivel salarial que, salvo algunos casos de excepción⁴, en la generalidad de los países es inferior en comparación con el que perciben fiscales y jueces. Se trata de un sistema que otorga un inferior estatus profesional, jerárquico y salarial a la defensa pública dentro de una carrera judicial que comienza en ese peldaño y continúa ascendiendo en el ministerio público de la acusación, y posteriormente en el estrado judicial. De esa manera se crean cuerpos de la defensa pública con integrantes que son personas de paso, en muchos casos sin verdadera vocación por la defensa por cuanto aspiran a ascender y salir de allí cuanto antes⁵.

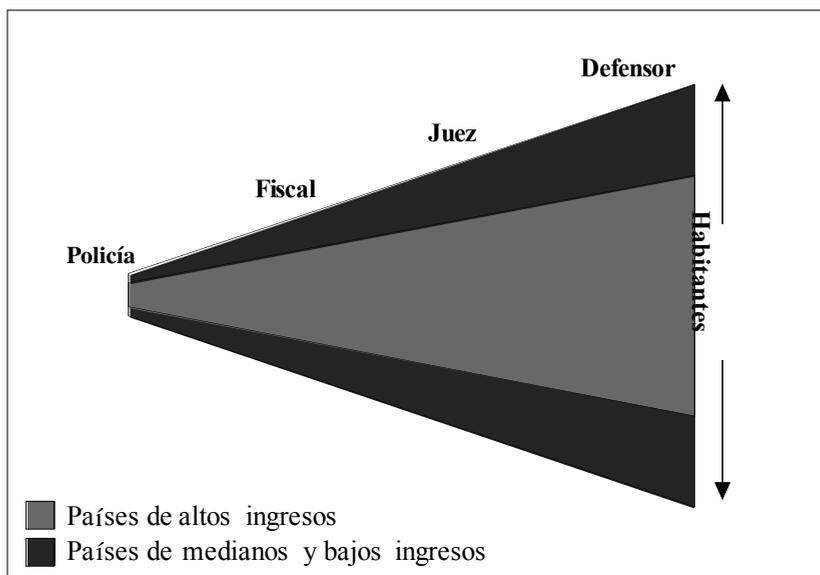
⁴ Una excepción es la Defensa Pública Federal de la República Argentina luego de la sanción de la nueva Constitución Nacional de 1994; también la Provincia de Salta en su nueva Constitución de 1998, y en la Provincia de Santa Fe por ley de la Asamblea Legislativa, pero subsiste en otras provincias, como asimismo subsistiría hasta donde llega nuestra información en la generalidad de los países de América Latina.

⁵ En el caso de Costa Rica no es usual que alguien que ha sido defensor pase al Ministerio Público, pero es frecuente que pase a la judicatura.

En cuanto al ministerio público, en la mayoría de los casos podría haber también un desequilibrio en comparación con la policía. Un problema que se presenta en general en los países es el de su debilidad para desempeñar la función de investigación que tienen asignada por los nuevos códigos procesales, con lo que ésta continúa de hecho a cargo de la policía como era en el procedimiento inquisitivo anterior. Una excepción a esto es Costa Rica, que cuenta desde 1973 con una policía técnica judicial excelente, con gran capacidad profesional.

En la figura siguiente hemos superpuesto dos conos, el que por lo general se da en los países de medianos y bajos ingresos, y el que por lo general se da en los países de altos ingresos. Como vemos, en los países de altos ingresos las diferencias entre el número de operadores y operadoras de los componentes de los sistemas de justicia penal sería menos desequilibrada.

Cono de la relación numérica habitantes: operadores de los sistemas de justicia penal



*E. Carranza, ILANUD, Julio 2010

Pasemos a otro cuadro, que se refiere a la clase socioeconómica de las personas defendidas por la defensa pública. El punto tiene estrecha relación con la selectividad del sistema de justicia penal y con el reducido número de defensores públicos que suele haber en muchos países.

El cuadro siguiente presenta uno de los resultados de la encuesta de opinión que hicéramos a los operadores de los sistemas de justicia penal asistentes a los seminarios-taller en San Jose (jueces, fiscales y defensores). El cuadro indica que en todos los países el alto porcentaje de las personas defendidas por la defensa pública es de clase baja, y la defensa de las personas de tal condición económica es un objetivo explícito que tienen estos organismos.

Sin embargo esto no es así en todo el mundo. En Suecia y otros países escandinavos las personas de todas las clases sociales imputadas por delito designan el defensor o defensora de su confianza, que en todos los casos es pagado por el Estado. De esta manera, todas las personas tienen idéntico acceso a una buena defensa penal. El punto es central en cuanto al tema del acceso a la justicia.

DEFENSA PÚBLICA EN AMÉRICA LATINA
CLASE SOCIOECONÓMICA DE LAS PERSONAS DEFENDIDAS 2005 y 2010

PAÍS	PORCENTAJES				
	alta	media alta	media	media baja	baja
ARGENTINA	1	4	15	20	60
BOLIVIA*	0	0	5	15	80
COSTA RICA	1.5	3.5	15	30	50
ECUADOR*	2	5	10	20	63
EL SALVADOR			20	20	60
GUATEMALA	0	0	0	10	90
HONDURAS*	0	0	10	20	70
NICARAGUA	0	0	1	9	90
R. DOMINICANA*	1	2	7	20	70
VENEZUELA*	0	0	0	2	98

Elías Carranza, ILANUD. Encuesta de opinión a los jueces, juezas, fiscales, defensores y defensoras participantes en el “Curso Internacional de capacitación en reformas al sistema de justicia penal en América Latina”, San José, ILANUD/JICA/UNAFEI, julio 26 – agosto 4, 2005. Argentina: Información correspondiente a todo el país pero solo a nivel federal. Venezuela: Información correspondiente sólo al Distrito Capital, Caracas.

* Los datos de Bolivia, Ecuador, Honduras, República Dominicana y Venezuela son del 2010.

El cuadro indica que Costa Rica y Argentina tendrían un espectro más amplio de clases sociales defendidas por la defensa pública⁶.

Sería interesante en un estudio más detallado medir los porcentajes de personas procesadas pertenecientes a los distintos estratos sociales en cada una de las etapas del proceso. La teoría e investigación ya existentes indican que a lo largo de las diversas etapas del proceso el porcentaje de personas de clases alta y media va reduciéndose hasta encontrar su porcentaje más reducido en el sistema penitenciario, donde el porcentaje de clase baja es altísimo, en muchos países casi total. Este flujo de casos a lo largo del sistema de justicia penal suele representarse en la teoría criminológica con la figura de un embudo, y se lo denomina así, “el embudo del sistema de justicia penal”.

En lo que sigue procuraré sintetizar algunos comentarios que surgen de lo que hemos visto hasta aquí, y me referiré también a un tema de la mayor importancia para nuestros países en este momento: el de las privatizaciones de diversos ámbitos de la justicia penal:

- i) La criminalidad ordinaria o “convencional”, especialmente en materia de delitos contra la vida y contra la propiedad, ha venido creciendo a partir de la década de los ochenta en los países de la región. Hay particularidades, e incluso alguna excepción, que no analizaremos en este momento;
- ii) Se verifica asimismo en algunos países la aparición, y en otros un incremento, de formas de criminalidad no convencional y transnacional;
- iii) Una serie de variables que tienen correlación estadística con la frecuencia de varios delitos sugieren que el estado de cosas difícilmente mejorará en el tiempo previsible. Especialmente grave es la información del Banco Mundial y CEPALC que indica que la inequidad de la distribución del ingreso -variable de la que se ha verificado su correlación directa con los delitos de homicidio y contra la propiedad- ha venido creciendo de manera acentuada desde la década de los 80 entre los países de altos ingresos y el resto del mundo, y al interior de los países de medianos y bajos ingresos, como es el caso de los de América Latina, y que la tendencia continúa en esa dirección. La distribución inequitativa del ingreso entre países se manifiesta asimismo en la que hemos llamado “distribución inequitativa de la criminalidad”, por cuanto contrastando con lo que ocurre en los países de medianos y bajos ingresos, en los países de altos ingresos desde mediados de la década de los noventa las tasas de homicidios y delitos contra la propiedad han venido descendiendo;

⁶ La información de Argentina corresponde solo a la justicia penal federal.

- iv) Los países de la región han venido respondiendo a la situación con aumentos de penas, creación de nuevas figuras delictivas y también reformas de tipo procesal que en algunos casos fueron declaradas inconstitucionales o lesivas de garantías fundamentales por tribunales de constitucionalidad;
- v) El resultado de la conjunción de la situación del delito con las políticas y acciones con frecuencia desacertadas frente a éste, ha sido el acelerado crecimiento de las tasas penitenciarias, con altos niveles de hacinamiento en las prisiones, y lesiones a derechos fundamentales que ocurren en el seno de los mismos sistemas de justicia. Argentina y Brasil casi triplicaron sus tasas de presos en el curso de los últimos 15 años, y la mayoría de los países las duplicaron;
- vi) Los países de América Latina han avanzado en reformas procesales, sustituyendo sus códigos inquisitoriales por otros adversariales de procedimiento oral y público, y podría decirse, como característica general, que los nuevos códigos, en alguna medida, generan más celeridad, más transparencia y menos impunidad; si bien los efectos de la inequidad de la distribución de la criminalización, propia del llamado “embudo de la justicia penal”, continúan evidentes, y muchos de los anteriores problemas, ahora denominados “problemas de la segunda generación”, subsisten;
- vii) Sin duda un resultado positivo de las reformas procesales y de los esfuerzos específicamente orientados a ello ha sido cierta reducción en los porcentajes de presos y presas sin condena, aunque tales cifras continúan siendo altas en la mayoría de los países, y queda aún mucho por hacer;
- viii) En el curso de las dos últimas décadas algunos países que no tenían defensa pública la establecieron y otros la fortalecieron. No obstante, salvo algunas excepciones, las defensas de la región se caracterizan por su debilidad y consecuente incapacidad para atender el altísimo porcentaje de casos que requieren defensa estatal (entre el 70 y el 95% de los que ingresan a la justicia penal);
- ix) También los ministerios públicos, denotan falta de capacidad para desempeñar el rol que les corresponde en la investigación del delito, su relación funcional con la policía es difícil, y la investigación continúa en casi todos los países, de hecho o de derecho, a cargo de la policía dependiente del Ejecutivo;
- x) La distribución de recursos, tanto humanos como materiales y presupuestarios entre los diversos operadores de la justicia penal, es menos equilibrada en América Latina y, en general, en los países de bajos y medianos ingresos, que en los de altos ingresos. Los países de bajos y medianos ingresos como caracterización general asignan proporcionalmente más presupuesto y recursos humanos a la policía, una proporción menor al ministerio público, una menor aún a la judicatura, y una proporción muchísimo menor a la defensa pública, con lo que se produce desequilibrio en los sistemas de justicia penal y entre otras cosas se irrespeta la igualdad de armas. Estas proporciones son más equilibradas en los países de altos ingresos.
- xi) Ante el preocupante panorama regional, aparecen en escena empresas transnacionales y agencias de cooperación que descubren en la justicia penal una fuente de negocios. La privatización de las cárceles, la privatización de la defensa pública y la negociación del delito y de la pena⁷ son tres de las formas comerciales que difunden.

Con el auge del mercado globalizado, que intenta penetrar todos los órdenes de la sociedad y transformar en mercancía negociable todos los objetos, funciones, derechos, y hasta las personas, era previsible que también llegaran a América Latina estas formas de privatización de la justicia. El ofrecimiento suele hacerse proponiendo grandes paquetes con financiamiento de la banca internacional para la “modernización” de los sistemas de justicia, ofrecimiento que ante la mala situación de los sistemas –particularmente de las cárceles- y el asedio de la “opinión publicada” frente al delito, suele aceptarse, no obstante que el financiamiento por medio de la banca nacional es menos gravoso y no condicionado, y que los paquetes que se ofrecen contienen intereses ajustables en dólares, y subordinan o ignoran las reales necesidades de los países y el criterio de los funcionarios y expertos nacionales, sujetando los detalles técnicos y las contrataciones a la aprobación de costosas consultorías de “expertos” designados por las agencias, pero pagados por los mismos países con el dinero del préstamo.

⁷ Nos referimos a la “*plea bargaining*”, no a la utilización sensata del principio de oportunidad reglado.

El resultado más notorio de las privatizaciones en la justicia penal y su funcionamiento como negocio se observa en los Estados Unidos, país en el que se originan y que equivocadamente suele ponerse como ejemplo en la materia. Allí el crecimiento aceleradísimo del número de casos tratados por la justicia penal desde 1980, y el también aceleradísimo crecimiento de las tasas penitenciarias, que son las más altas del mundo, constituyen una gran fuente de ganancias para un reducido grupo de empresas de la defensa y transnacionales penitenciarias que cotizan en la bolsa de comercio de Nueva York. Una reciente investigación del Departamento Nacional sobre Investigación Económica de dicho país que compara el trabajo profesional de los defensores públicos asalariados estatales y los del sistema outsourcing, concluye que los estatales realizan un trabajo profesional significativamente mejor medido en términos de lograr un menor número de condenas, y condenas menos largas, y que estas diferencias afectan a las comunidades de minorías y de inmigrantes y por lo tanto constituyen una violación de sus derechos civiles protegidos por el título VI del Acta de Derechos Civiles⁸.

En América Latina tenemos ejemplos de defensa pública estatal de alta calidad a nivel mundial, que son una importante referencia para cualquier país que desee asistencia técnica en la materia. Dos casos que podemos citar, sin demérito de otros posibles, son la Defensa Pública de Costa Rica, y la Defensa Pública de la Nación Argentina. Aunque con algunas diferencias entre sí, ambas son del modelo estatal, y son un ejemplo de la calidad profesional, amplia cobertura y eficiencia que puede lograr dicho modelo cuando se le asignan los recursos humanos y materiales indispensables y se profesionaliza un cuerpo de defensores y defensoras con estabilidad laboral y el estatus que les corresponde dentro de la justicia penal. Ambas se distinguen por su independencia, que se verifica por haber defendido con éxito casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. También son más eficientes en cuanto a costos, mientras que el modelo outsourcing, además de ser más caro, establece dos categorías de defensa, de primera calidad para quienes pueden pagar su defensa privada, y de segunda calidad para quienes son defendidos por dicho sistema.

En cuanto a la privatización penitenciaria, el ILANUD ha estudiado el tema en detalle (Nathan, 2009; Carranza, 2009). Para nuestros efectos sobre este punto solo recordaremos aquí que la ejecución de la pena de prisión como parte de la justicia penal es función indelegable del Estado, por lo que su privatización no es admisible y ha conducido a graves aberraciones. A esta razón principal se suman otras razones éticas, de política criminal, y de costos. Diremos asimismo que los países que a nivel mundial poseen las prisiones que más se adecuan a los instrumentos internacionales que regulan esta pena, y cuyas prisiones son más respetuosas de la dignidad de las personas presas y de las personas funcionarias, poseen todas prisiones estatales: Suecia, Dinamarca, Finlandia, Noruega, Canadá. Todo esto puede verse en detalle en la bibliografía citada.

xii) Del intercambio de información y conocimientos a lo largo de tantos talleres regionales surge que pese al esfuerzo denodado de muchos de los funcionarios y funcionarias de nuestros sistemas de justicia penal desde sus posiciones en las policías, los ministerios públicos, las judicaturas, las defensas públicas y las cárceles, nuestras sociedades producen una justicia sesgada, con gran impunidad para algunos delitos, y criminalización de la pobreza en el otro extremo, (con diferencias y particularidades entre países, en una región muy extensa con realidades diversas).

⁸ The right to an equal and fair trial regardless of wealth is a hallmark of American jurisprudence. To ensure this right, the government pays attorneys to represent financially needy clients. In the U.S. federal court system, indigent defendants are represented by either public defenders who are salaried employees of the court or private attorneys, known as Criminal Justice Act (CJA) attorneys, who are compensated on an hourly basis. This study measures differences in performance of these types of attorneys and explores some potential causes for these differences. Exploiting the use of random case assignment between the two types of attorneys, an analysis of federal criminal case level data from 1997-2001 from 51 districts indicates that public defenders perform significantly better than CJA panel attorneys in terms of lower conviction rates and sentence lengths. An analysis of data from three districts linking attorney experience, wages, law school quality and average caseload suggests that these variables account for over half of the overall difference in performance. These systematic differences in performance disproportionately affect minority and immigrant communities and as such may constitute a civil rights violation under Title VI of the Civil Rights Act. (NATIONAL BUREAU OF ECONOMIC RESEARCH, An Analysis of the Performance of Federal Indigent Defense Counsel Radha Iyengar NBER Working Paper No. 13187 June 2007 <http://www.nber.org/papers/w13187>).

xiii) La situación de los países de la región en materia de criminalidad y justicia penal como asimismo en otras materias sociales difícilmente se superará en el corto plazo o en un solo período de gobierno, y la sola justicia penal resulta insuficiente para confrontar una situación que no es solo penal, y tiene relación con el modelo de economía global de distribución inequitativa del ingreso y la forma como nuestros países se insertan dentro de dicho modelo.

La política criminal es parte de la política social, y no puede ser un sustituto de ésta. Nuestros países necesitan continuar avanzando hacia mejores sistemas de justicia penal y mejores niveles de acceso a la justicia, pero por sobre todo necesitan continuar avanzando en más justicia social por medio de una distribución menos inequitativa del ingreso. De los estudios de las Naciones Unidas sobre criminalidad y funcionamiento de los sistemas de justicia penal y de las encuestas de victimización de las Naciones Unidas surge que los países que fortalecen sus sistemas de justicia penal pero no logran desarrollar sociedades de equidad construyen sociedades violentas, y no ven reducir sus tasas de delito a pesar de su creciente utilización de la justicia penal, que al hiperutilizarse se torna ilegítima por su alto número de presos y presas sin condena, hacinamiento en las cárceles, y sinnúmero de otras violaciones a derechos fundamentales.

La tarea que tendremos por delante será entonces, como operadores de la justicia empeñarnos en producir una justicia verdaderamente justa, y como ciudadanos y ciudadanas, como mujeres y hombres políticos, elegir bien a nuestros gobernantes y participar activamente en la gestión de nuestras democracias para lograr sociedades de equidad.

El ILANUD está a disposición de los países para colaborar, en toda la medida de sus posibilidades, en la tarea de alcanzar mejores niveles de justicia. Su potencial surge de nuestros mismos países, pues es el instituto regional de las Naciones Unidas para América Latina y el Caribe. Posiblemente lo más valioso que puede aportar el ILANUD es esa visión global regional, que nos permite determinar problemas comunes, detectar políticas y prácticas eficaces en los países que producen avances, y transmitirlos horizontalmente a otros países.

Terminamos nuestras palabras agradeciendo una vez más la generosa cooperación del Gobierno de Japón que nos brinda por intermedio de UNAFEI y JICA, facilitándonos realizar estos talleres tan útiles a los países de nuestra región.

Gracias por su participación y compromiso en esta empresa, y por los comentarios que puedan hacer a este documento.

CITAS

CARRANZA Elías *et alii*, 2009

Cárcel y justicia penal en América Latina y el Caribe. ILANUD y Editorial Siglo XXI, México 2009

CEPAL, 2005

Panorama Social de América Latina 2004. Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Santiago de Chile.

CEPAL, 2000

La brecha de la equidad: una segunda evaluación, Santiago de Chile

CIDH, 2004

Argentina, Provincia de Mendoza, Resolución sobre medidas provisionales de la Corte Interamericana de derechos Humanos de fecha 22 de noviembre de 2004.

-----, 2005

Argentina, Provincia de Mendoza, Resolución sobre medidas provisionales de la Corte Interamericana de derechos Humanos de fecha 18 de Junio de 2005.

-----, 2006

Argentina, Provincia de Mendoza, Resolución sobre medidas provisionales de la Corte Interamericana de derechos Humanos de fecha y 30 de marzo de 2006.

COMITÉ 2004

Comité contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes de las Naciones Unidas(CAT/C/CR/33/1 33º Período de Sesiones 15 a 26 de noviembre de 2004)

COMITÉ EUROPEEN, 1999

Comité Europeen pour les problemes criminels. Projet de rapport sur le surpeuplement des prisons et l'inflation carcérale. (cdpc plenary/docs 1999/18F Add I - Rec CP Surpeuplement).

CSJA (2005)

Corte Suprema de Justicia de Argentina (V. 856. XXXVIII. Recurso de Hecho, Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus)

NATHAN Stephen, 2009

Privatización de la prisión: acontecimientos y temas internacionales y sus implicaciones para América Latina. En Cárcel y justicia penal en América Latina y el Caribe. E. Carranza y otros, ILANUD y Editorial Siglo XXI, México.

SALA CONSTITUCIONAL (1996)

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, sentencia 1032-96 del 1 de marzo de 1996.

SHAW Marc, van DIJK Jan and RHOMBERG Wolfgang, 2003

Determining Trends in Global Crime and Justice: an Overview of Results from del United Nations Surveys of Crime Trends and Operations of the Criminal Justice Systems, en Forum on Crime and Society, volume 3, Numbers 1 and 2, December 2003, United Nations Office on Drugs and Crime, New York.

STIGLITZ, Joseph, 2002

“El malestar en la globalización”, Taurus, Madrid.

WORLD BANK 2005

“World Development Report 2006: Equity and Development”

----- 2000

“World Development Report 2000/2001: Attacking Poverty”, Oxford University Press, New York

ZAFFARONI, Raúl, 2002

Las ideas básicas en la relación defensa pública-estado de derecho, en Revista Latinoamericana de Política Criminal, tomo destinado a la defensa pública, año 5, número 5, Buenos Aires septiembre 2002.

II. LA JUSTICIA PENAL EN JAPÓN

1. PANORAMA DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL DEL JAPÓN Y DE SU REFORMA

TAKESHI SETO, Subdirector
Instituto de Asia y el Lejano Oriente para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente,
UNAFEI⁹

INTRODUCCIÓN

Buenos días a todos. Soy Takeshi SETO; mi apellido es SETO; entonces, por favor, llámenme Sr. SETO, o SETO-san, según la práctica común en el UNAFEI.

Puesto que este es el primer día en que los miembros del profesorado del UNAFEI, mi colega el profesor Otani y yo tenemos la oportunidad de encontrarnos con ustedes y hacer las presentaciones del caso, me gustaría presentarnos a mi organización, UNAFEI, el Instituto de Asia y el Lejano Oriente para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, de Naciones Unidas, y a mi persona, antes de hacer mi exposición.

El UNAFEI es un instituto internacional de capacitación e investigación en el campo de la prevención del delito y de la justicia penal, con sede en Tokio. Fue establecido en 1962 por medio de un convenio entre Naciones Unidas y el Gobierno del Japón. El propósito principal del UNAFEI es colaborar al desarrollo racional de los sistemas de justicia penal entre los Estados Miembros de Naciones Unidas, particularmente en los países en vías de desarrollo de la región Asia y Pacífico; sus principales actividades son los cursos de capacitación y los seminarios, la aportación de asistencia técnica y la realización de investigaciones y estudios.

La administración del UNAFEI se ha mantenido bajo los auspicios conjuntos de Naciones Unidas y del Gobierno del Japón, aunque el personal y los asuntos financieros son responsabilidad de este último.

El UNAFEI está reconocido como el instituto más antiguo constitutivo de la Red del Programa de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y la Justicia Penal y por lo tanto tiene el compromiso de trabajar con otros órganos de Naciones Unidas, incluido el ILANUD, en la provisión de asistencia a los Estados Miembros de Naciones Unidas. Este curso de capacitación es uno de sus esfuerzos en este sentido.

En cuanto a nuestro personal, el Director del UNAFEI es uno entre varios candidatos que son funcionarios del Gobierno del Japón y se le nombra en consulta con NNUU. Y deben su nombramiento otros miembros del profesorado al hecho de pertenecer también a un grupo de profesionales con experiencia y conocimiento del sistema japonés de justicia penal: el poder judicial, la fiscalía, las instituciones penitenciarias, la oficina del régimen de prueba y la policía. Otros trece miembros del personal provienen igualmente de diversas organizaciones de justicia penal.

Nuestra principal actividad, entre otras, es realizar cursos de capacitación y seminarios. Hay tres principios que fundamentan nuestros cursos de capacitación y seminarios. El primer principio es que nuestras actividades deben ser prácticas. Todos los participantes y miembros del profesorado practican

⁹ Traducción inglés-castellano por Orlando García-Valverde.

su profesión. De tal manera, procuramos conocimiento y aptitudes para practicantes, más que para académicos. El segundo principio es que el curso y los seminarios deben adoptar un enfoque integrado del tratamiento de los problemas. Aunque la justicia penal constituye un largo proceso desde la etapa de la investigación al principio, hasta la etapa de rehabilitación al final, creemos que todas las etapas son interdependientes y que no podemos solucionar problemas particulares en una determinada etapa sin considerar las causas y los efectos en otras etapas de los procesos penales. Por lo tanto, nuestra estrategia es desarrollar un conocimiento integral de todo el sistema de justicia penal, con la ayuda de los miembros de nuestro profesorado y de los participantes, cuyas experiencias conjuntas en la práctica profesional en todas las etapas del sistema de justicia penal constituyen una sólida base para el desarrollo de soluciones factibles. El tercer principio es que nuestras actividades deberían asumir un enfoque comparativo. En nuestros cursos de capacitación y seminarios internacionales se reúnen participantes de distintos países de todo el mundo. Durante sus intercambios ellos reconocen distintos sistemas legales así como distintas medidas para contrarrestar los mismos tipos de problemas. Nosotros damos gran importancia a esta práctica en pro de un mayor desarrollo en sus respectivos países.

Actualmente organizamos nueve cursos de capacitación y seminarios por año. Cuatro cursos de capacitación y seminarios, cuatro cursos de capacitación regionales o para un país determinado y un seminario regional fuera de Japón. Desde la creación del UNAFEI y hasta el momento presente hemos recibido a más de 2.700 participantes extranjeros de más de 120 países de todo el mundo y tenemos a más de 1.200 alumnos japoneses.

Con esto concluyo mi breve panorama del UNAFEI. Ahora me gustaría que dirigiéramos nuestra atención al tema de hoy: un panorama del sistema japonés de justicia penal y su reforma.

El concepto básico de un sistema de justicia penal es el mismo en todo el mundo. Sin embargo, los detalles son muy diferentes entre sí, puesto que los sistemas legales de todos los países se establecen como reflejo de sus propias historias, culturas, tradiciones y religiones. Por esto me gustaría comenzar mi exposición ofreciendo un panorama de nuestro sistema de justicia penal. Si ustedes comprenden los antecedentes de nuestro sistema les será más fácil comprender sus aspectos más técnicos.

HISTORIA Y ANTECEDENTES BREVES DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN JAPÓN

A. Introducción

Antes de entrar en lo que es una explicación del sistema de justicia penal japonés me gustaría referirme a los actuales sistemas jurídicos del mundo en forma de comparación con el sistema japonés. Los actuales sistemas jurídicos pueden categorizarse como sigue: i) el Sistema Continental Europeo, llamado sistema de derecho civil, un sistema derivado del derecho romano y desarrollado como derecho escrito, concretamente como ley escrita; ii) el Sistema de Derecho Angloamericano, llamado sistema de derecho consuetudinario, que se desarrolló originalmente en Inglaterra y Gales y que no necesariamente contaba con una ley escrita, sino que normalmente consistía en derecho consuetudinario y jurisprudencia; y iii) el Sistema de Derecho Islámico o Sharia, que está basado en normas religiosas islámicas.

B. Antecedentes históricos del Sistema de Justicia Penal japonés

Hasta el siglo VI Japón tenía su sistema original y primitivo. En esa época la delincuencia estaba dividida en dos categorías concretamente: delitos del cielo y delitos de la tierra. La primera forma de delincuencia estaba basada en la religión, como podía ser la violación de un tabú religioso. La última era una delincuencia usual como podía ser un delito natural o “malum in se”.

La purificación con dolor era el principal castigo por delinquir. La delincuencia se consideraba

la destrucción del orden administrado por Dios. Por lo tanto, el propósito de la pena era calmar la ira de Dios. Sin embargo, también se imponía la pena de muerte por delitos abominables tales como la rebelión.

Todo el poder judicial y fiscal emanaba del Emperador y era empleado por las respectivas familias aristocráticas, de manera que el proceso penal era un proceso inquisitorio en vez de acusatorio. Existía una medida interesante para obtener declaraciones de personas como el demandante y el demandado llamada Kukatachi, que era una especie de terrible experiencia para obtener pruebas. La Kukatachi era como sigue: tras haber jurado que el demandante y el demandado habían dicho la verdad, se obligaba a ambas partes a buscar a ciegas un objeto de barro cocido o una piedra en un caldero de agua hirviendo. Se dictaba sentencia a favor de la parte cuya mano no hubiese resultado escaldada.

En los siglos VII y VIII Japón importó el sistema de justicia penal chino y pronto, tras haberlo hecho, comenzó a modificar el sistema para la sociedad japonesa. En general, todos los delitos y las penas estaban estipulados en leyes escritas. Las penas principales eran el castigo corporal, los trabajos forzados hasta por tres años, el destierro y la pena de muerte.

Las organizaciones que empleaban el poder judicial, fiscal y policial estaban divididas institucionalmente y los burócratas aristocráticos empleaban su poder según sus respectivas posiciones. En cuanto al proceso penal, discrepar con un juez y recurrir a un tribunal de mayor rango estaban estipulados. Pero al mismo tiempo estaba también estipulada la tortura.

En el siglo XII, Japón entró en un sistema de dualidad gubernamental en que el Emperador y el ejército Samurai ostentaban el poder. Y entre los siglos XIV y fines del XVI hubo algunos períodos en que ninguna autoridad podía gobernar de manera estable en el Japón.

En el siglo XVII el gobierno del sogún Tokugawa, un gobernador samurai, dominaba todo el Japón, aunque el Emperador mantenía una condición honoraria como gobernador supremo. El gobierno del sogún Tokugawa dio autonomía a cada gobierno regional hasta cierto punto dentro de un sistema feudal, aunque siempre tenía su propio sistema de justicia penal y jurídico que se aplicaba en todo el Japón. El proceso penal seguía siendo inquisitorio y la separación de la organización judicial e investigativa era insuficiente, como lo era la ley escrita y entonces se usaba la aplicación análoga de la ley y de la jurisprudencia.

Como lo sabrán ustedes, el actual sistema jurídico japonés es una mezcla de los distintos tipos de sistemas jurídicos del mundo. Es una combinación del Derecho Continental Europeo, del Derecho Angloamericano y del Derecho Japonés original. El actual sistema se estableció al haber experimentado el Japón dos acontecimientos decisivos: el primero en el inicio de la Era Meiji (1868) y el segundo al final de la II Guerra Mundial (1945). En estos momentos estamos experimentando el tercer acontecimiento decisivo principal.

En 1868 se derrumbó el gobierno del sogún Tokugawa y el gobierno volvió al Emperador. Puesto que el Gobierno Imperial Meiji temía a la colonización impulsada por los países occidentales y emprendió la revisión de los desiguales tratados con ellos, que fueron ratificados al final de la Era Tokugawa, procedió de manera resoluta a modernizar, occidentalizar y centralizar el Japón. En consecuencia, se produjeron cambios revolucionarios en el campo de la justicia penal. Se abolieron procedimientos como los de fallar únicamente ante una confesión y se prohibió la tortura. El sistema jurídico en general comenzó a aproximarse a los enfoques occidentales. Japón había estado siguiendo el sistema jurídico francés hasta la década de 1870. Después de esto Japón comenzó a reconocer que el sistema jurídico alemán era más adecuado para Japón, porque Alemania adoptó una monarquía constitucional en aquel momento, a diferencia de Francia, que era república. Por ejemplo, el actual código penal de Japón fue adoptado en 1907 y está basado en el derecho alemán. La Constitución Meiji, que fue adoptada en 1889, estaba también bajo una fuerte influencia de la Constitución alemana.

En cuanto al derecho procesal penal el Gobierno adoptó el Chizaiho en 1880, inspirado en el Código

de Procedimientos Penales francés, establecido por Napoleón. En 1890 el Chizaiho fue convertido en el Código de Procedimientos Penales, con algunas enmiendas, y fue el primer sistema de justicia penal integral de estilo occidental adoptado en Japón. En 1922 se adoptó un nuevo Código de Procedimientos Penales bajo la influencia del derecho alemán. Puede decirse que, tras la modernización, el sistema japonés de procedimientos penales estaba basado enteramente en el Derecho Continental Europeo.

Sin embargo, tras la Segunda Guerra Mundial se introdujeron diversos conceptos jurídicos americanos en el sistema jurídico japonés con algunas modificaciones. Se observa, por lo tanto, a lo largo de estos períodos, que Japón también trató de desarrollar su sistema y su práctica jurídicos únicos.

Para aclarar la transformación japonesa del sistema de justicia penal, me gustaría explicar, en primer lugar, lo que era el sistema antes de la II Guerra Mundial. En aquel momento Japón adoptó un sistema inquisitorio, así como otros países de derecho civil. Los investigadores tenían la autoridad de realizar una investigación de manera voluntaria, pero utilizaban medidas obligatorias en práctica y esto estaba basado en leyes especiales. Un juez preliminar hacía una segunda investigación (segunda audiencia) tras la investigación inicial por parte de la policía y los fiscales, lo cual comprendía el interrogatorio de la persona sospechosa y la aplicación de medidas obligatorias. El resultado de la investigación preliminar del juez se archivaba en un expediente que contenía en principio todos los archivos relacionados con el caso. El expediente se sometía entonces al tribunal para su examen y entonces el tribunal fijaba una fecha para el juicio.

El proceso se desarrollaba con base en la información que se encontraba en el expediente y en muchos casos el juicio era una mera formalidad que se daba únicamente para confirmar los hallazgos de la investigación por el juez preliminar.

C. El Sistema de Justicia Penal tras la II Guerra Mundial

1. La Constitución de Japón

Después de la Segunda Guerra Mundial, Japón cambió su marco jurídico en consonancia con las sugerencias del Cuartel General de las Fuerzas Aliadas que estaban ocupando Japón.

En 1947, la Constitución de Japón pasó drásticamente de ser la Constitución Meiji tipo alemán a ser la actual, que tiene una fuerte influencia del sistema de Estados Unidos de América. La nueva Constitución garantiza un sistema democrático de gobierno, el imperio de la ley y los derechos humanos. La Constitución establecía la separación de tres poderes: el legislativo, el ejecutivo y el judicial. El poder legislativo reside en la Dieta (el Parlamento), el poder ejecutivo reside en el Gabinete y el poder judicial reside en los Tribunales.

Antes de la Segunda Guerra Mundial todos los poderes emanaban del Emperador. Pero conforme a la nueva Constitución este ya no era el caso. El Emperador se convirtió en el símbolo de Japón y de la unidad de su gente, derivándose su posición de la voluntad del pueblo, en el cual reside el poder soberano (Artículo 1). Cada uno de los poderes está controlado y equilibrado por los otros dos.

Los derechos fundamentales de sospechosos y acusados están previstos en los artículos 31 a 40 de la Constitución. Comprenden el debido proceso en derecho (Art. 31); el derecho a acceso a los tribunales (Art. 32); el principio de necesidad de orden emitida por autoridad judicial para medidas obligatorias (Arts. 33-34); la prohibición de aplicación de tortura y castigo cruel (Art. 36); el derecho a un juicio expedito y público por un tribunal imparcial; una oportunidad plena para examinar a todos los testigos y el derecho a obligar a los testigos a presentarse ante el tribunal a pedido del demandado y a expensas del erario público; el derecho a abogado de defensa (Art. 37); el derecho a permanecer en silencio (Art. 38); la prohibición del doble castigo y del doble enjuiciamiento por los mismos hechos

(Art. 39); compensación del Estado para personas absueltas tras haber sido arrestadas o detenidas (Art. 40) y así sucesivamente. Estos artículos establecen el marco del sistema japonés de justicia penal.

2. La reforma del Sistema de Justicia Penal tras la Segunda Guerra Mundial

A fines de la década de 1940 y principios de los años 50 se introdujeron cambios fundamentales en todo el sistema jurídico. De conformidad con la Constitución, la Ley de Organización de Tribunales, la Ley de la Fiscalía y otras leyes importantes fueron adoptadas durante ese período. En 1949 también se modificaron el Código de Procedimientos Penales (en lo sucesivo el «CPP») y el Reglamento de Procedimientos Penales, conforme a la Constitución. Tal como lo explicaré más adelante, el cambio más significativo fue la adopción del sistema contencioso. Este privaba a los tribunales de su poder y responsabilidad en materia de investigación y limitaba el papel del juez a algo similar al de un árbitro.

No obstante, el Código Penal, que fue adoptado en 1908, está aun en vigencia, aunque ha sido objeto de diversas enmiendas.

En esta exposición me gustaría concentrarme en el actual sistema penal desde un punto de vista procesal.

i. Poder investigador

El cambio más importante en este sentido fue la abolición de una audiencia preliminar conducida por el poder judicial, especialmente por jueces preliminares. Antes de la Segunda Guerra Mundial el proceso de justicia penal estaba caracterizado por el principio de inquisición, que requería de una intervención activa por parte de jueces preliminares. El sistema de audiencias preliminares era similar al Sistema Continental Europeo. La autoridad de investigación obligatoria (como el arresto, la búsqueda, la captura, etc.) residía solo en los tribunales y no en agencias investigadoras como la policía y los fiscales en general. Se recogían las pruebas y se realizaban los interrogatorios por medio del ejercicio de poderes judiciales y eran conducidos especialmente por jueces preliminares. Por otra parte, un fiscal no era reconocido meramente como una de las partes en procesos penales, sino como un supervisor de esos procesos.

Tras la Segunda Guerra Mundial, una vez que el poder de investigar fue otorgado al poder judicial, se trasladó a las agencias investigadoras.

En este sentido se adoptó el principio de necesidad de una orden para la investigación obligatoria. Esto, por cuanto la intención de trasladar el poder de investigar a las agencias investigadoras no está en darles un poder irrestricto para investigar, sino en darles un poder y una responsabilidad para hacer la investigación bajo un control apropiado por parte del poder judicial. Conforme a este reconocimiento y tomando el arresto como ejemplo de ello, nadie puede ser arrestado sin una orden emitida por un juez. Sin embargo, este no es un principio absoluto; el nuevo CPP permite dos excepciones. Una es la excepción del Flagrante Delito: cualquier persona puede arrestar, sin una orden, a un delincuente que esté cometiendo un delito o que acabe de cometerlo. La otra es la excepción del Arresto de Emergencia cuando hay suficientes motivos para suponer la perpetración de un delito castigado con la pena de muerte o con la prisión perpetua con o sin trabajo, o con prisión por un máximo de tres años o más y, además, por razones de urgencia no es posible obtener una orden de arresto por parte de un juez, un fiscal, un funcionario asistente de un fiscal o un funcionario de la policía judicial puede arrestar al sospechoso tras notificarle acerca de las razones que motivan el arresto. En tales casos se pondrá en marcha de inmediato el procedimiento para obtener una orden de arresto de un juez. Cuando no se emite una orden de arresto el sospechoso será liberado inmediatamente. Además, no se emite una orden de arresto a menos que

haya causa razonable para creer que el sospechoso cometió el delito supuesto y que es necesario para la investigación del delito tomar tales medidas obligatorias. Estos requisitos, concretamente una causa razonable y la necesidad de tomar tales medidas de fuerza, se aplican también básicamente a todas las medidas obligatorias de investigación, incluidas la búsqueda y la captura. Así, un juez hace una revisión judicial de la investigación obligatoria realizada por la policía, los fiscales y otras agencias investigadoras y ejerce el papel imprescindible de garantizar el debido proceso en la investigación.

ii. Etapa del juicio

Antes de la Segunda Guerra Mundial, en el sistema inquisitorio, el tribunal mismo era el responsable de los procesos en juicios penales y de investigar activamente y descubrir los hechos. Después de la Segunda Guerra Mundial se adoptó el concepto contencioso. Los sistemas contenciosos tienen conceptos amplios y ambiguos y varían de país a país. El sistema contencioso está definido en el diccionario jurídico Black's [sexta edición] publicado en Estados Unidos de América de la siguiente manera: "La red jurisprudencial de leyes, reglas y procedimientos caracterizados por partes opuestas que litigan, una contra la otra, en búsqueda de un resultado favorable para ellas. En este sistema el juez actúa como letrado independiente en vez de como fiscal; se diferencia del sistema inquisitorio». Por lo tanto, el sistema contencioso va con el procedimiento acusatorio en vez de con el inquisitorio.

En Japón, como lo mencioné anteriormente, privaba al tribunal de su poder y responsabilidad de investigación y limitaba el papel del juez a algo similar al de un árbitro. El fiscal y el demandado (incluido el abogado defensor) desempeñan un papel activo en el proceso y son principalmente responsables por la presentación de pruebas para procurar un resultado a su favor.

La adopción del sistema contencioso dio lugar a otros cambios significativos:

- (1) El objetivo de la búsqueda de pruebas está limitado a los hechos que constituyen el delito denunciado. Por ejemplo, si el fiscal encarta al acusado por el delito de asalto que resulta en muerte de la víctima, el tribunal no puede condenarlo por delitos más graves, tales como el asesinato, aunque el tribunal pueda creer que el acusado tenía la intención de matar a la víctima;
- (2) Cuando un fiscal emplaza a un sospechoso presentando una acusación ante el tribunal, la acusación debe expresar solo los hechos que constituyen el delito aducido. Sin embargo, no pueden adjuntarse a la acusación materiales de prueba ni puede hacerse referencia a ellos en la acusación para no perjudicar al juez antes del juicio. Esto está basado en la premisa de que el tribunal debe abordar el primer día del juicio con un criterio totalmente libre de prejuicio, para que se materialice el principio de un juicio imparcial;
- (3) El fiscal y el demandado (incluido el abogado defensor) son, en principio, responsables por la presentación de pruebas. No es prohibido que un tribunal en sí recoja y examine pruebas, pero esto es sumamente excepcional;
- (4) Se introdujo la repregunta como método de testimonio de testigos. En el transcurso del testimonio por parte de testigos, los testigos son interrogados principalmente por el fiscal y por el abogado defensor, pero son interrogados de manera complementaria por el tribunal. De hecho, el actual CPP, en sentido contrario, estipula que el juez que preside interrogará a los testigos en general de primero, lo cual refleja la práctica que prevalecía conforme al anterior CPP. Se dice que esta disposición refleja alguna preocupación acerca de la falta de experiencia de los practicantes en aquel momento a la hora de cuestionar a testigos. Sin embargo, pronto se convirtió en práctica un nuevo método de testimonio de testigos y las reglas pertinentes están estipuladas en el Reglamento del Proceso Penal;

- (5) El derecho de pruebas, como la regla del testimonio de oídas, viene a desempeñar un papel importante en cuanto a la restricción sobre la admisibilidad de las pruebas. La prueba de oídas es testimonio en el tribunal, en el que el testigo da fe de lo que otros le han dicho o de lo que ha escuchado a otros decir, así como de declaraciones cuyo contenido fue dado por el testigo a agencias investigadoras como la policía y la fiscalía en vez de al juez. La regla del testimonio de oídas indica que tal prueba no puede ser utilizada como prueba en el tribunal, puesto que tal testimonio y tales declaraciones no pueden ser verificados mediante repregunta por la otra parte. Habiéndose dicho esto, siempre existe la posibilidad de que tal tipo de prueba sea utilizado en el tribunal si ambas partes están de acuerdo en ello, con base en el concepto del litigio contencioso. Y el CPP de Japón estipula un par de excepciones más a la regla del testimonio de oídas;
- (6) La ubicación del sitio del fiscal en una sala de juicio ha cambiado. Puesto que anteriormente el fiscal desempeñaba el papel de supervisor del poder judicial, desde el punto de vista del representante del Estado, se sentaba junto al juez, que se sentaba un escalón más arriba que las otras partes, que el demandado y el abogado de la defensa en el juicio. Sin embargo, puesto que un fiscal ha venido a ser una de las partes en un proceso penal, ahora se sienta frente al demandado y al abogado de la defensa. Este cambio simboliza el cambio en el papel que desempeña el fiscal.

Tal como lo explicaré más adelante, vamos a introducir un sistema de juez no letrado en Japón, que es un cuasisistema de jurado. Para que el público en general no se cree el prejuicio en contra del demandado como delincuente, proyectamos sentar al demandado junto al abogado de la defensa.

Sin embargo, el Nuevo Sistema Japonés de justicia penal no adoptó el sistema de derecho consuetudinario completamente. Un ejemplo de esto es que no tiene un procedimiento de acusación. Un delito tiene que ser demostrado mediante pruebas aunque el acusado se declare culpable en su juicio. El Artículo 1 del actual CPP estipula que uno de los propósitos de este derecho es el de aclarar los verdaderos hechos del caso. Un tribunal debe ejercer su poder para alcanzar esta meta. Esta es la influencia del sistema jurídico alemán.

De tal manera, el actual CPP puede ser descrito como un híbrido entre el sistema Continental Europeo y el sistema Angloamericano de derecho consuetudinario.

PRINCIPIOS BÁSICOS DE PROCESOS PENALES EN JAPÓN

Ahora explicaré los principios básicos de los procesos penales japoneses. Es muy natural que todos estos procesos concuerden con los estándares internacionales de derechos humanos, como los establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

A. La presunción de inocencia

La condena debe establecerse mediante prueba más allá de duda razonable. La preponderancia de la prueba, que se usa generalmente en procesos civiles, no es suficiente.

La presunción de inocencia hasta la determinación de culpabilidad se aplica en cada etapa del proceso penal y un sospechoso o acusado debe recibir, aun bajo custodia, el tratamiento de un ciudadano corriente.

El fiscal tiene la responsabilidad de probar hechos relacionados con todos los elementos materiales del delito y con factores que son requisito para el castigo, tales como la existencia de una denuncia y el incumplimiento de los términos de la prescripción. En Japón prevalece el principio de in dubio pro reo; esto quiere decir que en caso de duda la presunción obra siempre a favor del acusado. A menos que se prueben de manera afirmativa, se descartan los hechos y se pronuncia una decisión de ausencia de culpa.

B. Juicios públicos

1. Juicios públicos por ley

Los juicios deben realizarse y los fallos deben declararse públicamente [Const., Art. 82]. Además, «en todos los casos penales los acusados gozarán del derecho a un juicio pronto y público» [Const., Art. 37(1)]. Se permiten excepciones en algunos juicios, pero bajo condiciones estrictas. Si un tribunal determina unánimemente que un juicio público sería peligroso para el orden público o la moral pública, podría ser cerrado al público. Sin embargo, los juicios por delitos políticos o por delitos en los que está involucrada la prensa o en los que los derechos del pueblo, tal como están garantizados en el Capítulo III de la Constitución, están en juego (incluida la libertad de expresión y de culto), deben realizarse públicamente [Const., Art. 82].

El tribunal inicia su gestión con un juez o con jueces, un actuario del tribunal y un fiscal presentes [CPP, Art. 282]. Generalmente un tribunal no puede iniciar su gestión si el acusado no está presente [CPP, Art. 286]. El acusado tiene el derecho y la obligación de estar presente. Sin embargo, en algunos casos menores no es necesario que el acusado esté presente o puede ser excusado por el tribunal.

A la luz de la importancia que tienen las actividades del abogado de la defensa, especialmente en el sistema contencioso, en aquellos casos en que el cargo es sujeto de pena de muerte o de prisión por más de tres años, un juicio público no puede iniciarse sin la defensa del abogado de la defensa. Si el acusado no está representado por el abogado de la defensa en un tal caso, el tribunal nombrará ex officio a un abogado defensor competente [CPP, Art. 289(2)].

2. Seguridad del acceso público a los procesos penales

Además de estos principios tal como están establecidos por ley, el acceso público a los procesos penales está garantizado en la práctica. El papel de los medios de comunicación es importante en este sentido. Por ejemplo: en casos mayores, los medios divulgan la programación de los juicios con anticipación, de manera que aquellos que pretenden ver las comparencias del juicio pueden hacerlo fácilmente. Son fácilmente accesibles en los medios de comunicación al público en general informes rápidos, detallados y regulares de los procesos en tribunales. No solo los resúmenes sino los textos completos de fallos importantes son publicados por los tribunales por medio de periódicos judiciales y de editores comerciales. También se publican por medio del sitio en red que administra cada tribunal, incluida la Corte Suprema, los Tribunales Superiores y los Tribunales Distritales. Sin embargo, no se permite que los procesos judiciales sean televisados para ser vistos públicamente.

En relación con este tema me gustaría recalcar el hecho de que no existe una participación directa por parte del público en general en los procesos penales. A diferencia de Francia, Alemania, Estados Unidos de América y muchos otros países, no se celebran juicios con un jurado o con jueces no letrados en Japón en estos momentos. De hecho, Japón tenía un sistema de jurado para casos penales conforme a la Ley de Juicios con Jurado de 1923, lo cual fue antes de la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, puesto que tanto el público en general como los acusados preferían un juicio por jueces profesionales que un juicio con jurado, se suspendió en 1943 la Ley de Juicios con Jurado. A pesar de ello, la reforma integral en marcha del sistema jurídico introducirá un sistema de juez no letrado llamado “Saiban-in”, que permitirá al público en general participar en procesos penales, pero solo en casos serios. Además, una víctima del delito o un miembro de su familia será una cuasi parte en los procesos penales. Me referiré más ampliamente a esto más adelante.

EL PROCESO DE JUSTICIA PENAL EN JAPÓN

A. La investigación y el proceso

Es la policía la que en general realiza la investigación. Aunque hay algunas otras autoridades investigadoras en Japón, tales como los oficiales de seguridad marítima y los oficiales del control de drogas, la policía sigue siendo el principal organismo investigador. Por lo tanto, pondré la policía como ejemplo de una autoridad investigadora. Dicho esto, una de las características principales del sistema de justicia penal de Japón es que los fiscales también tienen un poder investigador. Además, el poder investigador de los fiscales no está limitado a casos que les remite la policía. Ellos pueden también abrir o iniciar una investigación por sí mismos. La investigación por parte de los fiscales será expuesta por el profesor OTANI.

En la mayoría de los casos es la policía la que emprende la investigación. El CPP estipula que la investigación voluntaria es la regla general. Sin embargo, también se permiten medidas obligatorias si es necesario. Actualmente se permite la búsqueda y captura, la inspección, el examen especializado, el testimonio de testigos, el arresto y la detención. La intervención de líneas de comunicación también se permite para una cantidad muy limitada de delitos y bajo condiciones muy estrictas. Naturalmente, como lo expresé antes, el juez tiene el papel de revisar las medidas obligatorias utilizadas en una investigación penal para proteger los derechos de los acusados y otros en un proceso penal.

Tras completar la investigación, la policía tiene que remitir todos los casos a un fiscal para su consideración, porque los fiscales tienen el monopolio del poder de disposición en la investigación, incluido el poder fiscal¹⁰. Si el fiscal considera que las pruebas recogidas por la policía son suficientes, toma la decisión final en cuanto a si procesará el caso o lo desestimaré. Y si considera que las pruebas son insuficientes, puede investigar el caso de manera complementaria o dar instrucciones a la policía para que continúe con su investigación.

Si el sospechoso no es arrestado no hay limitación de tiempo para la investigación aparte del cumplimiento con los términos de prescripción. Pero si el sospechoso es arrestado por la policía y mantenido bajo custodia, debe presentarse a la fiscalía dentro de un período de 48 horas. El fiscal considera si debe o no mantenerlo bajo custodia y si el fiscal decide continuar la detención debe obtener una orden de detención de un juez dentro de un período de 24 horas a partir del momento en que recibió al sospechoso. Tras la aprobación de la detención por un juez, el fiscal y la policía continúan la investigación conjuntamente por diez días y este término puede extenderse una vez. Al final de estos términos, es decir, dentro de un período de 23 días de arresto, el fiscal debe decidir si procesará o no al sospechoso; si decide no realizar el proceso debe liberarse al sospechoso. En 2006 no fue objeto de arresto aproximadamente el 70 por ciento de todos los acusados cuyos casos fueron presentados ante todas las fiscalías.

En cuanto al estándar de evaluación de la prueba, la práctica es que un fiscal japonés procesa a un acusado solo cuando cree que hay prueba suficiente para demostrar el caso más allá de duda razonable. Esto significa que el fiscal japonés tiene que reunir pruebas que satisfagan el mismo criterio con que tiene que cumplir un juez para dictar una condena. En otras palabras, si parece existir alguna probabilidad de absolución de un acusado, un fiscal tiende a desestimar el caso. Esta es una de las características prácticas del sistema japonés de justicia penal. Y esta es la razón por la cual el porcentaje de condenas en casos procesados es de aproximadamente el 99,99 por ciento. Además, los tribunales japoneses tienden a

¹⁰ Un fiscal tiene poder discrecional para no tramitar el caso, aunque la prueba sea suficiente para garantizarse una condena, si se estima que el caso no lo amerita. Se toman en cuenta muchos factores; especialmente la posibilidad de la rehabilitación del sospechoso sin la imposición formal de una pena.

procurar la aclaración de los hechos detallados del caso, como son las motivaciones y los antecedentes del delito, antes de emitir un juicio y requieren que el fiscal pruebe tales hechos. La razón principal para esto es que un tribunal tiene una amplia discreción para condenar y se consideran estos elementos al decidirse un fallo apropiado. Por ejemplo, en Japón el asesinato está penado con muerte o cadena perpetua o por prisión por no menos de cinco años. Por lo tanto, los fiscales tienen que reunir una cantidad grande de pruebas y presentarlas al tribunal, aunque no sean necesariamente requeridas para la demostración de culpa. Esta característica de la práctica penal japonesa se conoce a menudo como «*justicia precisa*».

A diferencia de Gran Bretaña y de Estados Unidos de América, Japón no tiene un sistema de acusación¹¹. Por lo tanto, aunque el acusado se declare culpable en las diligencias iniciales, el delito tiene que ser demostrado con pruebas. [Const., Art. 38(3), CPP, Art. 319(2) (3)]. Para probar el caso el fiscal debe sustentar una confesión con pruebas que la corroboren. Si el acusado niega los hechos o aduce una justificación como la defensa personal, el caso debe probarse, naturalmente, con pruebas, no con una confesión.

Como dije, el poder de procesar está monopolizado por los fiscales y la decisión de procesar o no procesar el caso está cuidadosamente considerada tomando en cuenta la justicia precisa.

Cuando un fiscal considera que las pruebas son suficientes para demostrar el caso y debería castigarse al sospechoso, somete a juicio al sospechoso presentando una acusación ante el tribunal sin materiales de prueba para no perjudicar al juez antes del juicio. Tras la presentación de una acusación se asigna el caso a un tribunal. Las asignaciones de los casos son mecánicas, de manera que no hay posibilidad de que se asignen casos a petición de un determinado tribunal.

En este punto me gustaría mencionar el procesamiento sumario [CPP, Art. 461] y el juicio sumario [CPP, Art. 350 bis]. Si el delito está penado con una multa de hasta un millón de yenes, lo que significa que el fiscal evalúa el hecho de que el acusado no tiene que ser castigado con la pena de muerte o la cárcel y el acusado está de acuerdo con este procedimiento, un fiscal puede procesarlo de manera sumaria, presentando una acusación con un expediente de pruebas. Luego el juez de un tribunal sumario examina el expediente y emite el fallo sin que estén presentes ni el acusado ni el abogado defensor. Este es el procesamiento sumario y este proceso está basado en documentos. No hay una audiencia de apertura. En la práctica, muchos casos, aproximadamente el 90 por ciento de todos los casos, se tramita de esta manera. Este procedimiento ayuda a aliviar la carga de los tribunales y posibles cargas con las que tienen que lidiar las partes si sus casos son llevados a juicio.

Después viene el juicio sumario. Si el delito no es castigable con pena de muerte o con prisión por un año o más de uno como mínimo y el acusado y el abogado defensor están de acuerdo con este procedimiento, un juez tiene que decidir, basándose en la solicitud de un fiscal, que tramitará el caso de manera sumaria. Como dije antes, Japón no tiene un sistema de acusación. De manera que aunque el acusado admita culpabilidad, un tribunal tiene que examinar las pruebas. Sin embargo, en circunstancias en las que no hay disputa sobre los hechos encontrados para constituir el caso, el procedimiento del juicio es muy flexible y se tramita el caso de manera muy expedita. Por ejemplo, la regla del testimonio de oídas no procede y debería emitirse el fallo el mismo día hasta donde fuese posible. Y si un tribunal emite una condena de prisión, la condena debería suspenderse. Este sistema se inició en octubre de 2006, de manera que todavía no tenemos estadísticas acerca de cuánto, exactamente, se usa este sistema en la práctica.

¹¹ No está incorporado un sistema de acusación, aunque la Constitución no lo prohíbe. Ni la inmunidad ni la negociación entre el fiscal y el acusado se permiten actualmente.

B. Preparación para el juicio¹²

En principio el concepto contencioso también domina la preparación de la escena para los juicios. El Reglamento de Procedimientos Penales impone la preparación tanto de las partes como del tribunal para garantizar el derecho a un juicio expedito.

En este punto un fiscal tiene que considerar que la carga de la prueba «más allá de duda razonable» le toca a ella o él y que la presentación de pruebas es también su responsabilidad; básicamente no existe la inspección ex officio de la prueba por parte del tribunal. Además, un fiscal decide cómo presentar las pruebas ante el tribunal como sigue:

- examinando completamente el expediente;
- decidiendo cuáles hechos probar, por medio de cuáles pruebas y en qué orden y
- considerando la política de la mejor prueba.

Consideración de la política de la mejor prueba quiere decir que la prueba debería ser cuidadosamente seleccionada para presentación ante el tribunal. La prueba no debería duplicarse; se insta a los fiscales a presentar la cantidad más pequeña de pruebas necesaria. En otras palabras, un fiscal nunca presenta todas las pruebas que tiene. Esto se debe a que la presentación y duplicación descuidada de pruebas da lugar a disputas innecesarias y a un juicio prolongado.

Los abogados, concretamente los fiscales y el abogado de la defensa, tienen las siguientes obligaciones:

- revelar a la parte opositora, a la mayor brevedad posible, pruebas que presentarán al tribunal;
- examinar la prueba y decir si están de acuerdo con su admisibilidad en el juicio, lo cual implica renunciar a la aplicación de la prueba de oídas;

- hacer un esfuerzo para lograr la presencia de sus testigos en el juicio, lo que puede evitar tener que pedir a un tribunal que emita una orden de comparecencia a ellos y lo que puede evitar también prolongar un proceso y

- ponerse en contacto entre sí y aclarar los rubros en disputa en el caso y luego informar al tribunal el tiempo que debería asignarse al juicio.

El tribunal debería alentar a las partes a discutir los asuntos completamente de antemano, para prevenir disputas innecesarias en el juicio.

El 1º de noviembre de 2005 se introdujo un nuevo procedimiento preparatorio para contribuir a un juicio expedito (y sirve como preparación para la introducción del sistema “Saiban-in”) [CPP Art. 316 bis]. Si el tribunal estima necesario realizar un proceso preparatorio (en algunos casos, concretamente en casos «Saiban-in», es obligatorio), lo hará con anticipación de la primera fecha del juicio y lo presidirá. En este proceso todas las partes, incluido el juez, tienen que atender todas las solicitudes de inspección de la prueba y seleccionar los rubros disputados. Para esos efectos se amplía un poco la magnitud del descubrimiento de pruebas y se da al tribunal el poder de decidir cuáles son los rubros de relevancia. Conforme a este proceso el tribunal puede establecer un plan claro para los procedimientos y hacer que el juicio sea más eficaz y eficiente.

¹² He escrito este capítulo basándome en la ley y en la práctica actuales. Sin embargo, en noviembre de 2005 fue introducido un nuevo procedimiento preparatorio presidido por el tribunal. Se espera que este nuevo procedimiento estimule la participación del tribunal en la preparación para el juicio, al tiempo que debería preservarse lo más posible el principio de que no se pueden adjuntar pruebas a la acusación para no perjudicar al juez antes del juicio.

C. Proceso del juicio

En estos momentos solo jueces profesionales presiden los juicios y emiten fallos. Sin embargo, tal como lo explicaré más adelante, el público en general, a ser llamado “Saiban-in”, se unirá al panel que ha de juzgar, desde 2009.

El procedimiento del juicio puede ser dividido en tres partes. Esto es, procedimientos de apertura, inspección de la prueba, incluido el interrogatorio del acusado, y argumento final.

1. Procedimientos de apertura

Al inicio del juicio el tribunal solicita al acusado que se identifique, para verificar si la persona frente al tribunal es la persona a la que se menciona en la acusación. Luego el fiscal lee la acusación en voz alta. Una vez que el tribunal informa al acusado acerca de su derecho a permanecer en silencio, debe permitir al acusado y a su asesor legal una oportunidad para expresar cualesquier manifestaciones que se relacionen con el caso o con la acusación.. Por supuesto, el acusado no está obligado a decir cosa alguna, pero en la práctica y aproximadamente un 90 por ciento de los casos sometidos a juicio en tribunales de distrito¹³, el acusado admite haber cometido el delito que se le imputa. Con la utilización de este procedimiento todas las partes pueden comprender con claridad los rubros del caso en disputa y cuáles hechos deberían ser principalmente probados por el fiscal.

2. Inspección de las pruebas

Aun cuando el acusado se declare culpable en los procedimientos de apertura, el delito debe ser demostrado con pruebas. Por lo tanto, la inspección de las pruebas es un procedimiento indispensable en un juicio japonés.

Al inicio de la inspección el fiscal lee una manifestación de apertura que esboza los hechos detallados que espera demostrar con las pruebas [CPP Art. 296]. Comprende no solo los hechos que establecen el caso en la acusación de culpa, sino también los hechos que se relacionan con el delito o con el acusado, que pueden afectar la sentencia (por ejemplo: el motivo, el modus operandi, la compensación, el grado de participación entre coautores del hecho, edad, antecedentes delictivos). Este procedimiento permite al tribunal presidir en los siguientes procedimientos de manera efectiva y éste notifica al acusado acerca de los detalles del caso que tiene en su contra. Como resultado de esto se agiliza el proceso del juicio. Además, el fiscal presenta listas de pruebas documentales y materiales que proyecta introducir. El tribunal puede también permitir al acusado o al abogado defensor presentar sus pruebas para refutar el caso en una etapa posterior.

El fiscal, el acusado o el asesor de la defensa puede solicitar la inspección de pruebas u objetarla [CPP Art. 298(1)]. La decisión de admitir o de rechazar la solicitud es tomada por el tribunal dependiendo de su interpretación de la ley. El tribunal puede también examinar las pruebas por propia iniciativa si se estima necesario [CCP Art. 298 (2)]. En este sentido todavía queda un aspecto del concepto inquisitorio, fundamentado en el propósito del Código de Procedimientos Penales, a saber: la aclaración de los verdaderos hechos del caso, pero en la práctica es raro que el tribunal recurra a esta disposición.

¹³ Hay 50 tribunales de distrito, cada uno en la ciudad sede del gobierno de la prefectura. Los tribunales de distrito tienen jurisdicción general en todos los casos en la primera instancia, excepto por aquellos casos exclusivamente reservados para tribunales sumarios (delitos castigables solo con una multa o con un castigo más liviano), tribunales de familia (delitos dañinos para el bienestar de los jóvenes) y tribunales superiores (delitos de insurrección).

Pruebas físicas son artículos como un cuchillo, un arma de fuego, droga o lo que queda en la escena de un crimen, como sangre, ropa, etc. La existencia de estos artículos se convierte en prueba. Algunos tipos de documentos, tales como registros comerciales, diarios y otros similares también se convierten en pruebas físicas.

Usualmente las agencias de investigación hacen declaraciones para que consten en el expediente experiencias de testigos referentes al delito. Pero la confesión o excusa de un acusado puede también registrarse en declaraciones. Los informes comprenden registros de inspección de pruebas en la escena del crimen, etc. Opiniones de expertos por escrito son también reconocidas como pruebas del mismo tipo.

El testimonio de testigos se admite ante el tribunal. Ambas partes hacen solicitud ante el tribunal aclarando lo que ha de probarse mediante el testimonio.

Para efectos de testimonio es muy importante preparar a los testigos para rendir testimonio y para asegurarse de que saben qué esperar durante el interrogatorio. En primer lugar tenemos que convencerlos para que vengán a la oficina y al tribunal a reuniones de preparación y testimonio, refrescar su memoria en la reunión preparatoria e informarles cómo interrogará el abogado defensor; algunas veces esto puede ser complicado y desafiante. Esta información da a un testigo una oportunidad de prepararse para tales preguntas. Si un testigo solicita un cierto tipo de medida de protección de testigos, el fiscal deberá transmitir tal solicitud al tribunal.

Por otra parte, si se solicita un testigo desde el lado de la defensa, un fiscal debería poder predecir su testimonio y preparar su contraataque.

3. Interrogatorio de Acusados

El derecho de los acusados a permanecer en silencio les permite no pronunciar palabra en el juicio, a menos que deseen hablar. Sin embargo, en muchos casos, incluidos los disputados, los acusados están de acuerdo en rendir testimonio y las palabras de los acusados también se convierten en pruebas. Por lo tanto, el interrogatorio de acusados es parte de la inspección de pruebas. Pero, puesto que los acusados no son testigos en el caso, nunca prestan juramento y no pueden ser castigados por perjurio. Aun después de que ha comenzado el interrogatorio, los acusados, naturalmente, pueden dejar de responder en cualquier momento.

En casos no disputados el testimonio de los acusados es importante para que el tribunal decida qué pena debería imponérseles.

4. Argumentos finales

Tras el examen de las pruebas ambas partes revisan y analizan el caso y presentan argumentos finales para convencer al tribunal de sus posiciones. Para hacerlo tienen que revisar todas las pruebas presentadas y citar algunas relevantes y de importancia y, si es necesario, referirse a estatutos y precedentes basados en investigación jurídica depurada. El fiscal presenta su argumento final primero y debe incluir una opinión acerca del asunto de hecho y de la aplicación de la ley. Normalmente el fiscal incluye también una recomendación de fallo basada en lineamientos y precedentes internos de fallos en casos similares. De ahí en adelante el asesor de la defensa y la persona acusada puede establecer sus posiciones en el caso.

5. Reglas de la prueba

i. Prueba de oídas

Por regla general, la prueba de oídas es inadmisibles, sea escrita u oral. Este principio tiene dos excepciones: (1) el asentimiento de la parte a que se use prueba de oídas, siempre y cuando el tribunal lo estime correcto y (2) el uso de la misma como lo establece la ley conforme a condiciones muy rígidas en cuanto a necesidad y credibilidad [CPP Arts. 321 324].

(a) Consentimiento

El consentimiento para que se use prueba de oídas es muy utilizado en la práctica. Cuando la persona acusada admite haber cometido el delito del que se le acusa, normalmente asiente en cuanto a casi toda la prueba documental solicitada por el fiscal, incluidas expresiones de la confesión de la persona acusada ante los funcionarios de la investigación. En tales casos los procedimientos del juicio avanzan con mucha rapidez en el transcurso de la inspección de la prueba documental aportada por el fiscal y, después de esto, la defensa presenta normalmente pruebas sobre circunstancias atenuantes, incluido el interrogatorio al acusado. El tribunal lee pruebas documentales en la sala del tribunal o en la oficina después de la audiencia pública para confirmar el delito y decidir en cuanto a un fallo apropiado.

Si el acusado y su asesor en defensa no dan su consentimiento en cuanto a la introducción de prueba documental, el fiscal puede pedir al tribunal que examine testigos, etc., en vez de documentos para mostrar el contenido de documentos al tribunal. Si el tribunal otorga la solicitud de examen, el testigo es examinado primero por la parte que solicitó el examen. Después de esto la otra parte hace su interrogatorio y luego se examina al testigo de nuevo si es necesario. Una vez que han terminado ambas partes, el tribunal examinará al testigo directamente para aclarar su testimonio y extender sus comentarios con base en él.

(b) Otras excepciones

Cuando un testigo esencial se resiste a dar testimonio o da un testimonio contrario a declaraciones anteriores que fueron registradas por el fiscal o la policía o que es materialmente distinto a ellas, el fiscal puede solicitar una excepción a la regla de la prueba de oídas. Tales declaraciones anteriores pueden ser admisibles como pruebas si el tribunal encuentra que su contenido es más acreditable que el testimonio [CPP. Art. 321(2)] y que se cumple con determinadas condiciones.

El tribunal otorgará normalmente admisibilidad cuando encuentra que las declaraciones fueron hechas bajo determinadas circunstancias que merecen mayor credibilidad que el testimonio y que son esenciales para la prueba del cargo. Por ejemplo, el tribunal acepta algunas veces declaraciones escritas cuando el testigo tiene tanto miedo del acusado que no puede decir la verdad en presencia del acusado. Pueden ustedes imaginar una situación en la que se obliga a un miembro de menor rango de la mafia japonesa Yakuza a testificar contra el acusado, su jefe, acerca de asuntos que antes había declarado ante el fiscal. Por supuesto que tenemos un procedimiento que puede reducir la tensión mental de un testigo para que testifique, tal como el testimonio con escolta, el testimonio con un escudo visual entre el testigo y el acusado y el testimonio mediante vídeo enlace. Por lo tanto, la excepción puede admitirse solo si tales medidas resultan ser ineficaces. Normalmente es probable que la admisibilidad se otorgue por las siguientes razones:

- 1) deterioro de la memoria del testigo tras un largo período o por enfermedad o envejecimiento, si las declaraciones fueron registradas justo antes del delito;
- 2) influencia del acusado o de otras personas por medio de amenazas o soborno;

- 3) vacilación por una especial relación con el acusado, como pueden ser los lazos familiares y la membresía en común en una organización económica, social o incluso criminal;
- 4) arreglos con el acusado para dar el mismo testimonio.

Sin embargo, si el tribunal amplía la aplicación de esta excepción puede verse perjudicado el propósito de la regla de la prueba de oídas. De tal manera, al decidir otorgar admisibilidad el tribunal siempre examina la prueba de manera escrupulosa para satisfacer los requisitos legales.

ii. La confesión

La Constitución japonesa establece que las confesiones son inadmisibles si se toman en condiciones de compulsión, tortura o amenaza; o si son hechas tras un arresto o una detención indebidamente prolongados. Además, el Artículo 319(1) del CPP prohíbe el uso de cualquier confesión si el tribunal no puede excluir la posibilidad de que hubiese sido hecha de manera involuntaria. Esto significa que los fiscales deben probar que no hay duda en cuanto a la voluntariedad de la confesión.

Generalmente se interpreta que estas disposiciones tienen tres propósitos: (1) excluir falsos testimonios; (2) garantizar los derechos de acusados o sospechosos, especialmente el derecho a permanecer en silencio; y (3) excluir confesiones obtenidas ilegalmente. También, la exclusión de tales confesiones pretende impedir que los investigadores usen medidas coercitivas durante el interrogatorio.

iii. Regla de exclusión

Conforme a un precedente de la Corte Suprema, no debe usarse en un juicio prueba que haya sido obtenida mediante violación seria de la ley. Por lo tanto, si nos percatamos de que se ha obtenido prueba por medio de medidas ilegales, la admisibilidad de esa prueba debe ser cuidadosamente considerada. Por ejemplo, deberían valorarse los siguientes extremos: en qué situación se realizaron los procedimientos ilegales; hasta qué punto se violó la ley; finalmente, por qué violaron la ley los investigadores. La aplicación de esta regla no cumple con un propósito inmediato, sino que desalienta futuras investigaciones ilegales.

D. Sentencia y condena

En el sistema jurídico Angloamericano hay dos etapas separadas: la investigación de los hechos y la condena. Sin embargo, en Japón estas dos etapas están combinadas, como en los sistemas de la Europa continental. Por lo tanto, el tribunal examina la prueba para probar culpabilidad y determinar la condena en el proceso del mismo juicio.

Las penas principales son muerte, prisión perpetua o por un término predeterminado, multa, detención penal y multa menor (Código Penal, Art. 9).

De manera adicional el Código Penal castiga delitos comunes mediante la confiscación de objetos que fueron utilizados en la realización de un acto criminal, etc. Cuando no es posible la confiscación del objeto, se impone la confiscación de bienes de valor equivalente.

En su mayor parte, los acusados en tribunales de distrito son condenados a prisión, con suspensión de la ejecución. En estos casos, cuando un tribunal dicta un fallo también tiene que presentar la decisión de suspender la condena. Esto significa que la reclusión no se materializa a menos que el delincuente cometa otro delito o viole determinadas condiciones que se le imponen. Esta decisión de la suspensión de la reclusión se usa ampliamente en el caso de delincuentes primerizos. Si la pena es cárcel por más de tres años no puede ser suspendida.

Según el Libro Blanco sobre la Delincuencia, los tribunales de distrito y los tribunales de familia vieron a 74.181 acusados en 2006. Entre ellos, 72.708 fueron condenados a prisión (excluido el número de condenados a prisión perpetua). De estos acusados, 42.679 recibieron la suspensión de la ejecución de condena. La tasa de suspensión fue del 58,7%.

Además, la duración de la condena misma es relativamente corta. Por ejemplo, entre aquellos que fueron condenados a prisión perpetua por los tribunales de distrito en 2006, la duración de las condenas se desglosa como sigue:

Menos de 6 meses	2.506	(3,5%)
Más de 6 meses a menos de 1 año	11.279	(15,6%)
Más de 1 año a menos de 2 años	29.994	(41,5%)
Más de 2 años a menos de 3 años	22.532	(31,1%)
Más de 3 años a menos de 5 años	3.853	(5,3%)
Más de 5 años a menos de 10 años	1.655	(2,3%)
Más de 10 años a menos de 20 años	494	(0,7%)
Más de 20 años a menos de 30 años	26	
Prisión perpetua	99	
Pena capital	13	

La condena media de los que estaban en prisión fue de dos años. Esto parece reflejar la actitud de los tribunales de querer fortalecer las metas de la rehabilitación. Los jueces dictan condenas relativamente leves, con la esperanza de que los acusados, impresionados con la generosidad del tribunal, se verán alentados a rehabilitarse. Sin embargo, puesto que muchos japoneses están comenzando a dudar de la seguridad de vivir en Japón debido a una cadena de horribles crímenes, las condenas han comenzado a ser más severas.

E. Después del juicio

Después del juicio, un fiscal y un acusado, junto con su asesor, estudian la condena y deciden si van a apelar o no. Los siguientes son argumentos principales para una apelación: i) error en la investigación de los hechos o al interpretar o aplicar las leyes o la jurisprudencia y ii) una condena no apropiada.

Los siguientes elementos deberán tenerse en consideración en la fiscalía para que se tome una decisión: un análisis completo del fallo y un nuevo estudio del expediente; los lineamientos internos; una conferencia en la Fiscalía y una consulta con la Fiscalía Superior. La razón para la consulta con la Fiscalía Superior es que será la misma Fiscalía Superior la que vea el caso si es apelado.

CONCLUSIÓN

Este es un panorama del sistema japonés de justicia penal. Como ya lo he esbozado, el sistema de justicia penal de Japón es una mezcla del Sistema Continental Europeo, que emplea procedimientos inquisitorios, y el sistema del Derecho Consuetudinario, que emplea procedimientos contenciosos. Sin embargo, no significa esto que simplemente podemos seguir la práctica del país de origen. El concepto básico de un sistema judicial penal es el mismo en todo el mundo. Sin embargo los sistemas difieren entre sí grandemente en cuanto a sus detalles. Como dije al inicio de esta presentación, cada país tiene su propia historia, cultura, tradición y religión y cada sistema de justicia penal debe ajustarse a estos valores. Aunque Japón importó muchos conceptos y sistemas de países occidentales, en definitiva estableció un sistema adecuado a sus propias necesidades particulares.

La razón por la que expliqué el sistema japonés en esta sesión es que Japón puede ser una buena referencia para los países iberoamericanos, que han iniciado una reforma de sus sistemas de justicia penal, en cuanto a cómo importar nuevas ideas y cambiarlas para llevarlas a una forma apropiada para el país que las adopta. Si ustedes comprenden los antecedentes de nuestro sistema, es fácil para ustedes comprender los aspectos más técnicos de nuestro sistema. Sin embargo, no es mi intención que ustedes comprendan el sistema de justicia penal del Japón en su integridad gracias a mi presentación. Pero quiero que comprendan ustedes las medidas que hemos estado introduciendo en nuestro sistema de justicia penal para hacerlo eficaz y apropiado para el pueblo japonés. Creo que esto les da un buen ejemplo acerca de cómo establecer un sistema de justicia penal eficaz y apropiado en sus países.

2. EL PAPEL DEL JUEZ EN EL PROCESO DE JUSTICIA PENAL DE JAPÓN

IICHIRO SAKATA, Profesor UNAFEI¹⁴

INTRODUCCIÓN

Es un gran honor para mí compartir con ustedes algo de mi experiencia como juez en Japón, por medio de esta presentación de hoy. El tema que tengo el privilegio de exponer ante ustedes está relacionado con «el papel del juez en el proceso de justicia penal en Japón».

En primer lugar me gustaría explicar brevemente la estructura de los tribunales, la independencia del poder judicial, el nombramiento de jueces, las calificaciones y categorías de los jueces y la capacitación judicial.

Enseguida me gustaría comentar acerca del papel del juez en el sistema japonés de justicia penal.

Se cree en general que el papel del juez es el mismo aun en distintos sistemas de justicia penal. Sin embargo, si analizamos cuidadosamente el papel del juez encontramos que hay diferencias. Si observamos el papel del juez en el modelo europeo continental y en el modelo angloamericano, vemos que difieren mucho uno del otro. Trataré de examinarlos y compararlos. Tal como lo mencioné en mi anterior presentación, el sistema de justicia penal de Japón es una especie de híbrido entre el modelo europeo continental y el modelo angloamericano. Por lo tanto, también hablaré del papel del juez en el sistema de justicia penal japonés comparando los dos modelos antes mencionados. Por último, me gustaría explicar el papel del juez en Japón en cada etapa de los procesos, incluidas la etapa de la investigación, la etapa del juicio y la etapa de la sentencia.

ESQUEMA DEL PODER JUDICIAL DE JAPÓN

A. Estructura de los tribunales

Hay cinco tipos de tribunales en Japón: la Corte Suprema¹⁵, el Tribunal Superior¹⁶, el Tribunal de Distrito, El Tribunal de Familia y el Tribunal Sumario.

Al igual que en otros países, hay tres niveles de procesos judiciales penales.

Los tribunales de primera instancia que procesan casos penales son los Tribunales de Distrito (principalmente de jurisdicción general), los Tribunales de Familia (con jurisdicción limitada para casos penales relacionados con adultos en cuanto a violaciones contra el bienestar de niños) y los Tribunales Sumarios (de jurisdicción limitada para casos menores). Una apelación Koso contra decisiones por estos tribunales puede ser presentada ante los Tribunales Superiores y una apelación Jokoku puede ser presentada ante la Corte Suprema.

Al año 2004 el número total de jueces en los tribunales menores era de aproximadamente 3.200.

¹⁴ Traducción inglés-castellano por Orlando García-Valverde.

¹⁵ La Corte Suprema, situada en Tokio, es el más alto tribunal de Japón y consta de 15 jueces. La Corte Suprema tiene jurisdicción en materia de apelaciones para las apelaciones Jokoku y las apelaciones Kokoku. El Artículo 81 de la Constitución da potestad a la Corte Suprema como tribunal de último recurso para determinar la constitucionalidad de cualquier ley, orden, regulación o acto oficial. La Corte Suprema no ejerce este poder declarando constitucionalidad en una forma general, sino adoptando decisiones aplicables a casos concretos.

¹⁶ Los ocho Tribunales Superiores están situados en las ocho ciudades principales de Japón: Tokio, Osaka, Nagoya, Hiroshima, Fukuoka, Sendai, Sapporo y Takamatsu. Los Tribunales Superiores tienen jurisdicción en cuanto a apelaciones Koso interpuestas contra fallos emitidos por los Tribunales de Distrito, los Tribunales de Familia y los Tribunales Sumarios en casos penales. Normalmente los casos de un Tribunal Superior son vistos por un cuerpo colegiado de tres jueces.

B. Independencia del Poder Judicial

La independencia del Poder Judicial comprende su independencia de influencias desde fuera, así como desde dentro del Poder Judicial.

La Constitución de Japón tiene varias disposiciones para garantizar la independencia judicial, uno de los principios más importantes del gobierno, especialmente la independencia de influencia desde fuera del Poder Judicial.

El Artículo 76(1) de la Constitución japonesa inviste todo el Poder Judicial en la Corte Suprema y en los otros tribunales menores. No puede dotarse a tribunal, órgano o dependencia alguno o alguna del Poder Ejecutivo de poder jurídico definitivo [Constitución, Art. 76(2)]. Todos los casos penales son vistos y determinados, sin excepción, por tribunales judiciales ordinarios. El poder de establecer las normas está investido en la Corte Suprema [Constitución, Art. 77]. De tal manera, todos los tribunales de Japón están incorporados en un sistema judicial nacional unitario.

La Constitución otorga el poder de establecer normas a la Corte Suprema, así como le otorga autoridad para la administración judicial, mientras que antes de la Segunda Guerra Mundial esta autoridad había sido administrada por el Ministro de Justicia. Por lo que respecta a la administración judicial, la Corte Suprema es la que nombra y despide a todos los funcionarios fuera de los jueces y administra los asuntos financieros y de otra índole de los tribunales. Para ocuparse de los asuntos de la administración judicial la Secretaría General y otras dependencias están adscritas a la Corte Suprema.

Por otra parte, el Artículo 81 de la Ley sobre Organización de Tribunales estipula que el poder de supervisión de la administración judicial no influirá en el poder jurídico de los jueces ni lo restringirá. Esto está relacionado principalmente con la independencia judicial de influencias internas.

C. Nombramiento de jueces

Conforme a la Constitución, todos los jueces de tribunales menores son nombrados por el gabinete con base en una lista de personas postuladas por la Corte Suprema.

Los jueces de la Corte Suprema son nombrados por el gabinete, excepto por el Presidente de la Corte Suprema, que es nombrado por el Emperador como designado del gabinete. El nombramiento de los jueces es revisado por el pueblo en la primera elección general de miembros del Congreso tras su nombramiento.

Una vez que han sido nombrados, los jueces pueden prestar sus servicios hasta su jubilación, que es de 65 años de edad para los jueces de los tribunales menores y de 70 años de edad para jueces de la Corte Suprema y jueces del Tribunal Sumario. Se renueva el nombramiento de los jueces automáticamente cada diez años, a menos que se les declare judicial, mental o físicamente incompetentes para realizar sus tareas oficiales o que sean acusados públicamente.

Ningún órgano ejecutivo o dependencia ejecutiva puede tomar acción disciplinaria contra jueces. Este poder reside solo en el Tribunal de Acusaciones, un cuerpo legislativo compuesto por diputados y consejeros pertenecientes al congreso bicameral. Como uno de los tres mecanismos de control entre los tres poderes del gobierno está el poder del Tribunal de Acusaciones de despedir a un juez o a una jueza si muestra negligencia hasta un grado notable en la realización de sus funciones o si ha habido conducta indebida de su parte, esté o no relacionada con las funciones oficiales.

De tal manera, el sistema de nombramiento de jueces, el sistema de acusación contra jueces, etc., arriba mencionados, garantizan la independencia de cada juez individualmente. La independencia de los jueces es de gran importancia, así como lo es la independencia del Poder Judicial.

D. Calificaciones y categorías de jueces

Hay tres categorías principales de jueces en términos de funciones de tribunales: jueces de la Corte Suprema, jueces de los tribunales menores y jueces de los tribunales sumarios.

Los jueces de los tribunales menores están divididos en jueces titulares y jueces suplentes. El término «juez de los Tribunales Menores» en la Constitución comprende tanto a los jueces titulares como a los jueces suplentes. Se usa esta distinción en la Ley de Organización de Tribunales para categorizar a los jueces desde el punto de vista de la organización de los tribunales y de las limitaciones de poderes. Por lo tanto, un juez suplente puede ser llamado juez en el contexto de la Constitución en relación con la protección de su investidura, los procesos judiciales y otros campos más amplios.

El sistema de jueces suplentes pretende facilitar experiencia profesional a la persona por medio de capacitación en funciones como juez suplente antes de que pueda calificarse como juez titular. Los jueces suplentes son nombrados con base en la lista de quienes han sido aprobados en el examen del colegio nacional de abogados, han completado 18 meses de capacitación en el Instituto de Capacitación e Investigación Legales de la Corte Suprema y han sido aprobados en el examen final de calificación.

La autoridad judicial de un juez suplente está restringida durante los primeros cinco años. Ella o él pueden ser jueza o juez suplente de un tribunal de tres jueces, pero como juez individual puede decidir solo asuntos limitados como la detención en la etapa de la investigación. Tras cinco años de experiencia se califica al juez suplente como juez suplente superior (juez suplente especial) para presidir en un juicio en el tribunal de un juez.

Para ser juez titular es necesario tener una experiencia práctica de no menos de diez años como juez suplente, fiscal, abogado en práctica, profesor de derecho en una universidad designada concretamente o una experiencia afín equivalente como lo establecen los reglamentos.

Los jueces que se asignan al Tribunal Superior pueden ser jueces titulares y jueces suplentes superiores calificados, mientras que los jueces asignados a los tribunales de distrito y de familia pueden ser jueces titulares y jueces suplentes tanto superiores como menores.

Los jueces de los tribunales menores pueden ser también asignados a los tribunales de familia y a puestos administrativos en la Secretaría General de la Corte Suprema y ser funcionarios de investigación judicial de la Corte Suprema y profesores de los institutos de capacitación.

En contraste pueden ser nombrados jueces del Tribunal Sumario individuos que no estén calificados como juristas. En la práctica, se nombra principalmente a actuarios ilustrados y con experiencia que son seleccionados por un comité especial de la Corte Suprema. Los jueces suplentes pueden ser nombrados como jueces del Tribunal Sumario después de tres años de experiencia.

E. Capacitación judicial

Naturalmente, una persona en el papel de juez requiere de un amplio conocimiento de las leyes y de habilidad en la práctica jurídica. Además, necesita un gran conocimiento de muchos temas, un criterio profundo, etc. Los jueces deben igualmente hacer esfuerzos continuos por estudiar y obtener capacitación en funciones. Sin embargo, tal capacitación debería también ser suministrada de manera sistemática por el Poder Judicial para fortalecer la calidad de la judicatura como un todo. Esto no mina su independencia, sino que más bien respalda sus propios esfuerzos individuales.

En este contexto el Instituto de Capacitación e Investigación de la Corte Suprema mencionado arriba ofrece no solo capacitación legal para personas en práctica de derecho, sino una educación profesional y una investigación continuas para jueces. Los mismos profesores involucrados en estas actividades son jueces.

Los programas continuos de educación profesional e investigación están clasificados según la categoría de los jueces y la asignación de jueces.

Los programas clasificados por la categoría de los jueces comprenden programas de capacitación para jueces suplentes, programas de capacitación para jueces de tribunales sumarios y programas de investigación para jueces. Por ejemplo, respecto de los programas de capacitación para jueces suplentes, ellos reciben capacitación durante el primer año, el segundo año, el tercer año, el sexto año cuando son elegibles para ver casos en un tribunal de un juez y en el undécimo año, cuando obtienen su nombramiento como jueces titulares.

En cuanto a los programas clasificados según la asignación de jueces, se organizan conferencias sobre cada caso civil, penal, administrativo, de delincuencia juvenil y de relaciones domésticas que están viendo en el momento los jueces que participan. En su mayoría estos programas tienen una duración de aproximadamente una semana y se organizan a lo largo del año. Estas conferencias a menudo ofrecen a los participantes charlas sobre nueva legislación y programas de discusión en grupo acerca de cómo aplicar las nuevas leyes y los nuevos reglamentos en la práctica.

Aparte de estos programas hay programas especiales para ampliar el horizonte de los jueces, que comprenden conferencias, discusiones de mesas de expertos y visitas de estudio a entidades pertinentes. Estos programas especiales se han realizado acerca de temas como el de una sociedad que envejece, el de la urbanización, etc.

EL PAPEL DEL JUEZ EN EL MODELO EUROPEO CONTINENTAL Y EN EL MODELO ANGLOAMERICANO¹⁷

A. El papel del juez en el modelo europeo continental

Los jueces desempeñan un papel y unas funciones de mucha amplitud en el modelo europeo continental.

En principio, un juez en el modelo europeo continental es una persona que dirige la investigación, descubre hechos y aplica las leyes a los hechos de manera correspondiente. Tiene también la función de decidir sobre la sentencia y de supervisar la ejecución de la sentencia.

Sobre el aspecto de ser investigador, que un juez preliminar conduzca una investigación es algo simbólico. Pero este aspecto no está limitado a jueces preliminares. Por ejemplo en Alemania aunque el sistema de audiencia preliminar se haya abolido y se haya adoptado un sistema de juez investigador, en el que un juez investigador conduce la investigación a solicitud de un fiscal. En este modelo el poder para realizar la investigación penal pertenece al poder judicial.

En cuanto al aspecto de ser alguien que descubre hechos y aplica la ley, en el modelo europeo continental el que una jueza o un juez tenga que investigar el caso y determinar los hechos por sí misma o por sí mismo es un concepto fundamental. Un juez no está ahí solo para evaluar los méritos de los argumentos presentados por las partes en oposición. En este sentido uno de los papeles y una de las responsabilidades fundamentales de un juez consiste en descubrir los hechos.

¹⁷ Debemos este capítulo principalmente a FURUTA, Yuuki (2003) *Houseido hikaku no shiza* (japonés) [«Perspectivas en estudios comparativos sobre sistemas jurídicos»], en KAWAKAMI Kazuo *Koki Kinen Ronbunshu* [«Artículos para celebrar el séptimo año de KAWAKAMI kazuo»] (Tokio: Seirinshoin).

B. El papel del juez en el modelo angloamericano

En el sentido contrario, el papel del juez en la investigación y en el descubrimiento de los hechos es menor en el modelo angloamericano que en el modelo europeo continental. En un juicio con jurado un juez no dirige la búsqueda de pruebas, sino que solo preside en el juicio. La mayoría de los casos se tramita mediante el procedimiento de comparecencia ante el juez por acusación y el número de casos de juicios con jurado es reducido. De tal manera, es limitado el número de casos en que un juez tiene la función de descubrir hechos. En el modelo angloamericano no se espera que el juez sea un recopilador profesional de pruebas como lo es un juez en el modelo europeo continental.

Además, la potestad de investigar pertenece al poder ejecutivo, no al poder judicial. Sin embargo, tengo que admitir que un jurado acusador, que hablando de manera sustancial es un ente investigador y un ente procesador, pertenece al poder judicial. Una notificación judicial que es una orden para comparecer a dar testimonio sobre un asunto determinado a una cierta hora y en un cierto lugar es algo que se usa frecuentemente en el transcurso de una verdadera investigación y es emitida por un tribunal. Por lo tanto, un tribunal no está completamente separado de la ejecución de la investigación aun en el modelo angloamericano.

También tiene el juez la responsabilidad de sentenciar y de supervisar la ejecución de la sentencia.

EL PAPEL DEL JUEZ EN JAPÓN

A. Etapa de la investigación

Ahora me gustaría examinar el papel del juez en el sistema de justicia penal de Japón y compararlo con los dos modelos anteriormente vistos.

Puede darse un gran conflicto entre la necesidad de realizar actividades de investigación y la de garantizar los derechos fundamentales de los sospechosos, etc., en la etapa de la investigación, especialmente cuando la autoridad investigadora necesita imponer medidas firmes de investigación para realizar una investigación eficaz. Se emplean, con frecuencia, medidas firmes de investigación. En esos casos deberían equilibrarse de manera apropiada dos factores: el requerimiento de cumplir con el propósito de la investigación y el requerimiento de garantizar respeto de los derechos humanos. En principio, y como forma de encontrar un equilibrio, en Japón se necesita una orden de un juez para aplicar medidas de investigación firmes como el arresto, la detención y el allanamiento y decomiso, que podrían violar los derechos humanos en cuanto al cuerpo, la residencia y la propiedad. Cuando un juez emite una orden de arresto, detención, allanamiento y decomiso, examina escrupulosamente las pruebas aportadas por la policía o la fiscalía y verifica prudentemente los fundamentos y la necesidad que existen para la emisión de esas órdenes. Además de esto, antes de la emisión de una orden de detención el juez debe entrevistar al sospechoso para decidir si hay fundamento razonable para ello. Si las pruebas son insuficientes para la emisión de una orden el juez tiene la obligación de desestimar la solicitud y de liberar al sospechoso, en el caso de una solicitud de una orden de detención.

De tal manera, por supuesto, investigadores como la policía y los fiscales desempeñan un papel principal en la etapa de la investigación. En contraste con esto y en principio, la tarea de dirigir una investigación no se da al juez.

Los jueces se concentran en realizar verificaciones judiciales acerca de una investigación realizada por una dependencia de investigación, con la excepción en muy raras ocasiones de la conducción de un testimonio antes de un proceso. En este sentido el papel del juez en Japón es significativamente distinto del papel del juez en el modelo europeo continental. En comparación con el papel del juez en

el modelo angloamericano y, tomando en consideración la existencia de un jurado y de una orden de comparecencia en ese modelo, el papel del juez en Japón en la realización de actividades independientes en la investigación es extremadamente limitado. Pero la responsabilidad de realizar verificaciones judiciales en cuanto a la investigación, especialmente verificaciones avanzadas, es de gran importancia. En relación con la investigación, ciertamente el papel del juez en Japón es similar al del juez en el modelo angloamericano, más que al del juez en el modelo europeo continental. Sin embargo, puesto que tanto en Estados Unidos de América como en Inglaterra y en Gales se practican de manera amplia los arrestos y los allanamientos y confiscaciones sin una orden judicial, las verificaciones judiciales posteriores son más importantes que las verificaciones judiciales previas.

Hasta ahora he puesto énfasis en las verificaciones judiciales previas en la investigación. Sin embargo, también hay verificaciones judiciales posteriores, como la Regla de Exclusión en Japón.

Conforme a precedentes de la Corte Suprema, no deberían admitirse en el proceso pruebas reales cuando hubiesen sido obtenidas mediante allanamientos y capturas en que se hubiesen dado serias violaciones de los requisitos de la orden de allanamiento establecidos por ley. Sin embargo, por lo que respecta a la admisibilidad de tales pruebas debe considerarse también la situación en la que se emplearon los procedimientos ilegales, el grado de violación de la ley y la intención de los investigadores. La aplicación de esta norma satisface no solo un propósito inmediato, sino que también desalienta las investigaciones ilegales en un futuro.

Cuando un juez está atendiendo un asunto de esta naturaleza y determina la admisibilidad de una prueba, tiene la responsabilidad de considerar cuidadosamente la necesidad de un equilibrio entre dos factores: (i) la búsqueda de la verdad y (ii) la garantía de respeto de los derechos humanos viendo que se aplique el debido proceso.

B. La etapa del juicio

1. La responsabilidad de presidir el proceso del juicio

Es decididamente una responsabilidad fundamental de un juez presidir el proceso del juicio manteniendo un buen orden y realizando un juicio justo y expedito que garantice el debido proceso.

En el sistema acusatorio se reconoce que el fiscal y el acusado (incluido el abogado de la defensa) desempeñan un papel activo en el proceso y son principalmente responsables de la presentación de pruebas para conseguir un resultado favorable para ellos, mientras que el papel del juez se limita a algo similar al de un árbitro deportivo, que parece relativamente pequeño. No obstante, en el sistema acusatorio, en el que aquellos que tienen intereses opuestos discuten enérgicamente, es muy probable que un juicio se torne confuso y sea muy extenso, si se dejan los procedimientos a merced de las partes. Así, aun en el sistema acusatorio el papel y la responsabilidad del juez para presidir un proceso en una forma justa, efectiva y expedita son de gran importancia. Este papel es como el de un presidente.

De tal manera, tanto la facultad de presidir para controlar apropiada y justamente las actividades de ambas partes, como la autoridad para establecer la fecha del juicio pertenecen al tribunal.

En este sentido se aborda a menudo el tema de la realización de un juicio expedito como uno de los mayores problemas en la práctica en Japón. En su mayoría los juicios penales se administran de manera expedita¹⁸, pero entre los casos complicados que causan gran preocupación en el ámbito público hay algunos que toman una considerable cantidad de tiempo.

¹⁸ Según la Oficina de Asuntos Penales de la Secretaría General de la Corte Suprema, las estadísticas de 2003 muestran que los Tribunales de Distrito resolvieron 80.223 casos, mientras que los Tribunales Sumarios tramitaron 13.732. Se dispuso del 92,4 por ciento de los casos del Tribunal de Distrito en seis meses tras el inicio del proceso, de lo cual se logró el 72,1 por ciento durante los primeros tres meses. En los Tribunales Sumarios el 97,7 por ciento de los casos se tramitó en seis meses, de lo cual el 87,6 por ciento se decidió en tres meses. La duración media requerida para la disposición de un caso penal fue de 3,2 meses en los Tribunales de Distrito y de 2,3 meses en Tribunales Sumarios. En promedio se realizaron audiencias 2,7 veces en Tribunales de Distrito y 2,3 veces en Tribunales Sumarios.

En mi opinión, las razones son las siguientes:

Puesto que la tendencia es que los casos complicados comprendan muchos asuntos y una gran cantidad de pruebas que es preciso examinar, es indispensable aclarar los asuntos en disputa en una etapa temprana y evitar extensas discusiones sobre temas irrelevantes y la recepción de testigos innecesarios para que los juicios sean más completos y expeditos. Actualmente no se puede depender ni de los fiscales ni del abogado defensor para concentrarse en temas en disputa y los tribunales no tratan de intervenir activamente. Luego, algunos juicios toman mucho tiempo. Esto tiene que ver principalmente con la ineficacia del actual procedimiento preparatorio. Esto se debe en parte al principio de que el tribunal debe evitar discusiones que puedan preenjuiciarlo durante los procedimientos preparatorios. Además, no se realizan juicios penales en Japón en días consecutivos; algunas veces habrá intervalos de varias semanas en un juicio. Esta práctica está probablemente relacionada con el ineficaz procedimiento preparatorio actual.

En vista de lo anterior se introducirá un nuevo procedimiento preparatorio presidido por el tribunal a partir de noviembre de 2005. Se aplicará antes de la fecha del primer juicio para aclarar los asuntos en disputa desde una etapa temprana y para evitar extensas discusiones sobre temas irrelevantes y la recepción de testigos innecesarios. También mejorará la revelación de pruebas. Se espera que el tribunal desempeñe un papel más activo en este procedimiento preparatorio. El fiscal y el abogado de la defensa deben cooperar más con el tribunal para la realización de juicios expeditos.

Gracias a la introducción de un nuevo procedimiento preparatorio presidido por el tribunal probablemente se verá fortalecido el grado de intervención del tribunal en la preparación de juicios. La administración del proceso del juicio pertenece a la autoridad del tribunal, por supuesto que en el sistema inquisitorio y hasta en el sistema acusatorio. El proceso del juicio es presidido por el tribunal y no se deja a merced de las partes incluso en el sistema acusatorio. El tribunal ejerce una fuerte autoridad presidencial en términos de administración de los procedimientos del juicio también en Estados Unidos de América. Sin embargo, en mi opinión, la facultad de presidir ha sido demasiado débil como sistema en Japón, a pesar de que es indispensable para garantizar que el proceso se desarrolle sin contratiempos, aun conforme al concepto acusatorio. Por lo tanto, la introducción de un nuevo procedimiento preparatorio fortalecerá el proceso acusatorio, aunque pueda parecer que corresponde más al sistema inquisitorio.

2. El papel de recopilador de pruebas

Como lo mencioné en mi anterior presentación, el sistema de justicia penal de Japón adoptó el concepto acusatorio básicamente después de la Segunda Guerra Mundial. El objetivo de un juicio está limitado al hecho que constituye el delito alegado, que es algo que determina el fiscal. El tribunal debe abordar el primer día del juicio con una mentalidad totalmente libre de prejuicio y ser neutral en el transcurso del juicio. En principio el tribunal está jurídicamente comprometido por el delito alegado a la hora de determinar su fallo. Son las partes las principalmente responsables de la presentación de pruebas. Puesto que el interrogatorio del testigo por la parte opositora es el método primario de obtención de un testimonio por parte de testigos, se ha introducido y conforme a este procedimiento interrogan al testigo principalmente el fiscal y el abogado de la defensa.

Un juez tiene la responsabilidad de ejercer su autoridad de manera correcta para determinar la admisibilidad de pruebas presentadas por las partes y de examinar estas pruebas cuidadosamente. Un juez no tiene la responsabilidad de procurar activamente la verdad más allá del hecho que constituye el delito alegado por el fiscal, sino que solo tiene que determinar si el acusado es culpable o no del delito alegado con base en los hechos.

Sin embargo, el descubrimiento de la verdad es un propósito muy importante de la justicia penal. El público de Japón, en general, espera que el tribunal castigue correctamente a aquellos que cometen un delito y que llegue a un fallo absolutorio en cuanto a aquellos que son inocentes.

Se da una discusión en Japón en cuanto a si el juez debería sugerir a la fiscalía que enmiende el delito aducido para que refleje los hechos del caso o si solo debería aplicar la ley en cuanto al delito aducido en realidad y absolver al acusado.

En este sentido el Código de Procedimientos Penales dota al tribunal con la autoridad para ordenar a un fiscal que cambie el hecho que constituye el delito aducido y con una autoridad para recolectar y examinar pruebas por sí mismo. Pero si el tribunal extiende el uso y la aplicación de estas disposiciones, esta práctica mina sustancialmente el concepto acusatorio y lleva a la reactivación del enfoque inquisitorio. Por lo tanto, el ejercicio de estos poderes por parte del tribunal debería restringirse y solo permitirse cuando la fiscalía es extremadamente incompetente.

Según precedentes de la Corte Suprema un tribunal no tiene la responsabilidad de ordenar que un fiscal cambie el hecho que constituye el delito aducido. Sin embargo, solo en un caso en que es muy claro que el acusado será declarado culpable si el hecho que constituye el delito aducido se cambia y el delito es muy serio, un tribunal tiene la responsabilidad de instar u ordenar a un fiscal que cambie el hecho que constituye el delito aducido. Esto en casos excepcionales. Pero aunque el tribunal se atreva a ordenar a un fiscal que haga esto, se permite a un fiscal desobedecer la orden porque la principal responsabilidad de un fiscal es decidir cuál es el hecho que constituye el delito por el que se acusa. De tal manera, la responsabilidad del juez se limita en el grado arriba expuesto.

Esta interpretación de la ley parece muy complicada y blandengue. Esto se debe a que esta interpretación refleja directamente la verdadera naturaleza del sistema de justicia penal de Japón, a saber: una mezcla del sistema europeo continental y del sistema angloamericano y es que surge entre los dos un serio conflicto en este sentido.

En cuanto al descubrimiento de hechos innecesario es recalcar que un juez debe seguir el principio de *in dubio pro reo*¹⁹ y hacer todo lo que pueda para evitar que se declare culpable a un acusado que sea inocente. Esta es una regla estricta de cualquier sistema de justicia penal moderno, sea cual sea el tipo de sistema.

C. Etapa de la sentencia

La responsabilidad de dictar sentencia es probablemente una de las más difíciles y pesadas de las que debe asumir un juez, puesto que tiene un impacto en toda la administración de justicia penal. A pesar de la orientación reglamentaria, dictar sentencia obliga a los jueces individualmente a ejercer su discreción para evaluar la conducta del delincuente.

Sin embargo, los jueces opinan que no debe haber disparidad arbitraria entre casos similares, puesto que el concepto de justicia comprende la paridad en la sentencia. Por lo tanto, los jueces tienden a pensar que los resultados de casos individuales deben corresponder a casos similares en el pasado y en el futuro. En la práctica cotidiana de dictar sentencia, la sentencia concreta para un caso en particular no se selecciona de entre la amplia gama de penas que establece la ley, sino de entre el espectro más bien estrecho de penas que han establecido los precedentes. Así, los jueces tienen estándares no escritos de sentenciado que funcionan como presunta gama de sentencias para un determinado tipo de delito, aunque no hay unos lineamientos de sentenciado, como en el sistema federal de Estados Unidos de América.

Un juez tiene la responsabilidad de dictar una sentencia justa y correcta para el imputado. En Japón ambas partes pueden apelar contra el fallo en primera instancia (apelación Koso) alegando una excesiva severidad o suavidad en la sentencia²⁰.

En cuanto a la ejecución de la sentencia, un juez en Japón no tiene la responsabilidad de supervisarla. La supervisa un fiscal. Creo que también esta es una característica japonesa en comparación con otros países.

¹⁹ El principio es que en caso de duda la presunción obra siempre en favor del acusado.

²⁰ Una apelación Koso es una revisión subsiguiente de derecho o de hecho contra el fallo en primera instancia, aparte de una por parte de un tribunal superior. Más del 70 por ciento de las apelaciones Koso se presenta por los argumentos de severidad excesiva o de suavidad excesiva en la sentencia.

CONCLUSIÓN

Como hemos visto hasta ahora, el papel de un juez en el modelo europeo continental y el de un juez en el modelo angloamericano son considerablemente distintos entre sí. El papel de un juez de Japón es similar al de uno en el modelo europeo continental en algunos aspectos y también similar al de uno en el modelo angloamericano en otros aspectos. Esto se debe a que el sistema de justicia penal japonés es un híbrido de ambos sistemas. En general, el papel de un juez en Japón podría parecer a ustedes distinto del papel del juez en ambos sistemas desde su punto de vista. Esto indica, sin duda, que Japón ha creado su propio y exclusivo sistema aprovechando los méritos de ambos sistemas y modificándolos para que correspondan a nuestra tradición, sociedad y cultura.

En esta presentación he descrito solo el papel del juez en el sistema de justicia penal, debido a restricciones de tiempo. Sin embargo, no hace falta recalcar que el papel de un fiscal y el de un abogado de la defensa en el sistema inquisitorio es también muy distinto del de sus homólogos en el sistema acusatorio.

Según informes del tiempo en el que el sistema de justicia penal japonés se encontraba en la transición del sistema inquisitorio al sistema acusatorio, quienes trabajaban en el campo de la justicia penal, como jueces, fiscales, abogados defensores y efectivos de la policía no podían ir al ritmo de los cambios fundamentales en el sistema y la práctica era muy confusa en esos momentos.

Por ejemplo, la introducción del sistema acusatorio significa que un procedimiento de juicio está totalmente separado de un proceso de investigación y de su resultado y que se estimula mucho en un juicio la argumentación entre las partes y los procesos orales. En otras palabras, las partes deberían aprovechar el uso de procesos orales. No obstante, en la práctica se presentaba un expediente que comprendía varias declaraciones escritas, sin examen oral alguno de las declaraciones escritas²¹. Se observaba a menudo, en el transcurso del testimonio de testigos y del interrogatorio de un acusado, que un juez hacía la mayor parte de las preguntas al principio y que luego el fiscal y el abogado de la defensa hacían simplemente preguntas suplementarias. Pero estas prácticas han ido desapareciendo gradualmente.

¿Por qué han ido desapareciendo gradualmente? Tomó algún tiempo a quienes trabajaban con la justicia penal comprender realmente el concepto del sistema acusatorio tras su adopción. Una vez que fue comprendido, se estableció el concepto acusatorio en el sistema de justicia penal.

A menudo hablamos del «sistema» inquisitorio y del «sistema» acusatorio. Pero en mi opinión esto no es simplemente un «sistema» sino un «concepto»; una «forma de pensar» o una «cultura». Según quienes practican la justicia penal tenemos que cambiar nuestra visión de las cosas para poder ir al ritmo de la transición.

Además, una vez que se introduzca el sistema acusatorio en el sistema de justicia penal no es aconsejable que unos jueces lo apliquen en sus salas y otros no. De ser así se verán muy confundidos los fiscales y los defensores y se resistirán, entonces, a seguir el concepto acusatorio. Una situación tal será un obstáculo para la aplicación del sistema acusatorio. Una vez que fuera adoptado debería ser plenamente aplicado en todo sitio.

En este contexto, me gustaría hacer énfasis en la importancia que tiene la educación de quienes trabajan con la justicia penal. En Japón quienes pretenden hacerlo, tales como jueces, fiscales o abogados realizando su práctica, tienen que ser aprobados en el examen del Colegio de Abogados, recibir dieciocho meses de capacitación en el Instituto de Capacitación e Investigación Jurídicas de la Corte Suprema y ser aprobados en el examen final de calificación. Esto significa que todos los que practican el derecho

²¹ En el caso del examen de pruebas documentales, ellas deben ser leídas o un resumen de ellas debe ser leído en voz alta en el juicio según el Código de Procedimientos Penales y el Reglamento del Proceso Penal.

reciben la misma calificación y la misma educación que ofrece el Instituto de Capacitación e Investigación Jurídicas. Además, como lo dije anteriormente, los jueces reciben capacitación profesional continua en el mismo instituto, los fiscales reciben capacitación en el Instituto de Investigación y Capacitación del Ministerio de Justicia y otras personas que practican el derecho también la reciben hasta cierto punto. En esta situación, si los institutos adoptan programas sobre un tema determinado, se diseminarán y compartirán fácilmente información y conocimientos sobre el tema entre quienes están en la práctica del derecho. Aunque la educación no es perfecta esta es una de las mejores maneras de cambiar nuestra mentalidad.

Por último me gustaría comentar acerca del sistema *Saiban-in*, que se habrá introducido en 2009. Se espera que tendrá un gran impacto en el papel del juez en Japón, así como en el sistema de justicia penal japonés. En el sistema *Saiban-in*, los jueces profesionales y los *Saiban-in* deliberarán juntos acerca de la culpa, así como de la sentencia. Por lo tanto, los jueces en Japón tendrán dos nuevas tareas, a saber: la responsabilidad de realizar juicios fáciles de entender y la de ofrecer liderazgo en sus deliberaciones.

Gracias por su amable atención.

REFERENCIAS

FURUTA, Yuuki (2003) *Houseido hikaku no shiza* (japonés) [«perspectivas en estudios comparativos sobre sistemas jurídicos»], en *KAWAKAMI Kazuo Koki Kinen Ronbunshu* [«artículos para celebrar el séptimo año de *KAWAKAMI kazoo*»] (Tokio: Seirinshoin)

KAMIGAKI, Hidero (2002) *Saibankan no sekimu* (japonés) [«la función de los jueces»], en *Keijisoshoho no soten* (tercera edición) [«asuntos objeto de disputa sobre el Código de Procedimientos Penales»] (Tokio: Yuhikaku)

MURAKAMI, Hironobu (2004) *Keijisoshoho ni okeru saibankan no yakuwari* (japonés) [«el papel de los jueces en el litigio penal»], en *Zeminaru saibankan ron* [«seminario de temas sobre la judicatura»] (Tokio: Daiichi hoki)

KISHI, Morikazu & Yokokawa Toshio (1983), *Jijitsu Sinri* [«juicios por hechos»] (Tokio: Yuhikaku).

3. LA INVESTIGACIÓN POR PARTE DE FISCALES

JUNICHIRO OTANI, Profesor UNAFEI²²

INTRODUCCIÓN

La segunda presentación por el UNAFEI es acerca de la investigación por fiscales.

Antes de entrar en materia me gustaría hablar brevemente acerca del fin de esta presentación. Entiendo que uno de los propósitos del Curso Internacional de Capacitación es fortalecer el sistema contencioso, mejorando las aptitudes investigadoras de los fiscales. En comparación con otros países, en Japón se espera que los fiscales estén muy involucrados en la investigación. En Japón se cree que la participación activa de los fiscales en la investigación funciona muy bien en el sentido de que conduce a un tratamiento cuidadoso de los casos por parte de los fiscales. Además, al contarse con la participación de profesionales en leyes en la investigación quedan mejor protegidos los derechos de sospechosos y acusados.

En esta presentación me gustaría hablar principalmente acerca de tres temas. Primero, explicaré las razones de la autoridad investigadora de los fiscales. En segundo lugar, describiré, junto con el procedimiento, la investigación y el tratamiento de los casos por parte de los fiscales en Japón. En tercer lugar, me referiré a programas de capacitación para fiscales para mejorar sus aptitudes en materia de investigación.

RAZONES DE LA AUTORIDAD INVESTIGADORA DE LOS FISCALES

A. Agencias investigadoras

En Japón el poder investigador reside en oficiales de policía judicial y en los fiscales. Hay dos clases de efectivos de la policía judicial: agentes de policía judicial generales, que tienen un poder investigador en la mayoría de los casos, y agentes de policía judicial especiales, que tienen poder investigador para determinados delitos.

Se espera que sean los efectivos de la policía judicial quienes tengan la responsabilidad inicial y primaria por la investigación penal. La mayor parte de los casos penales (más del 99%) es investigada inicialmente por la policía. Una vez que la policía investiga un caso debe trasladarlo a los fiscales, aun cuando la policía crea que las pruebas son insuficientes para encausar a un sospechoso. La policía no tiene poder para cerrar casos, excepto por delitos menores, de conformidad con lineamientos generales.

Los fiscales realizan la investigación en casos remitidos por la policía y en casos que ellos mismos inician. Se espera de los fiscales que suplementen las investigaciones de las agencias policiales, como profesionales en leyes, cuando se les remiten casos. Los fiscales pueden dar instrucciones a la policía y pueden entrevistar a testigos y a sospechosos directamente. Los fiscales a menudo inician la investigación, sin que se les remitan los casos, en casos inmensos y complicados como los de soborno, o los delitos financieros de gran escala en los que están involucrados políticos, funcionarios gubernamentales de alto rango o miembros ejecutivos de grandes empresas.

²² Traducción inglés-castellano por Orlando García-Valverde.

²³ Por ejemplo: los agentes de narcóticos.

B. Razones de la autoridad investigadora de los fiscales

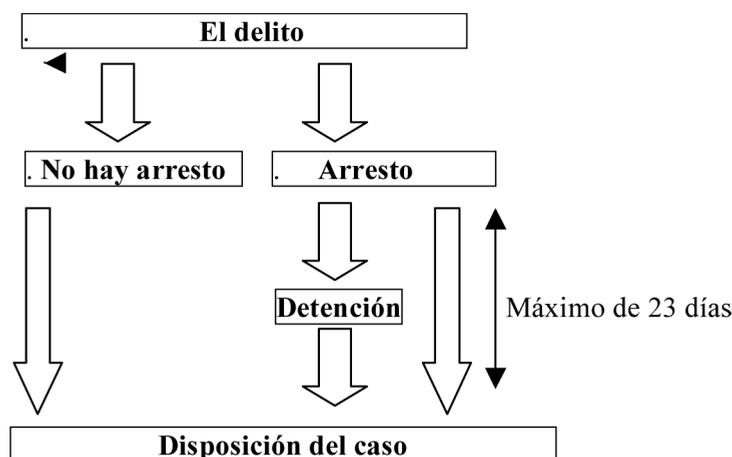
Uno de los objetivos de las investigaciones de los fiscales es determinar, tan cuidadosamente como sea posible, si un caso debería o no llevarse a juicio. Puesto que las dependencias policiales japonesas están bien capacitadas, en la mayoría de los casos una mínima participación en la investigación por parte de los fiscales, por ejemplo, leyendo informes de la policía, revisando pruebas y confirmando asuntos legales básicos, es suficiente. Sin embargo, sucede ocasionalmente que, con dificultades en el descubrimiento de hechos, puede ser que los fiscales no estén en condiciones de lograr un resultado satisfactorio sin involucrarse más ampliamente en la investigación.

Otro propósito de las investigaciones por parte de fiscales es que sea un profesional en leyes quien trate un caso. Los fiscales que tengan las mismas calificaciones que los jueces normalmente examinan los casos desde el punto de vista no solo de suficiencia de las pruebas, sino también de legalidad y admisibilidad de las pruebas. Se espera de un fiscal que libere en una etapa temprana del proceso a una persona que probablemente será absuelta.

La autoridad con que se ha investido a fiscales para iniciar investigaciones sin que la policía les haya trasladado el caso puede explicarse de otra manera. Los fiscales puede investigar de manera efectiva ciertos delitos, incluidos problemas políticos, porque, en comparación con los efectivos de la policía, los fiscales son muy independientes de poderes externos y sus posiciones están garantizadas por ley²⁴.

EL PROCESO DE LA INVESTIGACIÓN POR PARTE DE FISCALES

A. El proceso de la investigación



²⁴ Por ejemplo: fuera de procesos disciplinarios, no se permite despedir a fiscales, suspenderlos de sus funciones o someterlos a una reducción en salario contra su voluntad. Además, los fiscales son independientes de influencia política directa. Esto se explica de esta manera: Por una parte el Ministro de Justicia debería tener el poder de supervisar a los fiscales para completar la responsabilidad como miembro del Gabinete. Por otra parte, las funciones fiscales son de una naturaleza cuasi judicial e inevitablemente ejercen una importante influencia en todos los sectores de la justicia penal, incluidos el poder judicial y la policía. Si estas funciones fuesen ejercidas por influencia política, todo el sistema de justicia penal se vería en peligro. Para armonizar estos requerimientos la Ley de la Fiscalía, en su Artículo 14, dispone que «[el] Ministro de Justicia puede controlar y supervisar en general a los fiscales en cuanto a sus funciones. Sin embargo, en cuanto a la investigación y la disposición de los casos individuales el Ministro puede controlar sólo al Fiscal General». El Ministro de Justicia no puede controlar directamente la investigación o la disposición de casos de un fiscal individual.

El cuadro de flujo arriba muestra el esbozo del proceso de arresto y detención antes del procesamiento. Como puede verse en este cuadro, la investigación puede realizarse sin que haya arresto o detención, mientras que existan motivos razonables para creer que el sospechoso no manipulará o destruirá pruebas o escapará. El arresto no es requisito para el procesamiento en Japón.

B. El arresto

El Código de Procedimientos Penales (en adelante «el CPP») establece que la investigación debe ser realizada hasta donde sea posible en una forma no obligatoria. Aunque los investigadores arrestan a sospechosos en casos serios, aun en esos casos recogen la mayor cantidad de información posible antes de arrestarlos y examinan cuidadosamente la necesidad del arresto, considerando la probabilidad de que se obstruya la justicia, la edad del sospechoso y las inmediaciones. La tasa de arrestos en 2006 fue del 30,0% (excluidos los accidentes de tránsito y los delitos de tránsito).²⁵

En principio nadie puede ser arrestado sin una orden emitida por un juez. Debe demostrarse la causa probable antes de que pueda emitirse una orden de arresto.

El arresto sin una orden se permite, conforme al CPP, en dos casos:

- (1) *Flagrante delito*: Cualquier persona puede, sin una orden, arrestar a un delincuente que está cometiendo o que acaba de cometer un delito.²⁶
- (2) *Arresto de emergencia*: Cuando hay suficientes motivos para sospechar que se ha cometido un delito castigable con la pena de muerte o con prisión perpetua o por un máximo de tres años o más y, además, debido a gran urgencia no puede obtenerse previamente una orden de arresto de parte de un juez, un fiscal, un funcionario asistente de un fiscal o un agente de policía judicial puede, después de explicar las razones para ello, aprehender al sospechoso. En este caso el procedimiento para obtener una orden de arresto de un juez se emprenderá inmediatamente después. Si no se emite la orden el sospechoso debe ser de inmediato liberado.²⁷

C. Procedimiento aplicable a partir del arresto y hasta la disposición del caso (acusación o liberación)

Tras haber arrestado a un sospechoso, un agente de policía o un fiscal debe informar de inmediato al sospechoso acerca del presunto delito y acerca del derecho a contratar a un abogado defensor, así como dar al sospechoso la oportunidad de plantear reclamos de su parte.

Cuando la policía arresta a un sospechoso tiene que trasladarlo con documentos y pruebas a un fiscal dentro de un lapso de 48 horas; en su defecto, debe liberar al sospechoso.

Tras recibir al sospechoso de parte de la policía, el fiscal debe de inmediato informar al sospechoso acerca del presunto delito cometido y acerca del derecho a contratar a un abogado defensor, así como dar al sospechoso la oportunidad de plantear reclamos de su parte. Este es el primer encuentro importante que tiene el fiscal con el sospechoso, porque el fiscal examina y estudia el caso teniendo en consideración el punto de vista del sospechoso y decide en cuanto a la necesidad de una detención previa a una acusación. A menos que el fiscal solicite a un juez una orden de detención previa a la acusación dentro de un lapso de 24 horas a partir del momento en que ha recibido al sospechoso o que lo procese, el sospechoso debe ser liberado. El poder de solicitar a un juez la emisión de una orden de detención reside únicamente en los fiscales.

²⁵ Libro Blanco sobre la Delincuencia 2007, Ministerio de Justicia, Japón.

²⁶ CPP Arts. 212 y 213.

²⁷ CPP Art. 210.

Cuando el fiscal arresta a un sospechoso, el fiscal debe decidir entre pedir a un juez una orden de detención previa a la acusación, procesar o liberar al sospechoso, dentro de un lapso de 48 horas a partir del momento en que lo ha arrestado.

Tras haber examinado todos los documentos y las pruebas y haber entrevistado al sospechoso, el juez puede ordenar la detención del sospechoso por diez días si hay motivos razonables para creer que el sospechoso ha cometido el delito y si se cumple con una de las siguientes condiciones:

- 1) El sospechoso no tiene domicilio fijo;
- 2) Hay motivos razonables para creer que el sospechoso puede destruir pruebas;
- 3) Hay motivos razonables para creer que el sospechoso puede intentar escapar.

En su defecto el juez puede desestimar la solicitud. En la práctica, las solicitudes de detención son satisfechas en la mayor parte de los casos, puesto que la policía y los fiscales examinan cuidadosamente a los sospechosos que han de ser arrestados o detenidos.

El fiscal puede pedir a un juez una extensión de la detención hasta por 10 días, incluidos fines de semana y feriados nacionales. Cuando un fiscal solicita una extensión de detención, un juez examina todos los documentos y pruebas pero no se reúne con el sospechoso. Cuando existe una necesidad imperiosa, la duración máxima de la custodia en la que puede mantenerse a un sospechoso antes de una acusación es de veintitrés días.²⁸ Para la conclusión del término de detención un fiscal debe ya decidir si procesar o liberar al sospechoso.

D. Recolección de pruebas

La prueba puede dividirse en dos tipos. Una es la prueba declarada y la otra la prueba física (prueba no declarada). Las declaraciones por escrito se hacen como sigue: los investigadores entrevistan a un testigo o a un sospechoso, resumen el contenido y preparan una declaración escrita. Cuando la persona entrevistada confirma la declaración y da su asentimiento es cuando se firma la declaración. Tal declaración puede ser admisible en un juicio cuando un acusado está de acuerdo o cuando se cumple con condiciones para las excepciones de prueba de oídas.

Aunque no es obligatorio, en Japón, en la mayoría de los casos, los fiscales entrevistan a sospechosos y a testigos por sí mismos. La experiencia muestra que los fiscales pueden quedar convencidos de la forma en que disponen de sus casos hablando directamente con testigos y sospechosos, en vez de simplemente leyendo los informes de la policía.

En cuanto a la entrevista de un sospechoso y para prevenir la violación de los derechos humanos del sospechoso, el Artículo 38-3 de la Constitución estipula lo siguiente: «Nadie será condenado o castigado en casos en que la única prueba contra la persona sea su propia confesión». Además el Artículo 319-1 del CPP establece que «la confesión hecha bajo presión, tortura o amenaza o tras un arresto prolongado o una detención prolongada, o que se sospecha no ha sido hecha de manera voluntaria, no será admitida como prueba».

En cuanto a prueba física, los fiscales, los agentes asistentes y la policía pueden hacer búsquedas en sitios determinados y confiscar pruebas físicas especificadas con una orden. La violación de las reglas de búsqueda y confiscación puede hacer que las pruebas confiscadas sean inadmisibles. Conforme a precedentes de la Corte Suprema, no debería admitirse prueba física en un juicio cuando ha sido obtenida mediante búsquedas y confiscaciones con violaciones serias de los requisitos de la orden de búsqueda establecidos por ley.

²⁸ CPP Art. 208-2. Este artículo establece una extensión adicional de 5 días por los delitos relacionados con la insurrección. Sin embargo, su aplicación es extremadamente excepcional y rara.

Entre las medidas típicas de la investigación están las investigaciones científicas tales como el examen de ADN, de sangre, de huellas dactilares, de cabello, voz y escritura, que son utilizadas plenamente para identificar a un sospechoso. La entrega controlada y la interceptación de las comunicaciones son contempladas por la ley como medidas en la investigación para la investigación de delitos serios.

El expediente original de un caso se mantiene en la oficina del fiscal para ser utilizado en la investigación del fiscal tras habérselo trasladado la policía, mientras que la policía mantiene una fotocopia del expediente para la investigación suplementaria. Cuando el fiscal solicita una detención previa a la acusación el expediente se traslada temporalmente a un juez para su estudio.

E. El poder de solicitar el examen de un testigo en la investigación

El poder de investigación del fiscal es casi el mismo que el de la policía. Sin embargo, el fiscal tiene poderes exclusivos que la policía no tiene. La solicitud de detención y de liberación de sospechosos, que acabo de explicar, son ejemplos de estos poderes. El poder de solicitar el examen de un testigo en la etapa de la investigación es otro ejemplo.

Hay casos en que los testigos no cooperan y en los que éstos pueden rechazar solicitudes de comparecencia ante agencias investigadoras. Obviamente, las agencias investigadoras no pueden arrestar a estos testigos.

El CPP da solo al fiscal el poder de solicitar el examen del testigo ante un juez en la etapa de la investigación.²⁹ El procedimiento del testimonio mismo es el mismo que el procedimiento en el juicio. Cuando un testigo se resiste a comparecer ante el tribunal sin una excusa razonable, el fiscal puede pedir al juez que emita una orden para traer al testigo obligatoriamente ante el tribunal. El juez preside en el proceso del testimonio y el fiscal puede estar presente para hacer preguntas. El testigo tiene que someterse a un juramento antes de testificar. El expediente del testimonio es trasladado del tribunal al fiscal y puede ser usado como prueba.

F. El derecho a asesoramiento

Un sospechoso en custodia tiene diversos derechos garantizados por la Constitución y el CPP, incluido el derecho a asesoramiento legal. Esto es que se da a los sospechosos el derecho de contratar a su propio asesor para la defensa a costa suya en cualquier momento.

Hay un sistema de asesoramiento público que ofrece asesoramiento legal a acusados y sospechosos detenidos por ciertos delitos serios, que no pueden contratar a su propio abogado.³⁰ El tribunal selecciona a un abogado de una lista preparada por el recién establecido Centro de Apoyo Legal de Japón. Antes de octubre de 2006 este sistema era aplicable solo a «acusados» (es decir procesados acusados).³¹

Además, desde 1990 los colegios de abogados han venido manteniendo en funcionamiento el Plan de Abogado de Turno (Sistema de Abogado de Turno), que da a los sospechosos arrestados la posibilidad de hacer consultas, en cooperación con la Asociación de Asistencia Legal. Conforme a este sistema un sospechoso que no tiene los medios para contratar a un asesor para la defensa puede solicitar a los agentes de custodia que hagan contacto con el abogado privado de turno y pueden recibir un servicio legal gratuito del abogado privado la primera vez.

²⁹ CPP Art. 226.

³⁰ Estos delitos serios son los que pueden ser castigados con la pena de muerte, la prisión perpetua o con un año de prisión o más. Se espera que el sistema de asesoramiento público para sospechosos detenidos se extienda a delitos menos serios en 2009.

³¹ Antes del establecimiento del Centro de Apoyo Legal de Japón era el Colegio de Abogados el que preparaba la lista de asesores que serían nombrados.

Disposición de los casos

A. Monopolización del procesamiento

1. Principio

Tal como se ha dicho anteriormente, los fiscales tienen el poder exclusivo de decidir si someten el caso a juicio o no.³² Japón no tiene un sistema de procesamiento privado o de procesamiento por parte de la policía, ni un sistema de jurado del pueblo o de audiencia preliminar. En otras palabras, en principio el tribunal no puede iniciar un juicio a menos que los fiscales inicien el procesamiento. Este sistema recibe el nombre de «monopolización del procesamiento» y es ampliamente respaldado por el público japonés.

2. Excepción

Una excepción a la monopolización del procesamiento por parte de los fiscales es la conocida como sistema de «cuasiprocetamiento».³³ El propósito del sistema de cuasiprocetamiento es proteger a las partes perjudicadas por delitos que implican el abuso de poder por parte de ciertos tipos de funcionarios públicos.³⁴ Una persona que ha planteado una acusación y no está satisfecha con la decisión del fiscal de no someter el caso a juicio puede solicitar al tribunal que ordene que el caso sea tramitado en juicio. El tribunal, tras algunas audiencias, desestima la solicitud u ordena que el caso sea llevado a juicio, si la solicitud está bien fundamentada. Si la solicitud se admite, el tribunal nombra a un abogado privado para que ejerza las funciones del fiscal.

B. Formas de procesamiento

Hay dos formas principales de iniciar un proceso: la formal y la sumaria.³⁵

1. Procesamiento formal (acusación)

El procesamiento formal es solicitar un juicio formal en un tribunal.³⁶ En Japón un fiscal encausa a un sospechoso presentando un acta de procesamiento al tribunal. No se permite adjuntar materiales de prueba al acta de procesamiento para no perjudicar al juez (o a los jueces) antes del juicio. La única información que un juez puede obtener de un acta de procesamiento es el nombre, fecha de nacimiento, domicilio registrado y dirección vigente del sospechoso, así como los hechos que constituyen el delito que se le imputa. No debe el tribunal tomar en cuenta el contenido de pruebas obtenidas por agencias investigadoras antes de que comience el proceso.

2. Procesamiento sumario (orden sumaria)

Un fiscal utiliza procedimientos sumarios cuando el sospechoso merece una multa que no exceda un millón de yenes, admite la presunta culpa y acepta una condena monetaria. Un fiscal envía un acta de

³² CCP Art. 247.

³³ En otras palabras: “Institución Análoga de Procesamiento Mediante Acción Judicial.” (CPP Arts. 262 a 269)

³⁴ *Ver e.g.* Código Penal Art. 193 (Abuso de poder por funcionarios públicos).

³⁵ El sistema de multas por infracciones de tránsito (pena monetaria por infracciones de tránsito) es un procedimiento mediante el cual una persona que comete algunas faltas menores en violación de la Ley de Tránsito por Carretera queda exenta de castigo penal pagando una suma de dinero determinada por ley como una disposición administrativa. Sin embargo, si los violadores no pagan esa multa se les administra conforme a un proceso penal regular y son objeto de castigo penal por parte del tribunal.

³⁶ CPP Art. 256.

procesamiento y todas las pruebas del delito a un juez del Tribunal Sumario. Un juez, individualmente, examina las pruebas sin una audiencia pública y puede imponer solo una multa al acusado. El acusado nunca ve al juez. Una parte que no esté satisfecha con una orden sumaria puede solicitar un juicio formal dentro de un lapso de dos semanas a partir del día en que recibe la notificación al respecto.³⁷ En ese caso se realiza de manera subsiguiente un juicio conforme a las disposiciones usuales.

En general se tratan delitos menores como las violaciones de tránsito, los accidentes de tránsito y los asaltos menores por medio de este sistema.

Merece atención especial el hecho de que en Japón, del total de 2.076.777 personas (incluidos menores) cuyos casos fueron tramitados en la fiscalía en 2006, 660.101 personas (31,8%) fueron objeto de proceso sumario, mientras que 138.029 personas (6,6%) fueron acusadas.³⁸

C. No procesamiento de casos

Las siguientes circunstancias pueden ser el fundamento del fiscal para decidir que no someterá el caso a juicio:

1. Falta de pruebas

Tras la investigación, cuando resulta aparente que el sospechoso no ha cometido un delito, debería quedar en libertad como un asunto de rutina. La razón por la que un fiscal no acusa en un caso así es que claramente no se tiene un caso al que se pueda responder.

2. Pruebas insuficientes

Es natural que los fiscales no procesen a un sospechoso sin pruebas suficientes, porque ellos procesan para obtener un fallo de culpabilidad. Los criterios acerca de si someter un caso a juicio o no varían de país a país y pueden ser los estándares de «causa probable», «preponderancia de pruebas», «más allá de duda razonable» u otros. En Japón la fiscalía tiene la carga de la prueba del caso «más allá de duda razonable» y un acusado no tiene ninguna carga de la prueba. Así, los fiscales, en la práctica, deciden no procesar con base en insuficiencia de pruebas, según este estándar.

3. Suspensión del proceso

Los fiscales pueden abandonar casos aun cuando haya suficientes pruebas para garantizarse una condena. Esta disposición es conocida como «suspensión del proceso»; el principio de procesamiento discrecional.³⁹ El concepto de procesamiento discrecional marca un contraste con el del procesamiento obligatorio. Este último concepto requiere que siempre se instituya el procesamiento si hay motivos objetivos para creer que el delito fue cometido por el sospechoso. Esto previene decisiones arbitrarias por parte de fiscales y caprichos en la administración de justicia penal. Por otra parte, el sistema de procesamiento discrecional es ventajoso al permitir la tramitación de los casos de manera flexible según la seriedad de los delitos individualmente considerados y la tendencia delictiva de cada sospechoso y al darles la oportunidad de rehabilitarse en sociedad.

³⁷ CPP Art. 461-470.

³⁸ Libro Blanco Sobre la Delincuencia 2007, Ministerio de Justicia, Japón.

³⁹ “En el caso de que sea innecesario procesar, en razón del carácter, de la edad y del ambiente de un delincuente, del peso y de las condiciones de un delito y de las circunstancias posteriores al delito, no puede instituirse el procesamiento público.” (CPP Art. 248)

Innecesario es decir que al practicar el procesamiento discrecional debería evitarse la arbitrariedad por encima de todo. Según el CPP, Artículo 248, los fiscales pueden decidir no procesar casos considerando los siguientes factores:

- 1) El carácter, la edad y la situación del delincuente. Por ejemplo: si el delincuente no tiene antecedentes delictivos o si ha cometido solo faltas menores en el pasado;
- 2) La gravedad del delito;
- 3) Las circunstancias en las cuales se cometió el delito. Por ejemplo: motivación del delito y si la víctima cometió falta provocando el hecho delictivo y hasta qué punto y
- 4) Condiciones posteriores a la perpetración del delito. Por ejemplo, si se compensa por daños causados y hasta qué punto, si se han reparado los sentimientos de la víctima; arreglos entre ambas partes, efecto en la comunidad local, y si el autor del delito se arrepiente de haber cometido el delito.

Entre los factores arriba citados, los más importantes para una suspensión de procesamiento están la compensación y la reparación de los sentimientos de la víctima. Así, la familia, el patrono, el abogado y otras personas relacionadas con un sospechoso tratan de compensar, en muchos casos, tanto como sea posible para evitar una acusación. En este contexto los intereses de la víctima pueden recibir una seria consideración.

En 2006 la tasa de suspensión de procesamiento en relación con todos los casos fue de 47,7%. El 89,5% de los casos por accidentes de tránsito (heridas por negligencia profesional) se tramitó mediante la suspensión de procesamiento.⁴⁰ Solo en raras ocasiones se tramitan delitos serios como los de asesinato por este método.

Los fiscales toman en consideración cuidadosamente no solo los hechos relacionados con el delito, sino también las circunstancias personales individuales. Además, los fiscales japoneses consideran la rehabilitación de los delincuentes como uno de sus principales objetivos. Cuando los fiscales suspenden el procesamiento es frecuente que hagan las advertencias pertinentes a los sospechosos y que tomen las medidas apropiadas de manera que puedan ser rehabilitados.

D. Garantía contra una tramitación arbitraria

Con el objeto de prevenir cualquier ejercicio de discreción erróneo o arbitrario, hay diversos sistemas de comprobación en Japón. Además de existir un sistema de autocomprobación hay tres sistemas de revisión de decisiones tomadas por un fiscal: (1) la Comisión de Revisión de Fiscalía, (2) el Cuasiprocamiento y (3) la Queja ante la Fiscalía General.

1. Restricciones internas

En Japón cada fiscal es plenamente competente para realizar el trabajo de procesamiento. Puede decirse teóricamente que cada fiscal constituye una sola dependencia administrativa. Por otra parte, al estar sujetos al control y a la supervisión de fiscales superiores, se necesita su aprobación cuando se toman decisiones del procesamiento. Es evidente que los mismos fiscales están conscientes de que pueden con facilidad incurrir en accesos de superioridad moral que lleven a tramitaciones arbitrarias intencionalmente o no. Algunas veces resulta muy útil, especialmente en el caso de fiscales jóvenes y sin experiencia, consultar con un colega superior para conversar sobre la mejor forma de tramitar un caso. En consecuencia con esto la fiscalía ha desarrollado algunos procedimientos para hacer que sus decisiones sean más objetivas:

⁴⁰ Libro Blanco Sobre la Delincuencia 2007, Ministerio de Justicia, Japón.

- i) Cuando un fiscal se abstiene de instituir un proceso debe mostrar sus razones por escrito y
- ii) Cuando un fiscal debe obtener la aprobación de su superior que, a su vez, se cuida de comprobar si su decisión está bien fundamentada.

2. Comisión de Revisión de Procesos (Indagatoria sobre el procesamiento)

El propósito de esta Comisión es mantener el ejercicio correcto del poder del fiscal sujetándolo a escrutinio público. Hay una Comisión de Revisión de Procesos en cada tribunal de distrito y en su principal agencia, que consiste en once miembros seleccionados entre ciudadanos con derecho a sufragio en la Cámara de Representantes del Parlamento. Tiene el poder de examinar decisiones tomadas por fiscales de no llevar casos a juicio para comprobar cuán correctas son. La Comisión debe realizar una investigación cuando recibe una solicitud de investigación de una parte perjudicada o de una persona que ha planteado una demanda o una acusación. En algunos casos la Comisión puede realizar investigaciones por su propia iniciativa y es competente para examinar testigos en el curso de la investigación.

La Comisión notifica entonces al Fiscal General de la Fiscalía del Distrito acerca de su conclusión. Los veredictos de la Comisión de Revisión de Procesos pueden establecer: (i) que el procesamiento es apropiado; (ii) que no procesar el caso es incorrecto o (iii) que no procesar el caso es correcto. Si la Comisión concluye que el procesamiento es apropiado o que no procesar el caso es incorrecto, el Fiscal General ordena a otro fiscal de la oficina investigar el caso con mayor profundidad y examinar nuevamente la disposición original. Aunque el veredicto de la Comisión no es vinculante para el fiscal conforme a la legislación vigente,⁴¹ es muy respetado en el proceso de reinvestigación. Puesto que Japón no tiene un sistema de jurado o un sistema de procesamiento privado, la Comisión de Revisión de Procesos es actualmente el único mecanismo que permite que participe el público en la administración de justicia penal.⁴²

3. Cuasi procesamiento

Ya he explicado el sistema de cuasi procesamiento en la sección A.2, arriba.

PROGRAMAS DE CAPACITACIÓN PARA FISCALES

A. Introducción

Para mejorar la calidad del servicio, se espera que los fiscales traten de mejorar continuamente sus destrezas y aptitudes para la investigación. La experiencia muestra que es difícil adquirir aptitudes para la investigación asistiendo a presentaciones. De hecho, los fiscales de menor rango aprenden las destrezas para la investigación en la forma que se identifica como «en el trabajo». Dicho esto, la fiscalía ofrece una educación colectiva para fiscales de nivel intermedio (que en la mayoría de los casos están en pequeñas fiscalías) para darles la oportunidad de compartir sus experiencias y para que adquieran conocimientos estándar de rango nacional.

⁴¹ Una enmienda adoptada en mayo de 2005 entraría en vigencia para mayo de 2009. De acuerdo con ella, si tras la revisión del caso dos veces la Comisión determina que en ambas ocasiones el procesamiento es apropiado, un abogado nombrado por el Gobierno debe tomar el caso del fiscal y procesarlo.

⁴² Ley de la Comisión de Revisión de Procesos (Indagatoria sobre el procesamiento)

B. Programas de capacitación

Inmediatamente después de su nombramiento los nuevos fiscales toman un curso de orientación, en el que aprenden los conocimientos y posiciones fundamentales de los fiscales.

Después de tres años de experiencia los fiscales toman el Curso de Capacitación General. En este curso se ofrece una variedad de presentaciones por parte de fiscales superiores. Los conferencistas en estas clases son fiscales con mucha experiencia y sus presentaciones comprenden no solo temas teóricos sino también un cierto número de casos y ejemplos que ellos mismos han tenido que administrar. Por medio de estas presentaciones los jóvenes fiscales pueden encontrar claves para solucionar casos complejos que podrían tener que tramitar en el futuro.

Entre los siete y los diez años después de su nombramiento, los fiscales toman un Curso Especial de Capacitación. Puesto que los participantes en este curso tienen un cierto grado de experiencia, uno de sus principales propósitos es que se compartan las propias experiencias de los participantes como forma valiosa de mejorar sus aptitudes. Además, las sugerencias constructivas de parte de colegas y fiscales superiores ofrecen una buena oportunidad para revisar sus propios estilos en materia de investigación.

4. REFORMA RECIENTE EN JAPÓN: INTRODUCCIÓN DE PROCEDIMIENTOS SIMPLIFICADOS PARA LA ETAPA PREVIA AL PROCESO Y PARA LA ETAPA DEL PROCESO

JUNICHIRO OTANI, Profesor UNAFEI*

INTRODUCCIÓN

Hoy me gustaría hablar acerca de la reforma reciente del proceso penal en Japón. Tal como lo indica el título de la presentación, quiero hablar acerca de reformas en dos etapas del proceso penal: en la etapa previa al proceso y en la etapa del proceso.

En la etapa previa al proceso hemos creado un nuevo procedimiento que conocemos como el «Procedimiento del Arreglo Preproceso». Este procedimiento se utiliza principalmente en casos complicados y disputados; con una preparación plena y suficiente se espera, mediante el uso de este procedimiento, que tales casos podrán solucionarse de manera expedita.

En la etapa del proceso se ha creado un nuevo procedimiento que conocemos como «Procedimiento de Procesamiento Expedito». Al contrario que con el Procedimiento del Arreglo Preproceso, el Procedimiento de Procesamiento Expedito se aplica a casos claros y no disputados. El objetivo de este procedimiento es, gracias a un procedimiento simplificado, liberar al acusado de un procedimiento penal tan pronto como sea posible, así como reducir la carga de casos de la fiscalía y del tribunal.

Concentraré la atención en la explicación de los sistemas de estos procedimientos. Sin embargo, también trataré de describir los papeles que se espera desempeñen jueces, fiscales y abogados de la defensa en cada procedimiento.

PROCEDIMIENTO DEL ARREGLO PREPROCESO

A. Panorama

Comenzaré con el Procedimiento del Arreglo Preproceso.

El nombre «Procedimiento del Arreglo Preproceso» es una traducción directa del japonés y, por lo tanto, podría ser difícil imaginar lo que esto significa. Puesto de manera sencilla, este es un procedimiento de preparación para el juicio.

Antes de explicar el contenido del procedimiento me gustaría explicar brevemente su objetivo.

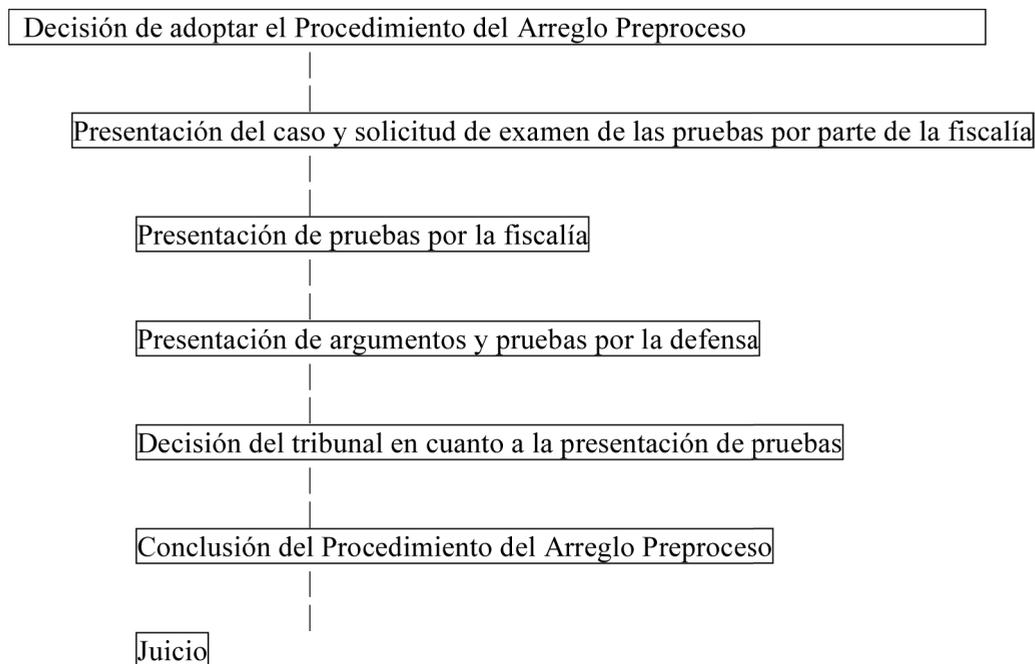
El propósito del Procedimiento del Arreglo Preproceso es la realización expedita del juicio. Para realizar un juicio expedito creemos necesario distinguir los rubros y las pruebas disputados antes del juicio. También pensamos que el juicio queda mejor preparado si se realiza conforme a un conjunto de reglas, que en una forma exclusiva de cada caso particular.

En el Procedimiento del Arreglo Preproceso la fiscalía tiene que presentar su caso y el abogado de la defensa tiene que presentar el esbozo del caso de la defensa. Además, ambas partes deberían solicitar el examen de las pruebas y el tribunal decide, dentro del Procedimiento, si acepta o desestima sus solicitudes. Cuando el tribunal acepta una solicitud, el tribunal debería determinar el orden y la forma en que ha de examinarse la prueba.

Antes de entrar en detalle me gustaría presentar un breve panorama del Procedimiento. El curso del Procedimiento es el siguiente:

* Traducción inglés - castellano por Orlando García - Valverde

Cuadro: Procedimiento del Arreglo Preproceso



Ahora me gustaría explicar el Procedimiento.

B. Panorama del Procedimiento

1. Decisión de adoptar el Procedimiento del Arreglo Preproceso

El Procedimiento comienza cuando es adoptado por decisión del tribunal. La ley establece algunas condiciones en las cuales el tribunal puede decidir adoptar el Procedimiento del Arreglo Preproceso

La primera condición es el requisito de la necesidad. Esto es que tras escuchar las opiniones de la fiscalía y de la defensa, cuando el tribunal lo estime necesario para realizar el juicio de manera efectiva, expedita y conforme se programó,⁴³ el tribunal puede adoptar el Procedimiento del Arreglo Preproceso.

Se consideran diversos factores al decidirse si se adopta o no el Procedimiento del Arreglo Preproceso. Entre ellos están los siguientes:

- (a) La complejidad del caso (por ejemplo: si es o no un caso de numerosos asuntos);
- (b) La cantidad de pruebas a ser examinadas en un juicio (por ejemplo: si se prevé que se examinará a cierto número de testigos);
- (c) La duración prevista del juicio y
- (d) La previsión de disputas en cuanto a hallazgos.

Sobre el punto (d), arriba, creo que debería agregar brevemente que, tal como lo explicaré más adelante, la ley prevé reglas según las cuales se solucionan las disputas en cuanto a la presentación de pruebas. Por lo tanto, para utilizar esas reglas cuando se esperan disputas acerca de hallazgos en el caso, debería usarse el Procedimiento del Arreglo Preproceso.

Además, el Procedimiento del Arreglo Preproceso no puede realizarse si el acusado no tiene asesor legal.⁴⁴ En ese caso el tribunal debería nombrar a un asesor *ex officio*.

⁴³ Código de Procedimientos Penales (en lo sucesivo “CPP”) Art. 316-2 I.

Si un caso se tramita conforme al sistema *saiban-in* el tribunal está sujeto a la adopción del Procedimiento del Arreglo Preproceso.⁴⁵ Les explicaré lo que significa este sistema *saiban-in*.

Literalmente, *saiban-in* significa «juez lego». A menudo se traduce al inglés como «sistema de juez lego». Sin embargo, esta traducción puede resultar confusa. En este sistema ciudadanos seleccionados al azar y jueces de carrera forman un panel y este panel es el que juzga. Este sistema *saiban-in* se usa en ciertos casos serios como de asesinato, incendio de edificios habitados y robo con saldo de lesiones.

En términos de preparación previa al proceso, como lo he dicho, todos los casos *saiban-in* están sujetos al Procedimiento del Arreglo Preproceso. El razonamiento tras esta adopción obligatoria del Procedimiento del Arreglo Preproceso se explica normalmente como sigue: en un juicio *saiban-in* el juicio debería durar lo menos posible para minimizar la carga de los ciudadanos seleccionados para actuar en calidad de *saiban-in*. Debería prepararse un ordenamiento del caso bien planificado para acortar el juicio, tras una amplia discusión sobre rubros y pruebas objeto de disputa.

2. Presentación del caso y solicitud de examen de pruebas por parte de la fiscalía

Una vez que el tribunal decide adoptar el Procedimiento del Arreglo Preproceso se exige a la fiscalía presentar su caso mediante un escrito que contenga los hechos que pretende probar. Los «hechos» aquí comprenden no solo los hechos que constituyen el delito, sino también cualquier hecho que la fiscalía pretenda probar en el juicio, tales como los hechos circunstanciales, los hechos que constituyen antecedentes y los hechos relativos. Por ejemplo en un caso de asesinato, los hechos que constituyen el delito como la fecha, la hora, el lugar del asesinato, el nombre de la víctima, el arma utilizada en el asesinato, etc., se ponen normalmente en el escrito. Además, se incluyen hechos que constituyen antecedentes, como por ejemplo la relación entre el acusado y la víctima.

También se exige al fiscal que solicite el examen de las pruebas y que presente las pruebas que la fiscalía pretende usar en su presentación de la prueba en el juicio. El fiscal debe igualmente mostrar la relevancia que tienen las pruebas que solicita la fiscalía en cuanto a los hechos expuestos en el escrito, como lo he explicado. Al demostrarse esta relevancia se aclaran mejor los rubros del caso y se excluye el examen de pruebas innecesarias.

3. Presentación por parte de la fiscalía

Cuando el asesor de la defensa piensa que las pruebas presentadas por la fiscalía no son suficientes, la defensa puede solicitar que se presenten más pruebas. La ley prevé dos tipos de obligación en cuanto a presentación de hechos: una es la «Presentación de Pruebas Categóricas» y la otra la «Presentación de Pruebas Relevantes a Rubros Disputados».

(i) Presentación de Pruebas Categóricas

Además de exigirse al fiscal presentar pruebas ante la solicitud del asesor del acusado o de la defensa, se le exige presentar pruebas cuando:

⁴⁴ CPP Art. 316-4 I.

⁴⁵ Ley *Saiban-in*, Art. 49.

(a) Pertenecen a cualquier categoría de prueba prevista en la ley.⁴⁶

(b) Se estiman de importancia para juzgar la credibilidad de pruebas particulares cuyo examen ha solicitado el fiscal.

(c) El fiscal lo estima pertinente considerando cuán importante es hacerlo, otras razones por las que es necesario presentarlas en la preparación para la defensa y el contenido y el grado de abuso que puede ocasionar su presentación.⁴⁷

Les daré un ejemplo del segundo requisito. Digamos que la fiscalía pretende probar el hecho de que el acusado es culpable, con base en el testimonio del Testigo A, que observó el hecho delictivo. Supongamos que la fiscalía solicitó la declaración de A por escrito para probar la culpabilidad del acusado. Supongamos además que existe una declaración por escrito del Testigo B, que también estaba presente en la escena del delito. Si la declaración del Testigo B esboza lo que el Testigo B observó en la escena del delito, la declaración del Testigo B puede ser «importante para juzgar la credibilidad de» la declaración del Testigo A. Si B declara que B también presencié la perpetración del delito por parte del acusado, esto fortalecería la credibilidad de la declaración de A. En contraste con esto, si B declara que una persona no identificada aparte del acusado cometió el delito, esto debilitaría la credibilidad de la declaración de A. Ahora, supongamos que aunque B estaba presente en la escena del delito no hace declaración alguna acerca del delito, sino que, por ejemplo, comenta acerca de la relación que existe entre B y el acusado en el lugar de trabajo. En este caso la declaración del Testigo B no se estima «importante para juzgar la credibilidad de» la declaración del Testigo A.

En la solicitud de presentación de pruebas la defensa debería expresar, entre otras cosas, la importancia que tienen las pruebas cuya presentación se solicita para juzgar la credibilidad de la presentación de pruebas de la fiscalía, así como otras razones por las cuales esta muestra es necesaria para la preparación de la defensa conforme al contexto del caso, los hechos que se pretende probar mediante las pruebas particulares de la fiscalía y la conexión entre las pruebas cuya presentación se solicita y las pruebas cuyo examen ha solicitado el fiscal.⁴⁸

(ii) Presentación de Pruebas Relevantes a Rubros Disputados

Además, aun cuando un rubro no está comprendido en la categoría que estipula la presentación en calidad de «prueba categórica», puede permitirse otro tipo de presentación que conocemos como “Presentación de Pruebas Relevantes a Rubros Disputados.”

Ante una solicitud del acusado o del asesor de la defensa, el fiscal debería presentar pruebas que estima están relacionadas con el argumento de la defensa. Sin embargo, no se permitirá esta presentación

⁴⁶ Los siguientes elementos se mencionan en el CPP Art. 316-15:

(i) objetos tangibles.

(ii) documentos que describen los resultados de la inspección por el tribunal o por el juez.

(iii) documentos que contienen los resultados de la inspección por un fiscal, un funcionario asistente de un fiscal o un agente de la policía judicial.

(iv) documentos preparados por un experto, que describen el proceso y la conclusión del examen hecho por el experto.

(v) declaraciones por escrito de: (a) una persona que ha convocado o que pretende convocar al fiscal para interrogatorio como testigo, (b) una persona (aparte del acusado) cuya declaración se relaciona con la existencia de un hecho que el fiscal proyecta probar directamente por medio de las pruebas particulares cuyo examen ha solicitado el fiscal.

(vi) declaraciones por escrito del acusado.

(vii) documentos que un fiscal, un funcionario asistente de un fiscal o un agente de la policía judicial tienen que preparar oficialmente conforme a reglas pertinentes a los expedientes del interrogatorio y que contienen la fecha, la hora, el lugar y otros detalles del interrogatorio del acusado en custodia.

⁴⁷ CPP Art. 316-15 I.

⁴⁸ CPP Art. 316-15 II.

si el fiscal la estima inapropiada en consideración de la conexión que existe, otras razones por las que es necesario presentarlas en la preparación para la defensa y el contenido y el grado de abuso que ocasionaría su presentación.⁴⁹

Voy a dar un ejemplo esquematizado Presentación de Pruebas Relevantes a Rubros Disputados. Supongamos, en un caso de asesinato, que el crimen se cometió en la Ciudad A y que el acusado presenta una defensa de coartada, es decir, el acusado sostiene que estaba en la Ciudad B en el momento del crimen. Supongamos, además, que la fiscalía tiene una nota en la que el acusado escribió acerca de la localidad en que se encontraba el día del hecho delictivo. En este caso esta nota podría presentarse como «prueba relevante a rubros disputados».

La «Presentación de Pruebas Relevantes a Rubros Disputados» podría ser ampliamente usada, pero al mismo tiempo se impone evitar lo que se conoce como «viaje de pesca» (*en jerga legal estadounidense. N. de T.*)⁵⁰ Al solicitar la presentación de pruebas relevantes a rubros disputados la defensa debería indicar qué conexión existe entre su argumento y las pruebas cuya presentación se solicita, así como las razones por las que se necesita esta presentación en la preparación para el caso de la defensa.⁵¹

4. Presentación por la defensa

Tras recibir la manifestación del fiscal y la prueba presentada la defensa debe presentar su caso.

Primero, el asesor de la defensa debería establecer, claramente, si el acusado admite los hechos presentados por el fiscal en su manifestación por escrito. Por medio de este acto, el tribunal puede comprender los rubros disputados en el caso. La fiscalía puede hacer una prueba adicional al responder a la negativa de la defensa.

En segundo lugar se requiere que la defensa presente los hechos que proyecta probar y otros argumentos fácticos⁵² o legales que pretende plantear en el juicio (por ejemplo: una defensa de coartada, defensa personal o demencia).⁵³

En tercer lugar la defensa debería solicitar el examen de las pruebas, que usará para probar su caso.⁵⁴ El examen solicitado por la defensa debería ser presentado a la fiscalía.⁵⁵ En el caso de un testigo la defensa debería dar al fiscal una oportunidad de conocer el nombre y la dirección del testigo. Además, se permite al fiscal examinar y copiar las declaraciones registradas, que revelan el contenido de lo que el testigo debe manifestar en el juicio. Si no hay declaración registrada, debería presentarse un documento con un esquema general de la declaración que supuestamente hará el testigo en el juicio.⁵⁶

Debo recalcar en este momento que la obligación de la defensa de presentar pruebas es limitada en comparación con la obligación del fiscal. Para la defensa no hay obligación de presentar «pruebas categóricas» o «pruebas relevantes a rubros disputados».

⁴⁹ CPP Art. 316-20 I.

⁵⁰ «Viaje de pesca» se define en el diccionario de términos legales Black's, 8a edición, 668, como «intento de recoger información de otra parte por medio de solicitudes muy generales de presentación de pruebas o de preguntas aleatorias, con la esperanza de poder encontrar así alguna información relevante». (*Traducción de este traductor*).

⁵¹ CPP Art. 316-20 II.

⁵² «Argumentos fácticos» comprende los hechos circunstanciales, los hechos que constituyen antecedentes y además, o en su defecto, los hechos relativos.

⁵³ CPP Art. 316-17 I.

⁵⁴ CPP Art. 316-17 II.

⁵⁵ CPP Art. 316-18.

⁵⁶ Id.

5. Regla procesal sobre la presentación de pruebas

Como lo he explicado, el fiscal puede rechazar la solicitud de presentación de pruebas de la defensa cuando opina que no es apropiada. Cualquier disputa sobre presentación de pruebas será resuelta por decisión del tribunal.

La ley establece que el fiscal o el asesor de la defensa puede hacer una moción para la presentación de pruebas cuando estima que la parte opositora no ha presentado aun las pruebas que deben presentarse. Tras escuchar a la parte opositora, el tribunal puede ordenar la presentación de pruebas.

Pero, como podrán imaginar, es a veces difícil para el tribunal decidir con base solo en la moción de la parte y sin examinar las pruebas mismas. Por lo tanto, la ley establece que cuando el tribunal lo estime necesario al fallar en cuanto a una moción, puede ordenar al poseedor de las pruebas (el fiscal o el asesor de la defensa) que presente las pruebas solicitadas. Esta presentación se hace in camera y a nadie se permite inspeccionar o copiar las pruebas.⁵⁷ (Por supuesto, el único propósito de este examen es tomar una decisión en cuanto a disputas sobre presentación de pruebas y el juez no puede adquirir aquí ningún prejuicio sobre el delito mismo.)

Se permite una apelación inmediata contra la decisión.⁵⁸ Por ejemplo: una parte que no esté satisfecha con la decisión sobre la presentación de pruebas del tribunal del distrito puede apelar ante el Tribunal Superior.

6. Otras disposiciones en el Procedimiento

Aparte de lo que ya he explicado, el tribunal puede emplear las siguientes disposiciones en el Procedimiento del Arreglo Preproceso:

- (a) Hacer que el fiscal aclare los cargos o las disposiciones penales aplicables.
- (b) Permitir el aumento, la revocación o la alteración de los cargos o las disposiciones penales aplicables.
- (c) Decidir el orden y el método de examinar aquella prueba respecto de la cual se ha tomado una decisión de examen.
- (d) Fijar o cambiar las fechas del juicio y tomar una decisión en cuanto a otros requerimientos para los procedimientos del proceso.⁵⁹

7. Poder vinculante del Procedimiento del Arreglo Preproceso

Tras concluir un Procedimiento del Arreglo Preproceso ninguna de las partes puede solicitar el examen de pruebas en el juicio, excepto por pruebas que, por razones inevitables, no fue posible solicitar durante el Procedimiento.⁶⁰

El fin del Procedimiento del Arreglo Preproceso es garantizar que el juicio avance de la manera más eficiente posible. Si se otorgara fácilmente una nueva solicitud de examen de pruebas, el Procedimiento no tendría sentido. Por lo tanto, la excepción («razones inevitables») se interpreta de manera estricta.

Por ejemplo: si el acusado pretende presentar la defensa de una coartada en el juicio, el asesor de la defensa debe presentarla y solicitar el examen de las pruebas de la coartada del acusado (por ejemplo, un testigo de la coartada) en el Procedimiento del Arreglo Preproceso. Si la defensa no solicita

⁵⁷ CPP Art. 316-27 I.

⁵⁸ CPP Art. 316-26 II, III.

⁵⁹ CPP Art. 316-5.

⁶⁰ CPP Art. 316-32

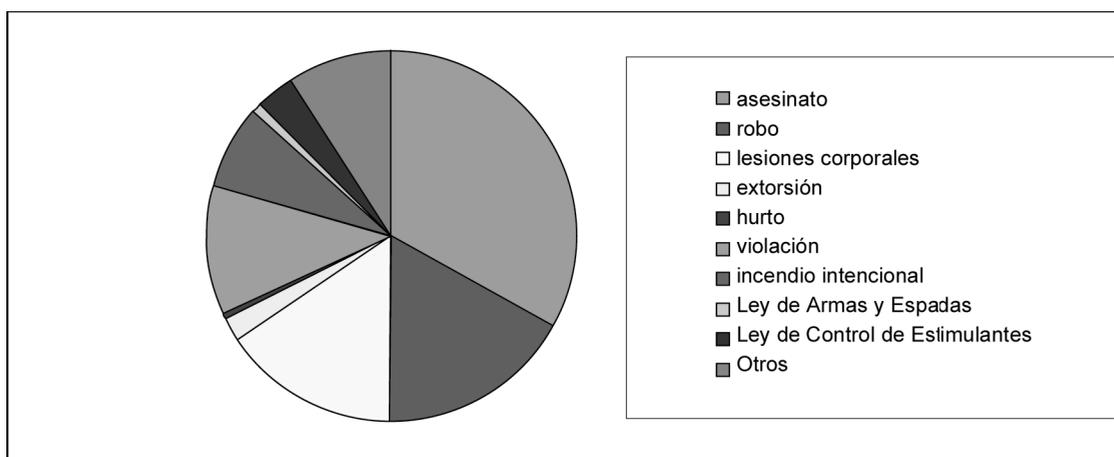
el testigo en el Procedimiento del Arreglo Preproceso, se denegaría la solicitud de testimonio del testigo a menos que la defensa pueda mostrar una buena razón por la cual el testigo no estaba disponible en el Procedimiento del Arreglo Preproceso. Una razón trivial, como: «el acusado simplemente olvidó la coartada» no sería aceptable.

8. El juicio

En general, tras la conclusión del Procedimiento del Arreglo Preproceso, se realiza un juicio en días sucesivos hasta donde sea posible. Por ejemplo: en el Tribunal del Distrito de Tokio, cuando se requieren varios días para terminar de tramitar un caso se realizan sesiones dos o tres días por semana.⁶¹

C. Estadísticas

Según el Libro Blanco Sobre la Criminalidad de 2007, el Procedimiento del Arreglo Preproceso fue adoptado en 336 casos en 2006. Entre estos casos había 111 de asesinato, 57 de robo con consecuencia de muerte o lesiones, 52 de lesiones corporales, 7 de extorsión, 2 de hurto, 38 de violación, 24 de incendio intencional, 3 de violación de la Ley de Control de Armas de Fuego y Espadas, 11 de violaciones de la Ley de Control de Estimulantes y 31 de otros tipos.



D. Asesor de la defensa para sospechosos, nombrado y financiado por el Gobierno

Introducción

Como hemos visto hasta ahora, no solo la fiscalía sino también la defensa tienen la obligación de presentar sus argumentos y pruebas. Esto es que se requiere que el acusado presente su defensa con más prontitud que anteriormente. Se espera que los abogados de la defensa desempeñen papeles más importantes que nunca antes.

Hasta ahora, si un acusado en Japón no puede nombrar a un asesor debido a indigencia u otras razones, la ley exige que el tribunal nombre un asesor que es financiado por el Gobierno.⁶² Debe tenerse

⁶¹ Antes de la reforma reciente se programaban los días del juicio a razón de uno por mes, en promedio, lo que significa que un juicio que requería de diez días de trámites procesales no llegaría a su conclusión en menos de diez meses.

⁶² CPP Art. 36.

en cuenta que se ofrece un asesor nombrado por el tribunal solo a un acusado; es decir, después de la acusación.

Sin embargo, considerándose la importancia que tienen los asesores de la defensa en la etapa previa al proceso, opinamos que debería nombrarse a un asesor antes de la acusación. Así, en 2006 ampliamos el sistema de asesores nombrados por el tribunal para que abarcara a sospechosos. Al hacerlo quedan mejor protegidos los derechos de los sospechosos y acusados. Además, puesto que el asesor de la defensa puede comprender los asuntos en el caso en una etapa más temprana, se espera que la preparación para el juicio y el juicio mismo se lleven de manera más eficiente.

Requisitos

Para que un sospechoso tenga derecho a un asesor nombrado y financiado por el gobierno debe cumplirse con los siguientes requisitos:⁶³

(i) El sospechoso está detenido (cuando un sospechoso no está detenido el sistema de asesor nombrado por el tribunal no está disponible);

(ii) El sospechoso ha supuestamente cometido un delito penado con la pena de muerte, la prisión perpetua o prisión por un término mínimo de un año o más;⁶⁴

(iii) El sospechoso no puede nombrar a un asesor debido a indigencia o a otras razones.

Cuando el sospechoso es acusado, el asesor nombrado en la etapa de la investigación continúa asistiendo al sospechoso (ahora acusado) en calidad de asesor de la defensa.

PROCEDIMIENTO DE PROCESAMIENTO EXPEDITO

Introducción

A continuación me gustaría hablar acerca de una enmienda sobre la etapa del juicio. Como dije en la introducción, creamos un procedimiento nuevo conocido como el “Procedimiento de Procesamiento Expedito.” Este nuevo procedimiento comenzó a usarse en octubre de 2006 y ahora es usado ampliamente.

En Japón no tenemos un sistema de negociación de la declaración y la acusación. El Procedimiento de Procesamiento Expedito, aunque considerablemente simplificado, sigue siendo un juicio formal. No obstante, al ofrecer un procedimiento muy simplificado, el acusado puede ser liberado antes y así se espera que llegue a ser rehabilitado de mejor manera en la comunidad. Además, la carga de casos de la fiscalía y del tribunal se verá muy reducida.

El procedimiento

1. Solicitud de Procedimiento de Procesamiento Expedito

Cuando se estima apropiado el fiscal puede solicitar un Procedimiento de Procesamiento Expedito por escrito en el momento de la acusación. Los factores que han de considerarse al tomarse esta decisión son: (a) si el caso es claro y menor; (b) si se espera que el examen de las pruebas ha de concluirse

⁶³ CPP Art. 37-2.

⁶⁴ En 2009 este requisito habrá sido reducido a «pena de prisión con un máximo término de tres años o más».

con prontitud y (c) otras circunstancias. Los casos penados con la pena de muerte, prisión perpetua o prisión con o sin trabajo por no menos de un año, están categóricamente excluidos del Procedimiento de Procesamiento Expedito.⁶⁵

Se requiere que antes de formular la petición el fiscal explique el Procedimiento de Procesamiento Expedito al acusado⁶⁶ y que haya posibilidad de realizar un juicio regular si el acusado así lo desea. En general, el fiscal explica al acusado que, entre otras cosas, la ejecución de la pena es suspendida legalmente y que la apelación ante el Tribunal Superior es limitada. El fiscal no puede solicitar un Procedimiento de Procesamiento Expedito sin el consentimiento del acusado. Además, cuando el acusado ya tiene asesor, la petición de un Procedimiento de Procesamiento Expedito se permite si ni el asesor de la defensa ni el acusado lo objeta.⁶⁷

Un acusado sin asesor podría consultar a un abogado para decidir si acepta o no el Procedimiento de Procesamiento Expedito. Cuando el acusado desea contratar a un abogado defensor pero no puede hacerlo por negligencia o por otras razones, el juez nombra a un asesor financiado por el Gobierno.⁶⁸

2. Preparación para el juicio

(i) *Fecha del juicio*

En un caso en que se ha hecho una petición para un Procedimiento de Procesamiento Expedito el tribunal debería fijar una fecha lo más temprana posible para el juicio.⁶⁹ Por ejemplo: en el Tribunal del Distrito de Tokio, en general, se fija una fecha para que el juicio se realice dos semanas después de la acusación.

(ii) *Presentación de pruebas*

La fiscalía debería hacer su presentación de pruebas tan pronto como le sea posible.⁷⁰ En la práctica, por ejemplo, en la Fiscalía del Distrito de Tokio el fiscal presenta pruebas dentro de un período de una semana a partir de la fecha de la acusación. Además, el fiscal solicita solo pruebas necesarias y suficientes, haciendo al tiempo que la cantidad de pruebas requeridas sea lo más pequeña posible.

3. Procedimiento del juicio

Al inicio del juicio el tribunal debe preguntar al acusado si admite culpa por los cargos contra él. Cuando el acusado manifiesta que es culpable y cuando ni el acusado ni el asesor de la defensa se oponen al Procedimiento de Procesamiento Expedito, el tribunal puede decidir que el caso se tramitará mediante el Procedimiento de Procesamiento Expedito a menos que el tribunal considere que el caso es inapropiado para este Procedimiento.⁷¹

⁶⁵ CPP Art. 350-2 I

⁶⁶ Técnicamente, como es antes de una acusación, la persona es todavía «presunta» acusada. Pero aquí, para efectos de simplicidad, utilizaré el término «acusado».

⁶⁷ CPP Art. 350-2 II, III, IV.

⁶⁸ CPP Art. 350-3.

⁶⁹ CPP Art. 350-7.

⁷⁰ CPP Art. 350-5.

⁷¹ CPP Art. 350-8.

Para que el examen de las pruebas sea rápido las reglas sobre la prueba se hacen mucho más flexibles en el Procedimiento de Procesamiento Expedito. Por ejemplo: la regla sobre pruebas de oídas no es aplicable en este Procedimiento.⁷² En la práctica y en la mayoría de los casos solo pruebas documentales (excepto por el testimonio del acusado) se examinan en este Procedimiento.

4. El Juicio

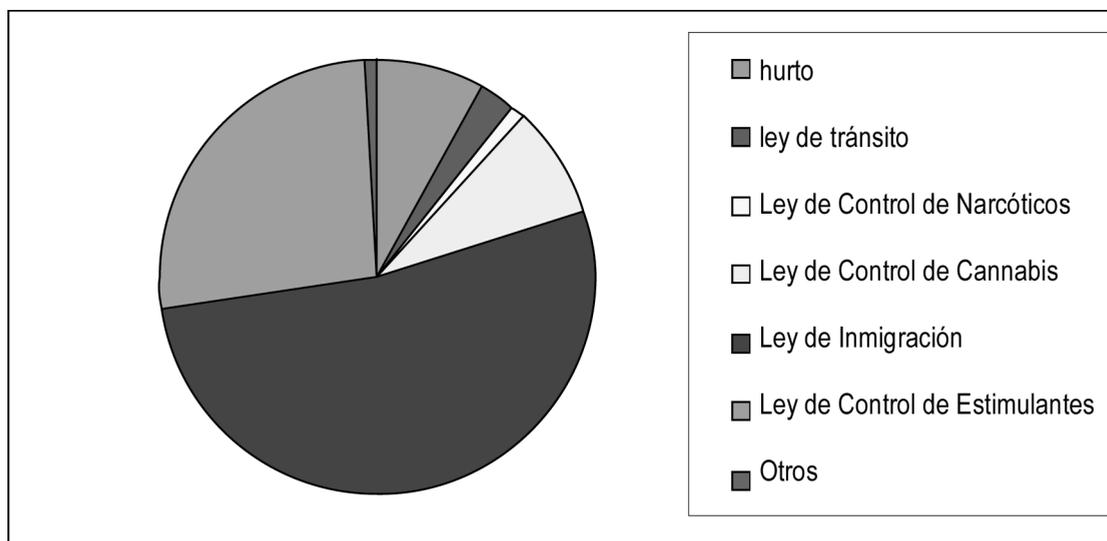
Cuando el tribunal dicta una condena a prisión en un Procedimiento de Procesamiento Expedito debería suspender la condena.⁷³ Además, el tribunal debería emitir un fallo, hasta donde sea posible, el mismo día del juicio.⁷⁴

En el tribunal del Distrito de Tokio el tiempo asignado a un caso utilizándose el Procedimiento de Procesamiento Expedito es de 30 minutos. En otras palabras, el fallo se pronuncia dentro de 30 minutos a partir del inicio del juicio. En el momento del fallo el acusado en custodia es liberado, puesto que la ejecución de la pena se suspende sin excepción.

Ni el fiscal ni la defensa puede apelar ante el Tribunal Superior con el argumento de una investigación errónea.⁷⁵

5. Estadísticas

Según el Libro Blanco Sobre la Criminalidad de 2007, entre octubre y diciembre de 2006, el número de casos en que el fiscal hizo una solicitud para un Procedimiento de Procesamiento Expedito fue de 716 en tribunales de distrito y de 55 en tribunales sumarios. Entre los 716 casos en tribunales de distrito hubo 57 casos de hurto, 20 casos de violaciones de tránsito, 8 casos de violaciones de la Ley de Control de Narcóticos, 61 casos de violaciones de la Ley de Control de la Cannabis, 191 casos de violaciones de la Ley de Control de Estimulantes, 374 casos de violaciones de la Ley de Inmigración y 5 casos de otros delitos.



⁷² CPP Art. 350-12.

⁷³ CPP Art. 350-14. Cuando un caso se tramita utilizándose el Procedimiento de Procesamiento Expedito, el tribunal debería siempre suspender la ejecución de la pena. En otras palabras, si el tribunal considera que la suspensión de la ejecución de la pena no es apropiada, debería revocar su decisión de adoptar el Procedimiento de Procesamiento Expedito.

⁷⁴ CPP Art. 350-14.

⁷⁵ CPP Art. 403-2.

III. LOS NUEVOS ROLES EN EL PROCESO PENAL EN AMERICA LATINA

1. EL PAPEL DEL JUEZ DE GARANTÍAS Y EL PAPEL DEL JUEZ EN EL JUICIO EN EL NUEVO PROCESO PENAL

LUIS PAULINO MORA MORA, Presidente
de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica

LOS CONFLICTOS EN EL ESTADO MODERNO

A) Necesidad de solucionar los conflictos para asegurar una convivencia social.

Al trasladarse el poder penal del individuo o su grupo parental, al Estado, se plantea un grave problema, pues se le confiere con ello a éste un gran poder, que le permite ejercer un importante control sobre la comunidad. Si bien el Estado debe procurar la paz social, por medio de la solución de los conflictos del grupo de individuos sobre los cuales ejerce su poder y para ello puede utilizar el poder penal, puede también utilizarlo para sojuzgar a los disidentes e imponer la voluntad, de los que ejercen el poder, sobre toda la comunidad.

Ese traslado alteró los principios que informaron inicialmente el procedimiento de investigación de los hechos delictivos, cuando el interés individual fue el que tuvo prevalencia, pues reprimir la acción contraria al derecho resultó ser una actividad propia de la sociedad, más que del individuo.

Legitimado el Estado para que se haga cargo del sistema de solución de los conflictos con un sustrato penal, en nuestro círculo de cultura la solución de esos conflictos se le adjudicó principalmente a los tribunales de justicia. En razón de que los jueces no se encuentran presentes en el lugar del suceso al momento en que éste ocurre resulta indispensable realizar una investigación para averiguar la forma en que la conducta se desarrolló y los medios de convicción que la pueden demostrar, a efecto de trasladar al conocimiento del juzgador la información necesaria sobre el acto, para que pueda juzgarlo, establecer quién o quiénes fueron sus autores, si les cabe o no responsabilidad por su actuar y en su caso, cuál es la pena a imponer. A efecto de que esa investigación se realice con un orden preestablecido, en la que se reconozcan determinados derechos a los interesados en el esclarecimiento de lo acontecido, es que se ha diseñado un procedimiento a seguir, al que hemos dado en llamar procedimiento penal, que lo constituye el conjunto de normas que regulan la actividad de los entes públicos y las partes que intervienen en la investigación de un hecho delictivo.

A efecto de que el poder estatal en materia penal no se revierta en contra de los ciudadanos, se le ha sometido a una serie de limitaciones, para que la investigación de los delitos se realice con respeto a determinados intereses de los involucrados en la investigación y el poder penal no se convierta en un instrumento de sometimiento político.

Diversas son las formas en que se ha diseñado ese procedimiento. La historia nos demuestra cómo los principios que informan la investigación han cambiado según sean las ideas que dan base a los sistemas políticos imperantes en una determinada comunidad. Es a la Revolución Francesa y a los pensadores que le dieron el sustento doctrinario, a quienes se les reconoce la paternidad del movimiento social que mayor influencia ha tenido en el acuñado de los principios básicos en que se basa el procedimiento penal moderno.

Los conflictos son parte natural de la vida en sociedad, de modo que, como comunidad, nos encontramos ante la necesidad de plantearnos como uno de nuestros principales objetivos el establecimiento

de medios y métodos para la resolución de los conflictos, dado que, por una parte, la afirmación de la noción de la figura del Estado moderno a partir de la edad moderna, incluye y se funda en el monopolio estatal para el uso de la fuerza y por otra, no parece conveniente para el desarrollo social, dejar que ellos transcurran y terminen libremente. Precisamente es lo contrario lo que se persigue con la llamada convivencia social: administrar la libertad de cada miembro de la comunidad por medio de la fijación de reglas de actuación y la resolución de las fricciones que se generen cuando cada persona ejerce su libertad y sus derechos. Los conflictos que se presentan en la vida social son de una distinta naturaleza. Los hay de carácter moral, social, religioso, familiar o jurídico (estos últimos, originados en el choque entre los derechos de dos personas, en sentido lato). Para cada uno de estos tipos de conflicto, la sociedad provee formas de solución que puede llegar a ser muy diferentes en su modalidad y solo para algunos de ellos tiene participación el sistema formal de administración de justicia. Pensamos, por ejemplo en la relación normal entre padres e hijos en donde la administración del conflicto recae casi exclusivamente en los protagonistas y solo en casos extremos se hace participar a otras instancias, o bien en las situaciones que surgen, por ejemplo, en ciertas actividades privadas aunque tengan relevancia general como puede ser quizás el caso del fútbol.

Tal como señalé, uno de los mecanismos concebidos por la sociedad para la administración y resolución de cierta clase de conflictos es el sistema formal de administración de justicia. Es claro que me refiero aquí a una concepción moderna y democrática de un sistema de administración de justicia, porque –como ya lo saben ustedes- la noción ha sufrido una gran evolución desde los tiempos antiguos en los que el conflicto era resuelto según el arbitrio de quien tuviera mayor fuerza para hacer valer sus decisiones o a través de ordalías en las que las que algún Dios, daría la fuerza física y mental suficiente para salir avante, como prueba última de la verdad. Con el transcurso del tiempo, sin embargo, se conciben y ponen en práctica medios cada vez más complejos para resolver diferencias, hasta llegar a una clara definición del llamado poder de jurisdicción, es decir, la capacidad de “dictar el derecho” con que el Estado invierte a algunos de sus órganos para que –auxiliado de distintos mecanismos como por ejemplo, reglas de derecho de fondo, reglas procesales, etc.- conozcan de las diferencias entre las partes y decida sobre tales cuestiones, con capacidad de coerción para el cumplimiento de las disposiciones que tome.

Es aquí, como parte de tal desarrollo, donde nace la figura del juez moderno, como un tipo especial de funcionario público. Especial, porque se les asigna un amplio marco de discrecionalidad e independencia para asegurar a los ciudadanos que cuando le sometan sus conflictos, ellos les serán resueltos, no de cualquier manera sino con apego a nociones aceptadas de justicia o algo que se le acerque lo más que se pueda a ella. Es en este amplio contexto donde comienza ya a perfilarse la función garantizadora que tiene el juez dentro de una sociedad y de la que en nuestro país, encontramos un claro ejemplo en la propia Constitución Política, cuando el artículo 153 impone la obligación a quienes ejercen el Poder Judicial, de resolver definitivamente sobre las cuestiones judiciales que se les sometan, fijando como límite de sus actuaciones la Constitución y las leyes.

Parece, al menos en principio entonces, que el juez será aquel funcionario que puede protegernos en nuestros derechos, a quien acudimos porque consideramos que tiene la capacidad de darnos lo que nos pertenece. No resulta extraño, entonces, que estos servidores resulten ser pieza clave en cualquier sociedad moderna y más aun en las estructuradas según un concepto democrático del ejercicio del poder, pues funcionan como un factor de equilibrio entre los integrantes de la sociedad, que pueden acudir a él en busca de satisfacer sus peticiones que -de otro modo- tendrían que imponer a los demás mediante la fuerza, concepto este último totalmente contrario a la idea de democracia. Los penosos efectos de una insuficiente labor garantizadora de los jueces, queda retratada lamentablemente en ejemplos de sociedades donde los jueces no han sabido estar a la altura de las circunstancias y han dado paso a que las personas busquen otras formas de resolver sus diferencias, y normalmente ello ha sido mediante el recurso a la violencia.

B) Resolución de conflictos y el papel tradicional del juez

Pero no debemos olvidar que el juez se entiende antes que todo como un órgano estatal y de allí deriva su valor y su mayor peligro. Resulta un hecho histórico el que los detentadores del poder hayan intentado desde siempre convertir a los jueces en agentes de una particular modalidad de ejercicio del poder y no respetar el papel de equilibrio que corresponde a su papel apropiado. Particularmente en nuestros países y debido a la herencia de los sistemas francés y español el papel del juez como garante del Estado de derecho frente al propio Estado, ha sido dejado de lado, en atención fundamentalmente al temor de que su tal labor fuera vista como una “interferencia” en la noción de separación de poderes. En esa época, una actitud retraída era en cierta forma, una regla de supervivencia frente a los otros poderes del Estado.

En este sentido es válido recordar cómo nuestra tradición ha hecho suya la caracterización que se hacía de los jueces como “la boca de la ley”, para dar a entender que en realidad ellos eran simples aplicadores del catálogo de respuestas (del solucionario de conflictos) que el cuerpo legislativo -en su carácter de expresión de la voluntad general- había decidido instaurar a nivel abstracto y de aplicación general. Desafortunadamente, en muchos casos los principales defensores de tal tesis han sido los mismos jueces, que han visto en estos conceptos la posibilidad de diluir su responsabilidad ante la ciudadanía y no en el trasfondo del litigio. El juez no resuelve el conflicto que -traducido en símbolos- ha sido planteado ante él, sino que se limita a proveer una solución a nivel también simbólico sin preocuparse mucho ni poco por la realidad subyacente; a esto contribuyen el acentuado formalismo de los sistemas procesales y la preponderancia de la escritura en ellos, que hacen que las partes pierdan el papel protagónico para cederlo a los llamados “expedientes” o “sumarias”. Resueltos éstos -se asume-, la realidad debería necesariamente seguirles y adaptarse, y esto explica la tradicional ceguera e ineptitud de nuestros jueces tanto hacia las medidas cautelares como hacia la ejecución de sus sentencias, pues ambas justamente operan y son válidas en la realidad a la que el juez no pretende o evita acceder.

Esta actitud, lamentablemente, presentó una arista aún más dañina para el ciudadano del derecho penal con la existencia de un tipo de juez al que el sistema le asignó un papel de inquisidor en el proceso, de modo que -como indiqué-, la persona de carne y hueso, fue la perdedora neta de este sistema, en el que el juez entendía su papel como investigador del daño causado al tejido social y el encargado de repararlo mediante la punición del culpable.

REVISIÓN Y ACTUALIZACIÓN DE LO QUE DEBE HACER EL JUEZ EN EL PROCESO PENAL DE UN ESTADO DEMOCRÁTICO

No obstante, este estado de cosas, en muchos casos, las reformas al sistema penal, se concentraron en cuestiones de proceso y procedimiento, que si bien contenían un trasfondo ideológico dirigido a favorecer una administración de justicia más democrática, en términos generales, lo cierto es que incursionaron muy tímidamente en un necesario rediseño del rol y de la figura del juez en los procesos. En años anteriores hemos dedicado nuestros esfuerzos a repensar los sistemas procesales, para hacerlos más accesibles y rápidos y menos formalistas. Luego, nos hemos concentrado en refinar los mecanismos propiamente administrativos de la labor de administrar justicia para identificar los que solo constituyen una carga innecesaria para el juez y lo distraen de su tarea de administrar justicia. Igualmente, hemos creído necesario acentuar los temas relacionados con la independencia de la labor jurisdiccional, de modo que la administración de justicia no sea forzada a resolver de determinada manera por motivos ajenos a los que se desprenden de la justicia y la ley.

Sin embargo, estamos ahora en una encrucijada, en donde nos hemos percatado que todo lo caminado hasta ahora corre el riesgo de perder su unidad y sentido, si no logramos redefinir e imponer en la realidad el tipo de juez apropiado. Ahora creemos que ha llegado el momento de impulsar un cambio de mentalidad respecto a la forma en que conciben su labor los propios jueces. Esta actitud resulta incluso indispensable por ejemplo frente a las nuevas tendencias hacia la oralidad que hacen prácticamente imposible cualquier intento de control institucional sobre la actividad que realiza el juez. Quiero decir con ello que, con los sistemas escritos, toda o casi toda la actuación (y si se quiere también las omisiones) del juez dejaban un rastro en el expediente y además éste debía responder apegadamente a la regla procesal que lo regulaba. Pero si como se propone los sistemas escritos deben dejarse de lado a favor de la oralidad, ello implica conceder mayor discrecionalidad al juez y por ende han de perderse muchas modalidades de control. Si a ello le sumamos que, dentro del cambio de actitud que se propugna, está la promoción de una actitud crítica hacia las formalidades para se apliquen a reserva y con conciencia de su necesidad, parece lógico entonces que la sociedad deba concentrar su atención en las condiciones personales y profesionales para el acceso a la función de juez, con el fin de asegurarse de la mejor forma la idoneidad de aquellos que van a resolver los conflictos.

Se trata entonces de un replanteamiento de la situación y no simplemente de un cambio en unos cuantos plazos y proceder. Si buscamos un acercamiento cada vez mayor a un sistema de administración de justicia apegado a normas y principios democráticos, indudablemente, el protagonista principalísimo a quien corresponde la carga de dicho cambio es al juez, pero no el juez actual que todavía encuentra refugio en las formas legales para eludir su obligación de resolver el conflicto que se le presenta. Se trata más bien de un nuevo tipo de administrador de justicia que –me parece- debería cumplir con una serie de requisitos que me permito esbozar de seguido y solo a modo de ilustración:

- 1.- Valiente
- 2.- Estudioso
- 3.- Dedicado
- 4.- Recatado
- 5.- Probo

Sobre tales condiciones podemos entonces construir con mayor o menor precisión un nuevo rol para el juez en el proceso penal, que debe comenzar por rescatar como dije antes la labor de garantizar que todas las actuaciones y conductas de las partes en el proceso se apeguen y respeten aquellas disposiciones torales que conforman el sistema democrático y lo distinguen de otros sistemas en los que el ser humano no es el fin principal.

Dicho esto entenderán entonces ahora si les llamo a tener precaución cuando llamamos “juez de garantías” al juez de la etapa inicial o intermedia, pues en mi concepto todos los jueces que intervienen en el proceso penal son jueces de garantías, en tanto es una función que está siempre en el sustrato de su actuar, pues velan siempre por el cumplimiento de los derechos fundamentales y principios esenciales a lo largo del proceso. Así, éste es pues, a mi juicio, el más relevante agregado al trabajo que debe llevar adelante el juez, en cualquier etapa del proceso penal: servir de garante frente a la sociedad, respecto del cumplimiento de todo el conjunto de fines y valores democráticos que moldean el proceso. Y no debemos creer que esta labor resulte un tema sencillo o de poco alcance. Permítanme, para darles una idea hacer breve repaso sólo por los principales temas a los que el juez penal democrático debe estar atento a que se cumplan:

- 1- Desde el punto de vista personal, el juez debe cerciorarse de que cumple con las condiciones para ser **un arbitro imparcial** frente a las pretensiones de las partes, lo cual significa, en un sistema

predominantemente acusatorio, una pasividad o distanciamiento **frente** a lo que piden la partes. En el estricto sentido, ello implica que no le interese personal y particularmente el resultado del caso y hablo de un estricto sentido de distanciamiento, pues, garantizada su imparcialidad, debe ser agente activo en la solución del conflicto que se le presenta. Puede incluirse en este punto **la independencia del juez** por la cual él debe velar también activamente. Es claro que el imputado tiene derecho a ser juzgado por jueces independientes en relación con los restantes poderes del Estado, de sus superiores del Poder Judicial y de toda otra influencia externa. Deben tener claro que su función de administrar justicia, no opera bajo el principio de obediencia jerárquica que informa la actuación de los órganos del Estado en su función administrativa. Ello para garantizar a quien recurre -voluntariamente o a la fuerza- a la jurisdicción a dirimir sus conflictos, que la única observancia obligatoria del juez, lo es respecto a la ley. En ese sentido, existe una alta responsabilidad de la que el juez debe ser consciente: cada uno de ellos es soberano, en el caso concreto a resolver, según el marco de competencia que le fue acordado por ley, sin que ello se vea disminuido por el hecho de que el superior en grado pueda, legitimado por la interposición de un recurso, modificar lo resuelto.

- 2- En segundo lugar, y esto atañe particularmente a la materia penal, el juez debe jugar un **papel activo en la vigilancia del desequilibrio** o favorecimiento que tanto desde el punto de vista procesal como en algunos aspectos de fondo, se concede en los regímenes realmente democráticos a quien es acusado de la comisión de un delito. Una sociedad democrática debe ser agudamente conciente del poder que ejerce sobre sus ciudadanos y de los peligros de ese ejercicio especialmente en materia de coerción. De tal forma, el juez debe entender claramente que existe una posición originalmente desventajosa para el acusado que tiene en frente a la fuerza estatal, con su poder represivo y con su monopolio para el uso de la fuerza. La protección del acusado de los efectos y consecuencias de esa desventaja, es básicamente la razón de ser de las nociones de debido proceso formal y además de muchas de las garantías de fondo, que moldean el proceso penal y el juez debe tener claro que su papel es hacerlas valer a favor de quien fueron establecidas.
- 3- La aplicación de la ley debe ser hecha con criterios que respeten la **igualdad** de las personas. En el artículo 33 de la Constitución costarricense se garantiza el principio de que todos somos iguales frente a la ley y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana, especificándose en relación con los extranjeros, en el artículo 19, que tendrán los mismos deberes y derechos individuales y sociales que los costarricenses, con las limitaciones y excepciones que la Constitución y las leyes establezcan, limitaciones y excepciones que no podrán ser de calibre tal que desconstitucionalicen la garantía.
- 4- Debe el juez velar por el cumplimiento de la **regla de la libertad de las personas**, al igual que sus excepciones, a efecto de garantizar la administración de justicia. El Código Procesal Penal de 1998 regula en los artículos 238, 239, 240, 241 y 243, el carácter excepcional de la prisión preventiva, la que sólo podrá disponerse, en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley, de donde el juez deberá valorar, en cada caso, las circunstancias que puedan llevarle a concluir que debe tratar como excepcional la situación del encartado y someterlo a prisión preventiva.
- 5- También la **intimidación de las personas** habrá de garantizarse por el juez, no sólo en su condición personal, sino también de su domicilio, documentos privados y otras comunicaciones escritas. Ello no obsta para que en las legislaciones procesales puedan regular lo procedente en relación con las condiciones en que puede válidamente afectarse ese derecho, lo que hace que estos temas le lleguen a los jueces penales bajo la forma de reclamos por prueba ilegítima en tanto las medidas deben ser acordadas, con carácter excepcional y según lo requiera cada caso en particular; Además sólo podrá ser realizada por la autoridad y, cuando se exijan formalidades especiales, éstas deben cumplirse pues, de lo contrario, la diligencia es inválida.

6- Otra garantía es la recogida en nuestros sistemas penales bajo la regla de que en materia penal nadie está obligado **a declarar contra sí mismo**, ni contra un conjunto variable de personas de su círculo familiar, regla ésta que usualmente va acompañada del deber del juez de información al declarante, sobre la facultad de abstención, formalidad que de no cumplirse conlleva también la invalidez de ese acto para fundar una decisión judicial,

7- Igualmente debe el juez impedir dentro del proceso la realización de pruebas a través **de tratamiento cruel o degradante**, ya que están proscritos en cualquier país con un sistema penal de raíz humanista.

Con relación a estos tres últimos aspectos, es decir, irrespeto de intimidad, declaración contra sí mismo y los tratos crueles y degradantes, me parece este un buen foro para señalarles la importancia de una apropiada actitud de los jueces penales al respecto. Debemos tener claro que los agentes policiales del Estado fundan su actuación primordialmente sobre criterios de eficiencia de modo que su concepto de la relación medios-resultado puede, en muchos casos, ir más allá de lo que permiten nuestros principios y justamente corresponde al juez en cada acto y cada proceso, no solo restaurar el marco de garantías concretas, sino, emplear ese proceso para desincentivar todas aquellas prácticas y tendencias a obtener resultados a costa de la lesión de derechos fundamentales y de la dignidad del acusado. En particular, debemos dejar claro nuestro repudio por la confesión como medio de prueba, porque de sobra sabemos los jueces que ello da pie a abusos para lograr confesiones “libres y espontáneas”. Debemos ser igualmente contundentes en todas nuestras actuaciones en cuanto al rechazo de prueba obtenida de forma espuria y no debemos dejar resquicios para los abusos con interpretaciones alambicadas que buscan “no traernos abajo las investigaciones”. Las prioridades deben siempre estar claras a favor de la preservación del Estado de derecho y de la dignidad del ser humano.

8- Otro elemento que conforma el trabajo del juez en el actual proceso penal es su obligación de velar siempre por el cumplimiento de la norma constitucional de **justicia pronta y cumplida** del artículo 41 constitucional. En su momento la reforma procesal penal optó por la oralidad pensando en la simplificación del procedimiento y que los asuntos sometidos a conocimiento de la jurisdicción, sean resueltos sin dilación injustificada. En particular debe el juez manejar y bastantear las múltiples formas en que el procedimiento puede concluir sin necesidad de la celebración de la audiencia oral, como por ejemplo, la conciliación, la reparación integral del daño o incluso el proceso abreviado. Se trata de un ejercicio de discreción por parte del juez con base en criterios de razonabilidad en la utilización de los recursos materiales y humanos con que cuenta el sistema formal de administración de justicia, con lo que se pretende que los tribunales puedan dedicar el tiempo suficiente a las causas que así lo ameriten, pero al propio tiempo puedan resolver sin mayores dificultades procesales, pero sin menoscabo de garantías fundamentales, los casos que no ameritan la rigurosidad del procedimiento ordinario. También y como parte importante de esta obligación, está la de llevar adelante el saneamiento del proceso en sus aspectos formales, atendiendo a la necesidad de que se haga justicia de forma rápida eficaz y con respeto de los derechos de las partes.

9- Si analizamos el proceso en sus distintas etapas, nos encontramos con **distintas funciones específicas de cada momento procesal**. Como señalé antes en general la función del juez en la etapa preparatoria es prioritariamente de garantía de los derechos de las partes en el cumplimiento de formalidades ordenadas en protección de derechos fundamentales. Por su parte, en el debate la función principal del juez, además de la disciplinaria en relación con los asistentes a la audiencia, es la de moderador de la discusión. En nuestro sistema podemos ver cómo se le pretende dar aplicación al principio propio del sistema acusatorio de la pasividad del juez, permitiéndole con ello rescatar su independencia frente al hecho investigado y cumplir con su cometido de fiel garante de los derechos de las partes en el proceso.

- 10- A esto se agrega, a tenor de los principios acusatorios señalados que el **juez tiene la obligación de oír a las partes** y tener contacto con la prueba. La audiencia es oral, y de esa forma deben declarar el imputado y las demás personas que participen en ella y sólo se permite la incorporación por lectura de documentos y pruebas, en los casos excepcionales. De igual forma se presentarán los alegatos de las partes y se notificará la sentencia. En resumen, es necesaria la presencia ininterrumpida de los jueces y de los demás intervinientes necesarios en la audiencia, lo cual es motivada por la regla de la inmediación, característica importante del procedimiento acusatorio que debe estar presente en la mente del juez. El juzgador no puede admitir la sustitución de la inmediación por papeles. Además, el juicio está diseñado para que sea público y el juez debe velar porque esa sea la regla. Las excepciones a la publicidad se regulan por lo que se trata de una facultad restrictiva que debe manejarse precisamente como una excepción.
- 11- Hace también parte del papel del juez en el juicio **promover el contradictorio** como fundamento del proceso acusatorio. El contradictorio, base de un procedimiento verdaderamente acusatorio, no sólo debe darse entre las partes, sino también entre los jueces encargados de resolver. La discusión desde diferentes ángulos puede hacer brotar la verdad.
- Me detengo de nuevo aquí para reclamar el hecho de que de alguna forma se ha desvirtuado la confrontación en el procedimiento actualmente en vigencia; el juez constituido en el diseñador del juicio oral, procura racionalizar sobradamente la intervención de las partes, pregunta en exceso a los declarantes, sin dejar espacio al Fiscal y la Defensa para que formulen sus cuestiones desde el punto de vista que les interesa; evita las preguntas reiterantes, sin pensar que eventualmente al formularlas se pretende corroborar si efectivamente el testigo conoce lo declarado y no cae en contradicciones y concede poco tiempo para las conclusiones. Luego la deliberación, cuando efectivamente se realiza, ocupa poco tiempo, confiándose sobradamente en la corrección y capacidad de los jueces, que como seres humanos se equivocan con frecuencia. Todo ello atenta contra el contradictorio y en consecuencia contra una sana administración de justicia, que tiene en ese principio uno de sus pilares fundamentales. En este sentido el papel del juez deberá retomar su sentido.
- 12- Ubico aquí también la necesaria **protección del llamado derecho de audiencia y defensa** que se traduce en la posibilidad que debe dar el juez para el ejercicio de la defensa técnica efectiva, derivada del derecho de defensa. En Costa Rica, la sentencia 1739-92 de la Sala Constitucional al desarrollar el debido proceso, analiza dentro de los derechos de audiencia y defensa, en forma extensiva, el derecho de defensa en sí, el cual comprende: el derecho del imputado y su defensor de intervenir en el proceso y, particularmente, de hacerse oír por el juez, de traer al proceso toda prueba que consideren oportuna para respaldar su defensa, de controlar la actividad de la parte o partes contrarias, y de combatir sus argumentos y las pruebas de cargo. También comprende el derecho del reo a ser asistido por un traductor o interprete de su elección o gratuitamente proveído, así como por un defensor letrado, en su caso también proveído gratuitamente por el Estado -si lo estima necesario-, sin perjuicio de su opción para defenderse personalmente, opción esta última que el juez debe, no obstante, ponderar en beneficio de la defensa misma. Se incluye el derecho irrestricto a comunicarse privadamente con su defensor, con la sola excepción de la incomunicación legalmente decretada. Incluye, asimismo, la concesión del tiempo y medios razonablemente necesarios para una adecuada preparación de la defensa, lo cual debe necesariamente valorarse en cada caso atendida su complejidad, volumen, etc.; el acceso irrestricto a las pruebas de cargo y la posibilidad de combatirlas, particularmente repreguntando y tachando o recusando a testigos y peritos. Por supuesto que este derecho está íntimamente ligado con el derecho que tiene el acusado de conocer de qué se le acusa y cuáles son las pruebas que existen en su contra que, necesariamente, debe cumplirse a favor de cualquiera que se pretenda someter a un proceso.

13- Restan, por supuesto, más obligaciones que hacen parte del papel del juez en el proceso penal que las reformas han pretendido establecer. Sin embargo quiero concluir este resumen, y mencionar una fundamental para el proceso penal y es la obligación de una **necesaria y suficiente fundamentación** de la decisión. Incuestionablemente, todo el objetivo del proceso es producir un acto con consecuencias jurídicas positivas o negativas para las personas y tal acto en un sistema democrático no puede ser resultado del mero arbitrio sino de un ejercicio de la razón y de la argumentación racional y lógica. Pero tenemos que reconocer que, aun cuando queramos pensar lo contrario, nuestra conducta y decisiones no se rigen en muchos aspectos por este tipo de razonamientos. Sin embargo, como jueces, tenemos que aprender a reconocer y dejar de lado los posibles deseos, sentimientos, prejuicios y distorsiones que pueden hacernos tomar una decisión alejada del procedimiento racional. El juez, en general, y en particular el juez penal tiene un deber muy acentuado de no dejarse llevar por envanecimiento que conlleva el saberse poseedor de la suerte y a veces del destino de una persona.

IMPORTANCIA DE PONER ATENCIÓN AL JUEZ EN LA REFORMA. PROBLEMAS DETECTADOS

Este último punto me lleva al aspecto final que quiero plantearles y es relacionado con la necesidad de que los movimientos de la reforma procesal penal se dediquen, con especial énfasis, a redefinir el perfil del juez que se requiere para tener éxito. No sobra aquí recordar a Carnellutti, quien señalaba al seno de un cambio en el sistema de administración de justicia la importancia de prestar atención “primero a los hombres” pues este elemento condiciona la eficacia de los otros. Debemos promover en el nivel universitario una redefinición no solo del profesional en derecho sino del profesional en derecho, juez, de modo que sea allí mismo donde comience la selección de los mejores y más aptos funcionarios para esta labor.

El candidato a juez, de este modo, ha de adquirir plena conciencia del papel que asume en la sociedad y de que su legitimidad no resulta más que del apego que tenga a las normas y principios democráticos, pero aplicados en el día a día de su labor, porque no se encuentra en una torre de marfil –o, en expresión de la Suprema Corte Argentina, no es “un fugitivo de la realidad”- sino que forma parte de ella.

Esta faceta de la reforma había sido, de alguna manera relegada un poco y –debo confesarlo– ha sido uno de los temas a los que en los primeros años del cambio no prestamos mucha atención. Lamentablemente la realidad nos ha golpeado la cara como lo deja claramente expuesto el estudio sobre las reformas procesales penales realizado hace un tiempo por el Centro de Estudios en Justicia para las Américas que nos señala que: “entre los principales problemas detectados en este estudio el presente trabajo se concentra fundamentalmente en dos. En primer lugar, el desconocimiento sobre cómo hacer sustantivamente funcionar el nuevo sistema, lo cual dice de la relación con un problema de **definición de los distintos roles en el mismo**. La constitución de los nuevos roles y de sus respectivas metodologías de trabajo ha resultado difícil y los procesos de implementación han carecido en general de los impulsos y las energías necesarias para producir esos cambios de manera sistemática.”

Continúa señalando el estudio citado que es satisfactorio encontrar cómo las reformas planteadas se han traducido realmente en cambios efectivos en la forma en que se administra justicia y no se trata de un esfuerzo meramente cosméticos o que, como en otros campos fueron absorbidos y minimizados por el sistema tradicional. Agrega que en el caso de la reforma procesal penal se ha logrado asentar la realización de verdaderos juicios orales, con un debate entre las partes.

Sin embargo, señala el citado estudio, en los nuevos sistemas procesales penales más complejos existe la necesidad de una mayor interacción de los diversos actores que no necesariamente persiguen los mismos objetivos. Se exigen definiciones muy claras y fuertes de los diversos roles y ello requiere

aprenderse. Concluye el estudio que “un primer conjunto de debilidades de los procesos de reforma se encuentra precisamente en esta área. La constitución de los nuevos roles y de sus respectivas metodologías de trabajo ha resultado difícil y los procesos de implantación, en general, han carecido de los impulsos y las energías necesarias para producir esos cambios de manera sistemática. Estos problemas son observables respecto de todas las instituciones involucradas y operan en diversos niveles de su actuación.”

En nuestro país, lamentablemente, hemos sufrido de alguna forma esta falta de definición de los papeles apropiados para cada una de las partes del proceso penal. En 1998, el salto que se pretendió dar fue hacia el rescate de la víctima, la desaparición del juez inquisidor, el respeto a la libertad de las personas, la facilitación de la defensa en juicio, junto con la oralidad plena. Estos son sólo algunos de los temas apremiantes para actualizar nuestro sistema, a los que ahora se presentan otros ya más concretos que la práctica judicial y el deterioro social han puesto de relieve. Sin embargo, debemos cuestionarnos con más detalle las razones por las que aún no utilizamos en mayor medida la oralidad en las etapas iniciales del proceso. Yo estoy seguro que una audiencia oral para discutir la procedencia o no de la prisión preventiva, conllevaría a un mayor acierto sobre su oportunidad para el caso, por acercar al juez a la persona del imputado y a la mejor apreciación de las razones justificadoras de la prisión preventiva.

También, he dicho sobre este tema que, lastimosamente, muchos institutos no han funcionado como se esperaba, en muchos casos, por un problema humano más que de diseño y que ameritan correcciones importantes como lo es el perfil del juez de etapa intermedia, cuya intervención siento que ha quedado a deber en el conjunto del sistema. El incumplimiento de deberes de jueces, fiscales y defensores en los fines de esta etapa del proceso, obliga a que nos replanteemos la forma en que legislativamente está estructurada, si cumple o no con los cometidos para los que fue dispuesta, si la práctica la ha desdibujado y si aporta algo a los fines del proceso.

CONCLUSIÓN

La función del juez en una democracia, sistema en el que actúa como garante de los derechos de los ciudadanos, no resulta fácil pues debe tener la prudencia de no comprometerse con la tesis de una de las partes involucradas en el conflicto, pero al propio tiempo debe tener la habilidad de dirigir el contradictorio con absoluto respeto de los derechos de esas partes y permitir que fluya la verdad de lo acontecido. La garantía de los derechos de los ciudadanos demanda independencia funcional y compromiso de la judicatura.

Esta nueva visualización de la función del juez, conlleva un nuevo perfil de este funcionario quien debe ser consciente de su alto valor para el funcionamiento del sistema, teniendo al sistema de administración de justicia como un servicio público que debe ser prestado con alta calidad.

En materia penal reviste especial importancia la formación de este nuevo juez, para que sea consciente de los roles que debe desempeñar en las diferentes etapas del proceso.

La oralidad como base del sistema procesal ha demostrado tener mayores aptitudes que la escritura para posibilitar ese cambio de la judicatura. La presencia del juez en la recepción de la prueba, exigencia propia de los sistemas orales. La imposibilidad de delegar el dictado de la resolución en un subordinado. La agilización que le imprime a la actividad procesal; el involucramiento del juez en el desarrollo del contradictorio son sólo algunas de las ventajas del sistema oral respecto del escrito, sin menoscabo de la importancia de pasar de sistemas inquisitivos a adversariales.

Estoy seguro que la justicia latinoamericana sabrá enfrentar el reto que conlleva el superar los moldes inquisitivos en que ha vivido desde el descubrimiento de nuestro continente, para construir los que le exige la democracia, el sistema de gobierno por el que ha optado.

2. LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR Y EL MINISTERIO PÚBLICO: ASPIRACIONES Y PARADOJAS

FERNANDO CRUZ CASTRO, Profesor de la
Universidad de Costa Rica, y Magistrado de la Sala
Constitucional de Costa Rica

Sumario. I. Funciones del Ministerio Público y el fortalecimiento de la sociedad democrática. II. La investigación preliminar del Ministerio Público y la desaparición del Juez de Instrucción. La separación de las potestades persecutorias y de juzgamiento: a. El origen histórico del juez de instrucción. La vigencia del inquisidor y de la ideología autoritaria. b. El juez de instrucción y la debilidad de la garantía de imparcialidad. c. La rigidez e ineficacia de la investigación jurisdiccional. d. La investigación preliminar del fiscal fortalece los principios de oralidad y el de justicia pronta y cumplida. III. La definición de las políticas de persecución. IV. La investigación fiscal preparatoria. Sus características fundamentales. V. Límites temporales a la investigación y a la duración del proceso. Criterios cualitativos en la determinación del plazo de investigación. VI. Relaciones con la policía. La dirección funcional. VII. La desnaturalización de la audiencia preliminar y la evaluación crítica de la investigación preparatoria. Debilidades y correctivos. VIII. Los condicionantes de la Fiscalía frente a los delitos ejecutados desde el poder. Las limitaciones estructurales. IX. Pocos recursos para investigar las diversas formas de crimen organizado, especialmente la corrupción. X. El control político como respuesta paralela frente a los abusos de poder y el enriquecimiento ilícito. XI. La asimetría estructural en la persecución y el principio de igualdad. Venciendo la discriminación. XII. Derechos fundamentales y la reducción de la impunidad. XIII. La vulnerabilidad política de la Fiscalía.

I. FUNCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO Y EL FORTALECIMIENTO DE LA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA

En el contexto de una sociedad democrática, la fiscalía tiene una función trascendental. Como promotor de justicia debe tener una vocación constitucional en relación a las acciones de amparo y de inconstitucionalidad. Debe evaluarse si la fiscalía tiene la solidez institucional y la independencia política para emprender acciones judiciales que promuevan la vigencia efectiva de los derechos fundamentales. La misión del ministerio público no sólo abarca la dimensión penal, sino que debe, además, promover, con amplitud, la justicia y los derechos fundamentales. Este no es un tema irrelevante, porque la promoción de los derechos individuales se convierte, por propia definición y por sus efectos prácticos, en factor que modera y racionaliza el ejercicio del poder. En los sistemas políticos latinoamericanos, de orientación presidencialista, en el que la acción de los partidos políticos tienden a las acciones anómicas, existe una peligrosa e inconveniente concentración de poder. ¿Puede ejercer plenamente el ministerio público su misión de promotor de justicia, en el sentido más amplio, si el sistema político propicia una concentración excesiva de poder? No dudo que pueden existir algunas manifestaciones de ingobernabilidad, pero el sistema presidencialista que vivimos, con partidos políticos que ejercen funciones públicas sin el control que se requiere, con instituciones descentralizadas bajo la tutela del poder ejecutivo, configura un aparato de poder, a secas, cuya visibilidad es muy deficiente. En un estado democrático de derecho, el poder debe ejercerse con la mayor transparencia posible, con mecanismos de control y de contención

para todas las instancias de gobierno. Se debe hacer una radiografía del poder que se ejerce en los países de la región, para identificar los nervios del poder real, cuyo alcance y contenido no tiene mucha relación con las divisiones formales que contiene la Constitución.

En nuestros Estados, dicho en términos generales, ¿cuáles son los verdaderos nervios del poder, quién gobierna nuestros países? Quién gobierna en los diversos países. Porque hablar del Estado de derecho, de la democracia, sin saber, sin tener una idea exacta, del poder real que ejerce la élite del poder, de los verdaderos protagonistas que definen la orientación política del Estado, puede convertirse en un ejercicio formal, que ignora los límites infranqueables que enfrentan instituciones como el ministerio público.

Planteo como supuesto fundamental que el contexto de un ministerio público que esté más cercano a la promoción de la justicia debe ser un régimen semi-parlamentario, con partidos políticos que funcionen con una estructura jurídica y política que permita ubicar mejor las instancias efectivas de poder e influencia.

No importa dónde se ubique institucionalmente el fiscal general. En muchas ocasiones no es ni fiscal, ni general de mucho, probablemente sabrá que tiene un poder muy acotado, limitado por los poderes fácticos, por los reales, por los formales, por los policiales, por los militares, en fin, por muchos centros de poder, visibles y sumergidos, que se ejercen y que asfixian la democracia y el Estado social de derecho.

Digamos que ésta es la macro visión del contexto de la estructura de poder que debe rodear a un ministerio público, no sólo como acusador penal, sino como actor que cumple una importante misión en la defensa de los derechos fundamentales. Que ésta es, al fin y al cabo su misión política más trascendental. Empero, respecto de Latinoamérica, es importante plantearse el alcance, el contenido y los límites de una verdadera procuraduría de justicia, que arrastra el estigma de ser el abogado del Estado, que en un sistema presidencialista como el que predomina en la región, es como decir, el abogado del Presidente.

Dentro de esta vocación constitucional, el ministerio público debería oponerse a las leyes que lesionan derechos fundamentales, señalar su crítica a la perversión del sistema penal que, en muchas ocasiones, resulta ser la respuesta “más cómoda y engañosa” frente a problemas sociales tan graves como la pobreza y la marginalización. ¿Tendrá capacidad para hacerlo? ¿Podrá la fiscalía plantear acciones de inconstitucionalidad por la existencia de delitos inexcusables o por la criminalización de actos que reprimen el ejercicio de derechos fundamentales? Estos interrogantes son difíciles de responder, en una atmósfera internacional en que todo parece resolverse por la fuerza, la guerra preventiva, el libre comercio de los países más ricos, la tortura del enemigo o la invisibilización de los sospechosos. Estos interrogantes señalan los condicionantes políticos de una fiscalía que debe hacer algo más que encarcelar a pobres y marginados.

Dejando atrás este vistazo sobre la maquinaria real del poder, no es posible detenerse a examinar el tema del Estado social, porque es un reto que daría espacio para muchos argumentos e interrogantes, especialmente en horas en que parece que no es importante el Estado social, sino el Estado privado de derecho, ese mundo en que la ley de oferta y demanda, resolverá los desequilibrios. Es interesante evocar a las famosas leyes del mercado, porque la realidad demuestra que, en muchas ocasiones, no existe el reinado del consumidor. Esta es una referencia contextual que no se puede examinar en este breve ensayo, pues es un concepto que respecto del ministerio público no tiene un efecto inmediato, sin ignorar, por supuesto, que en la creación de poderes fácticos y poco transparentes, el tema de la privatización y reducción del tamaño del Estado tiene especial trascendencia. Por el momento, el ministerio público parece estar a salvo de la privatización, pero bien podría ser que en alguna investigación del INCAE o de alguna Universidad de “Chicago”, se pueda plantear esta posibilidad en la búsqueda permanente de la racionalidad capitalista y quizás dentro de treinta años, hablemos de las políticas de persecución de la empresa Castigo S. A.

II. LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR DEL MINISTERIO PÚBLICO Y LA DESAPARICIÓN DEL JUEZ DE INSTRUCCIÓN. LA SEPARACIÓN DE LAS POTESTADES PERSECUTORIAS Y DE JUZGAMIENTO

La investigación preliminar a cargo del ministerio público, es una de las modificaciones más importantes que se introduce en la reforma del procedimiento penal latinoamericano, desapareciendo el rol tradicional que había venido cumpliendo el juez de instrucción.

Con estas transformaciones en la investigación preliminar no se excluye el control jurisdiccional en la instrucción, sino más bien, se busca su fortalecimiento, puesto que el juez no estará comprometido, de ninguna manera, con la investigación. Su misión se circunscribirá, exclusivamente, a garantizar el respeto a los derechos del acusado, impidiendo cualquier exceso del ente encargado de la investigación. Las reformas procesales más recientes realizadas en Europa, han incorporado plenamente los objetivos que se han comentado, tal como ha ocurrido con la Ordenanza Procesal Alemana, el nuevo Código Procesal italiano (1989), el Código Procesal portugués. Esta variación tan importante también se ha introducido en los últimos diez años en los modelos procesales de Guatemala, Honduras, Bolivia, República Dominicana, Nicaragua, Venezuela y varias provincias de la Argentina. Los ejemplos de derecho comparado que se han citado constituyen un excelente punto de referencia para orientar las modificaciones que se proponen a la instrucción.

a-El origen histórico del juez de instrucción. La vigencia del inquisidor y de la ideología autoritaria.

En el modelo inquisitivo reformado o mixto, existe una inconveniente confusión entre las funciones de garantía que debe cumplir la autoridad judicial y las de investigación, asumiendo el juez de instrucción un rol que, en último término, es esencialmente contradictorio, ya que por una parte tiene el compromiso de ser eficaz en su investigación y, por la otra, debe autolimitar sus potestades para asegurar la vigencia de los derechos del acusado. El origen de esta insoluble contradicción es la consecuencia inevitable de un compromiso histórico que no logró incorporar totalmente el espíritu republicano al proceso, especialmente en la etapa de investigación. La figura del juez de instrucción propicia la supervivencia de los vicios que caracterizan al proceso inquisitivo (autoritario), porque como se ha dicho en muchas ocasiones: "...el buen inquisidor mata al buen juez o, por el contrario, el buen juez destierra al inquisidor...". Esto es, precisamente, lo que había sucedido al colocar la instrucción en manos de jueces inquisidores. Esta contradicción debe superarse, rescatando definitivamente el espíritu republicano que debe orientar el enjuiciamiento criminal en todas sus etapas y no sólo en el debate, como ocurre en el diseño teórico del sistema mixto. La supervivencia del juez de instrucción denota el compromiso entre el mantenimiento de la INQUISICIÓN y la resistencia a introducir las garantías del proceso acusatorio. Esta figura representa, junto al autoritarismo que orienta a la instrucción, la supervivencia del inquisidor.

Se deben separar las funciones a partir de la instrucción preliminar, atribuyéndole al ministerio público el poder requirente y de investigación, y a otro órgano separado, en este caso, los jueces, la función contralora sobre las actuaciones del ente acusador. Mediante esta separación y redefinición de la función acusadora y la jurisdiccional, se determina, claramente, que los representantes del ministerio público no tienen poderes decisorios, ni tienen capacidad para decretar, autónomamente, medidas que limiten, de alguna forma, derechos constitucionales fundamentales, (libertad, intimidad, recepción de pruebas irreproductibles, etc.) reservándose esta materia a una autoridad judicial que será la que mantendrá un control sobre la investigación, protegiendo los derechos del acusado, sin comprometerse

en la investigación del hecho denunciado. La definición sobre las potestades que son del órgano de la acusación y las que corresponden, constitucionalmente, a la autoridad judicial, es una determinación muy importante. Sin embargo, en algunas ocasiones, en los procesos de reforma del modelo procesal, existe el peligro que funciones jurisdiccionales las ejerza el ministerio público, tal como ocurre, por ejemplo, en la legislación panameña. Se requiere el diseño de un cuidadoso equilibrio entre los poderes de la fiscalía y los que corresponden a la jurisdicción.

Como muy bien lo señala el profesor Maier, "...la muerte de este personaje, el juez de instrucción, y del tipo de procedimiento que le es propio, está hoy decretada oficialmente. No sólo se trata de la necesidad de eficiencia en la preparación y ejercicio de la acción penal pública por parte de su órgano específico, el ministerio público, sino, además, de garantizar, también con eficiencia, los derechos básicos del perseguido penalmente y de las demás personas alcanzadas por el conflicto que se va dirimir..."

El juez de instrucción responde a la ideología autoritaria y a la concentración de poder que imperaba antes de la Revolución Francesa. Sin embargo, la supervivencia del inquisidor es una paradoja histórica que sólo se explica por las necesidades que impone el control social y el ejercicio autoritario del poder. Esta figura no tiene ninguna relación con la democratización del proceso penal que se pretendió introducir a partir de la Revolución Francesa. Es un resabio cuya vigencia demuestra los rasgos autoritarios que caracterizaron el proceso penal latinoamericano.

b- El juez de instrucción y la debilidad de la garantía de imparcialidad.

Como ya se mencionó, las facultades jurisdiccionales y de investigación que acumula el juez de instrucción, implica un gravísimo riesgo de confusión de poderes, lo que debilita, muy fácilmente, la imparcialidad que debe caracterizar la función jurisdiccional. El juez, según lo ha establecido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, debe representar el papel de un árbitro neutral y aparecer como tal a los ojos de todos. Esta imparcialidad, en su dimensión objetiva y subjetiva, se resquebraja notablemente en el juez de instrucción del proceso mixto o inquisitivo, porque la lógica misma de sus labores le imponen la obligación de investigar la inocencia o la culpabilidad de las personas cuyos derechos supuestamente tutela, utilizando, quizás con frecuencia, la amenaza de una medida cautelar con el fin de obtener una prueba que podría malograrse. La iniciativa en la investigación, la búsqueda oficiosa de la prueba, tal como la debía realizar el juez de instrucción, constituye, sin duda alguna, una lesión al principio de imparcialidad. Existe una incompatibilidad esencial entre la función que corresponde a la autoridad jurisdiccional en un proceso garantista y democrático y la que cumplía el juez de instrucción en el sistema mixto o inquisitivo reformado.

El régimen republicano ha introducido un importante principio como el de pesos y contrapesos, que cumple dos objetivos fundamentales: 1) que existan diferentes poderes en el Gobierno, 2) que para garantizar la libertad, el poder no se concentre en un punto. Este es un principio constitucional de organización que reclama su vigencia en todas las manifestaciones del poder y, con mayor razón, si se trata del *ius puniendi*. La concentración de funciones que asume el juez de instrucción contraviene el principio republicano de división de poderes. No puede desconocerse que existe, en la práctica, una arraigada tendencia a la policialización del proceso penal, lo que significa que, a pesar de la desaparición del juez investigador, la policía sigue concentrando los poderes de investigación en el proceso. El tema de las relaciones entre fiscalía, policía y judicatura, es una asignatura pendiente a la que nos referiremos en un apartado específico.

La investigación a cargo del Ministerio Público es una necesidad que exige el ejercicio razonable de las potestades públicas y la interdicción de la arbitrariedad. La construcción de un procedimiento penal republicano requiere que la autoridad judicial evite la ineludible parcialidad que tiñe su función al ser el guardián de sus propios actos.

c- La rigidez e ineficacia de la investigación jurisdiccional.

Otra de las serias desventajas del juez de instrucción, es que impone una rigidez estructural que lesiona seriamente la eficacia de la investigación, ya que no posee la flexibilidad para adaptar los recursos humanos y materiales, siempre insuficientes, a las necesidades y objetivos de cada investigación. La supervivencia de una autoridad judicial instructora, tal como la hemos conocido en el proceso penal latinoamericano, provoca graves disfuncionalidades a la investigación, tornándola ineficaz, especialmente en los delitos que ocasionan un daño social grave, cuyos autores, bien asesorados, utilizan las debilidades estructurales del proceso para lograr su impunidad. La persecución e investigación de los hechos delictivos requiere una dirección y estrategia unificada. Sin embargo, cuando la investigación está a cargo de un juez, es muy difícil desarrollar una política de persecución integrada, pues en cada circunscripción, cada una de los jueces encargados de la investigación, en virtud de la independencia que garantiza el ejercicio de su función, desarrollará una política y una estrategia de investigación diferente. Esta atomización impide el desarrollo de una visión integral de la política de investigación y de persecución. La ineficacia en la persecución se comprueba fácilmente al analizar las sentencias condenatorias que dictan los tribunales, evidenciándose que en la mayoría de los casos las penas impuestas son de poca trascendencia, lo que indica que el mayor compromiso del aparato de persecución penal se concentra en el enjuiciamiento de las conductas que no afectan bienes jurídicos trascendentales. Las funciones de investigación que realizó el juez de instrucción en la mayor parte de los países en los que imperó el modelo mixto, evidencia otra grave desviación, ya que, por una parte, el fiscal debe fundar su acusación en pruebas que no ha recabado directamente, careciendo, además, del poder para imponer a la autoridad judicial la recepción de las probanzas que estime pertinentes. Estas disfunciones reflejan una absurda inversión de roles. Por una parte el representante del ente acusador controla la investigación del órgano jurisdiccional y por la otra, la autoridad judicial, asume una función que interesa, primordialmente, al ministerio público. Esta desnaturalización de los roles del juez y del acusador pervierten los fines de la investigación y la función constitucional del proceso, convirtiéndose más bien en un eficaz pretexto para la impunidad o para una injusta e innecesaria intervención de la persecución penal estatal.

d-La investigación preliminar del fiscal fortalece los principios de oralidad y el de justicia pronta y cumplida.

En virtud del carácter escrito de la etapa de investigación que desarrolla el juez de instrucción, se produce, como en todo sistema escrito, una inevitable delegación de funciones que lesiona, sin duda alguna, garantías fundamentales del debido proceso legal, ya que la mayor parte de las pruebas o actuaciones realizadas, formalmente, por el juez de instrucción se incorporan al debate mediante lectura. Esta práctica lesiona los principios básicos de oralidad e inmediación. La investigación jurisdiccionalizada también debilita sensiblemente el juicio oral porque, en la práctica judicial, tal como se comprobó en Italia, el debate se ha convertido en una especie de simulacro, "...una verificación puramente formal de los elementos recogidos durante la instrucción. La única misión del juez de los juicios orales consistía, en realidad, en establecer que durante estos juicios no había surgido algún hecho que pudiera anular las pruebas presentadas...". Esta grave deficiencia se corrige al asignarle la investigación preliminar al fiscal, quien debe recabar ágil e informalmente los detalles del hecho, así como las pruebas que acreditan la acusación, reconociendo, además, como principio básico, que ninguna de las actuaciones o diligencias realizadas durante la investigación preliminar pueden darle fundamento a un fallo condenatorio, salvo que se trate de probanzas que no puedan reproducirse en el debate, como las escuchas telefónicas y los registros, o que se hayan evacuado conforme a las reglas del juicio oral. Se supone que el juez del debate

tiene muy poco conocimiento de lo ocurrido en las etapas precedentes, por esta razón la audiencia oral adquiere mayor trascendencia y complejidad, lo que requiere la introducción de soluciones alternativas que disminuyan el número de asuntos que deben resolverse en una audiencia oral y pública, tal como se ha hecho en la reforma italiana, guatemalteca, boliviana y costarricense.

Todas las modificaciones señaladas fortalecen sustancialmente la vigencia real del principio de oralidad e inmediación.

La investigación del fiscal también disminuye sustancialmente la retardación de justicia, porque el representante del ministerio público no requiere que su indagación preliminar siga un procedimiento formal estricto, como ocurre con la investigación que realiza el juez de instrucción, en la que fácilmente se comprueba una progresiva y sostenida tendencia hacia un aumento de la duración media de la etapa de instrucción. El representante del ministerio público lo único que requiere es identificar y conocer la prueba que respalda su acusación. No necesita reproducir tales pruebas ante una autoridad jurisdiccional con audiencia a todas las partes, sólo debe conocerlas y analizarlas, valorando, cuando lo estime conveniente, si procede o no solicitar la audiencia preliminar para discutir la acusación. Es indudable que la supresión de una etapa procesal tan formal, escrita y discontinua como la que cumple el juez de instrucción en el procedimiento mixto, agiliza el procedimiento y reduce la duración del proceso, aunque los jueces deben siempre tomar, en cada caso, las previsiones que permitan al acusado y su defensor, disponer del tiempo y las facilidades necesarias para la preparación de su defensa. Empero, no puede desconocerse que la arraigada cultura judicial que genera el juicio escrito y su aliado más poderoso, el procedimentalismo, conspiran contra la pretensión que la investigación preliminar sea ágil e informal, convirtiendo la etapa intermedia y con mayor razón, el debate, en la etapa crucial y central del proceso; la práctica judicial, la actitud de los abogados, de los jueces y de los fiscales, pretenden cargar de formalidades la investigación y debilitar la trascendencia del debate, trastrocando los objetivos constitucionales del proceso penal.

III. LA DEFINICIÓN DE LAS POLÍTICAS DE PERSECUCIÓN

Aunque parece que la política de persecución se define mediante la aplicación del principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal, que impone la obligación ineludible de ejercerla en todos los delitos de acción pública, en la práctica, por diversos motivos, el nuevo modelo de enjuiciamiento criminal latinoamericano le atribuye al jerarca del órgano de la acusación, la determinación de las prioridades y objetivos de la política de persecución de los hechos delictivos, pues cuenta con recursos limitados y las actividades ilícitas rebasan la capacidad de respuesta de cualquier sistema punitivo. Esta es una función novedosa que asume el ministerio público mediante la determinación de los criterios de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, así como los parámetros que definen la admisibilidad del juicio abreviado. La definición de la política de persecución suponen una inevitable selección de los medios y de los hechos que pueden investigarse. La determinación de las políticas de persecución le corresponde al fiscal general, quien deberá establecer las prioridades, estrategias, así como la distribución de las funciones de los representantes del ente acusador. La distribución de funciones permite al fiscal general organizar equipos de investigación, designando a un fiscal director que será el responsable del trabajo y que podrá impartir instrucciones a sus compañeros. Estos equipos de investigación supone una variación importante en la metodología de trabajo que ha imperado en el sistema de trabajo policial y judicial. Deben constituirse grupos de investigación integrados por diversos especialistas que cuenten con un respaldo tecnológico satisfactorio. Estos grupos deben tener una organización que les permita articular alianzas con otras agencias de investigación nacionales e internacionales, así como asociaciones de la sociedad civil que protejan intereses difusos, que proporcionen información útil en la investigación de las acciones criminales.

La política de persecución, especialmente al aplicar el principio de oportunidad, debe ajustarse a las exigencias de garantías tan importantes como el de igualdad, legalidad y fortalecimiento de los derechos individuales. A propósito de este último aspecto, en la jurisprudencia norteamericana, especialmente en los casos *Blackledge vrs. Perry* (1974); *vrs. Hayes* (1978); *United States vrs. Goodwin* (1982), se estableció que una persecución es vindicativa, si el fiscal utiliza la decisión de iniciar la persecución para castigar a quien ejerce o pretende ejercer sus derechos constitucionales o legales. La aplicación de este criterio, se ha restringido notablemente, especialmente a partir del caso *Goodwin*. La posibilidad de lograr que una acción de la Fiscalía, se catalogue como una persecución vindicativa, generalmente depende de la voluntad del fiscal, al admitir ante el tribunal, sus motivos ilegítimos.

IV. LA INVESTIGACIÓN FISCAL PREPARATORIA. SUS CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTALES

1- Finalidad y naturaleza de la investigación

La finalidad de la investigación preliminar es muy simple: determinar si existe base probatoria y jurídica para plantear una acusación, cuyo contenido debe discutirse y resolver en el debate. Para cumplir este objetivo, no se requiere una investigación compleja y formal, basta que el fiscal instructor recolecte los elementos de prueba que le den fundamento a la acusación. La indagación preliminar debe ser ágil e informal, ya que en el modelo predominantemente acusatorio, se reconoce, como principio, que las diligencias realizadas en la investigación fiscal preparatoria, no tienen ningún valor probatorio para fundar un fallo condenatorio, salvo en los casos en que el testimonio se haya recibido conforme a las reglas que autorizan su anticipo o que, expresamente, se autorice su incorporación por lectura. En la práctica forense costarricense, algunos tribunales le han dado valor a las actas en las que un notario recibe la declaración de una persona que se refiere a lo que le consta sobre un hecho delictivo. Estas actuaciones no tienen ningún valor probatorio, porque sería ilógico negárselo a las actas de la policía y de la fiscalía respecto de las declaraciones de testigos, pero admitir, al mismo tiempo, que lo que exprese una persona sobre un ilícito penal, ante un notario, que no es autoridad judicial, sí tiene valor probatorio. Por otra parte, dentro de las funciones notariales no pueden incluirse las declaraciones testimoniales, porque esa no es una competencia de quienes ejercen tales funciones. Los abogados defensores deben presentar una descripción sobre lo que conoce el testigo que proponen, pero esa referencia no requiere ninguna formalidad, pues el valor probatorio de dicha declaración se producirá hasta que el testigo propuesto declare en el debate, en caso que se haya admitido como prueba en la audiencia preliminar. En principio, como regla, salvo el caso del anticipo jurisdiccional de prueba, en la etapa preliminar, el fiscal prepara su acusación y el imputado y su defensor hacen lo mismo, aunque en una condición privilegiada, pues como bien se sabe, la carga de la prueba corresponde al representante estatal o al querellante.

Es importante resaltar que el equilibrio entre los sujetos intervinientes que exige el proceso, requiere que los fiscales no realicen actos propiamente jurisdiccionales y los jueces, salvo las excepciones expresamente previstas, no puedan realizar actos de investigación. Estas reglas pretenden, evidentemente, fortalecer la separación entre la función de la acusación y la de juzgamiento, impidiendo que los actos del fiscal tengan trascendencia probatoria, invadiendo así funciones jurisdiccionales y lesionando, además, los principios de oralidad, inmediación y contradicción, que es el instrumento constitucional que legitima la recepción de la prueba. De igual forma, el órgano jurisdiccional no debe ejercer potestades propias del órgano de la acusación, que se produce cuando el juez señala que una persona puede ser responsable de un hecho delictivo, sin que el ministerio público haya ejercido su potestad requirente. Este exceso también puede ocurrir cuando el órgano jurisdiccional, ignorando la aplicación de un criterio de oportunidad,

presume que aunque así lo haya resuelto el ministerio público, subsiste la posible responsabilidad penal para el sujeto beneficiado con la aplicación de alguna de las hipótesis que justifican la exclusión de la potestad requirente.

Los fiscales pueden realizar todas las diligencias y actuaciones de investigación que no requieran autorización judicial o que no correspondan, exclusivamente, a los jueces. Pueden exigir informes a cualquier funcionario público, quien deberán colaborar con la investigación.

En el proceso acusatorio el fiscal tiene muchas opciones, especialmente la aplicación del principio de oportunidad, la posibilidad de simplificar el proceso mediante el juicio abreviado o la aplicación de soluciones alternativas. Todas estas opciones que tiene el Fiscal, demuestran que no es un acusador a ultranza, sino que debe valorar con detenimiento el ejercicio de la potestad acusatoria, absteniéndose de hacerlo en los casos en los que conforme a la ley, su ejercicio se puede sustituir por otras medidas. En este punto el Ministerio Público puede ejercer una importante función racionalizadora de la actividad requirente.

2- Anticipo de prueba

Esta es una medida que fortalece, notablemente, la efectiva vigencia del principio de oralidad e intermediación. De esta forma el imputado sí podrá interrogar y cuestionar directamente a los testigos de cargo, según lo establece apartado f- del artículo 8-2 del Pacto de San José.

El fiscal encargado de la investigación debe valorar muy bien los casos en que procede el anticipo de prueba, porque no puede convertir esta diligencia en regla, sin olvidar, que si no la solicita en un caso en que debió hacerlo, el error puede significar la absolución de una persona que en condiciones normales habría sido condenada. Según lo que se establece en el derecho comparado el anticipo de prueba procede en los siguientes casos:

- a- Cuando se trate de actos definitivos e irreproductibles.
- b- Cuando sean actos que afecten derechos fundamentales.
- c- Respecto a los testigos que, por un obstáculo difícil de superar, se presume que no podrá declarar en el debate. Las posibles amenazas o el soborno, deben considerarse como obstáculos que podrían impedir que la persona rinda su testimonio en el debate. Son casos en los que existe el grave peligro de contaminación de la prueba. En el caso de la criminalidad no convencional o crimen organizado, se debe introducir una reforma que permita anticipar la prueba testimonial en todos estos casos. El acoso y la amenaza de los testigos es una acción inevitable en este tipo de criminalidad. Por esta razón se debería autorizar el anticipo jurisdiccional de la prueba cuando se investigan acciones vinculadas con la criminalidad no convencional, sin esperar que se produzcan las acciones extorsivas contra estas personas. Esta reforma debe integrarse dentro de un plan de protección de testigos; es quizás una pretensión muy ambiciosa, porque el apoyo que pueden brindar las autoridades de seguridad, es casi inexistente, pues las limitaciones económicas y de recursos humanos que enfrenta el estado costarricense, son dramáticas y lamentables.
- d- Las personas que deban declarar en un asunto cuya complejidad propicie la posibilidad que el testigo pueda olvidar circunstancias esenciales sobre el hecho. No puede ignorarse los casos de extrema urgencia o cuando se ignore quién podría ser el imputado, se admite que el representante del ministerio público pueda solicitar la aplicación de un procedimiento menos formal para la recepción de prueba cuyo anticipo se estima decisivo. Este es un caso en que es evidente la tensión entre las garantías del debido proceso y la eficacia de la represión punitiva. En esta tensión se requiere una solución equilibrada, razonable y proporcional.

V. LÍMITES TEMPORALES A LA INVESTIGACIÓN Y A LA DURACIÓN DEL PROCESO. CRITERIOS CUALITATIVOS EN LA DETERMINACIÓN DEL PLAZO DE INVESTIGACIÓN

Conforme al principio de justicia pronta y cumplida, la duración del proceso requiere la determinación de un límite temporal, lo que incluye, por supuesto, la fijación de un plazo a la investigación preliminar de la fiscalía. En el caso de Costa Rica no se optó por la determinación, en abstracto, de un plazo de duración de ninguna de las etapas del proceso, sino que se optó por la valoración casuística del plazo razonable de duración, según las características de cada caso. El artículo 171 del Código Procesal Penal de Costa Rica impone al ministerio público la obligación de concluir la investigación preparatoria dentro de un plazo razonable. Se desechó la fijación de un plazo un plazo fijo, como se ha hecho en el Código Procesal Penal de Bolivia, sino que se introdujo una fórmula flexible que permite a la autoridad judicial determinar, conforme a las características objetivas del caso y la propia actividad de los sujetos intervinientes, el plazo específico en que debe concluir el enjuiciamiento. Si el imputado estima que la investigación se ha prolongado indebidamente, puede plantear un incidente ante el tribunal del procedimiento preparatorio para que se fije un límite temporal máximo en el que deberá concluirse la investigación. Se trata de una queja que le da vigencia efectiva a la garantía de celeridad en el desarrollo del proceso. Debe destacarse que los abogados defensores utilizan muy poco este incidente. Es probable que consideren que tal incidencia es una llamada de atención al órgano de la acusación que provocará una investigación más eficiente.

El incumplimiento del plazo perentorio señalado por el juez para el caso concreto, según la legislación costarricense, puede provocar la extinción de la acción penal. Se trata de una caducidad. La prescripción de la acción penal es la sanción más efectiva frente a la injustificada prolongación del proceso, tal como se establece en el ordenamiento procesal costarricense. Se trata de un eficaz correctivo para la endémica retardación de justicia. Además de este control, se prevé un procedimiento específico que permite a los interesados plantear su queja por el incumplimiento del principio de celeridad.

VI. RELACIONES CON LA POLICÍA. LA DIRECCIÓN FUNCIONAL

El ministerio público es el puente que une la acción policial con la función jurisdiccional. Esta relación se define claramente cuando el ente acusador asume la investigación preparatoria, porque en el modelo de investigación jurisdiccional, esta conexión se articula, en la práctica, entre la autoridad jurisdiccional y los agentes policiales, debilitándose, notablemente, el papel que teóricamente le corresponde a los representantes del ente acusador. Las labores de investigación criminal no puede supervisarlas la autoridad jurisdiccional, como ha ocurrido, en términos generales, en el modelo mixto o inquisitivo reformado. El juez de instrucción se convierte en un instrumento que reproduce y legitima, sin mayor disidencia, las actuaciones policiales. Tampoco es conveniente que la investigación criminal la realice una policía que actúa bajo el control del Poder Ejecutivo, mientras que los representantes del ministerio público o los jueces de instrucción reproducen ritualmente las diligencias policiales, sin ejercer realmente sus funciones de investigación. Para corregir estas deficiencias, se requiere, entre otras medidas, que las diligencias de investigación preparatoria las dirija el ministerio público, sometiendo la policía al poder de instrucción único del fiscal. De esta forma, las indagaciones preliminares se desarrollarían conforme a las directrices que señale el fiscal, que es, casualmente, lo que se ha hecho en la reforma del proceso penal guatemalteco y boliviano. Debe destacarse que en una investigación sobre la vigencia efectiva del modelo de enjuiciamiento en Bolivia, se estableció que los fiscales no ejercen, plenamente, la dirección funcional que prevé el artículo 297 del Código de Procedimientos Penales

boliviano, comprobándose, en algunos casos, que los Fiscales firmaban las actuaciones sin que hubiesen participado en ellas, convirtiéndose en un legitimador formal de tales actuaciones. Esta distorsión se pretendió evitar en la reforma del proceso penal costarricense en 1975, pero que no se pudo llevar a la práctica a causa de las distorsiones que provocaba la intervención del juez de instrucción.

El contenido de la dirección funcional supone siempre un plan de investigación en el que el fiscal y los investigadores se integren en un equipo de trabajo, admitiendo, por supuesto, que la última definición la posee el fiscal, sin embargo, éste deberá siempre tomar en cuenta el conocimiento y experiencia de los investigadores policiales. La dirección funcional supone el cumplimiento de las siguientes atribuciones:

- a- Determinación de las prioridades de investigación.
- b- Dirección operativa de la investigación, potestad que abarca no sólo la dirección funcional de casos particulares, sino que le permite a la fiscalía emitir instrucciones generales que se conviertan en guías de actuación policial en la investigación.
- c- Definición de las pruebas que requiere la acusación, conforme a criterios constitucionales y estratégicos, según el caso.
- d- Evaluación de las labores de investigación, con el propósito de sugerir las transformaciones que permitan a la policía judicial mejorar su eficiencia.

Algunas de las características citadas, se definen muy bien en el artículo 297 del Código Procesal Penal boliviano, cuyo epígrafe se refiere, casualmente, a la dirección funcional.

- e- Deber de informar: Los agentes de la policía judicial que tengan noticia de un delito de acción pública, deben informar, dentro del plazo más breve, sobre el hecho que están investigando. Esta misma regla se aplica cuando el fiscal les encomienda una investigación preventiva. Siempre los agentes policiales deberán actuar bajo la dirección y control del fiscal encargado de la investigación. Este deber de información es una obligación ineludible, pues es el presupuesto fundamental que exige la dirección funcional.

VII. LA DESNATURALIZACIÓN DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR Y LA EVALUACIÓN CRÍTICA DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA. DEBILIDADES Y CORRECTIVOS

La investigación preliminar o preparatoria, culmina con la etapa intermedia, que es sin duda alguna, el período crítico del proceso. Sin embargo, en la práctica, esta fase procesal no cumple la función a la que está destinada, situación que puede propiciar una prolongación innecesaria del enjuiciamiento o una deformación del debate oral y público. La investigación preliminar debe ser sometida a un examen cuidadoso durante la etapa intermedia. Este período del proceso se visualiza muy bien mediante la expresión de Fenech, quien afirma que el juicio a la acusación es un período bifronte, que por una parte mira hacia la etapa la investigación preliminar y por la otra, visualiza el juicio oral, definiendo si la conclusión de la fase de investigación justifica el avance hacia el debate, admitiendo que la bifrontalidad es sólo conceptual. La evaluación crítica de la acusación y de la prueba que la sustenta, debe cumplirse rigurosamente. Sin embargo, en la práctica forense, es posible que ni el juez, ni el abogado defensor, cuestionen ninguno de los aspectos mencionados. Se trivializa el enjuiciamiento y control de la acusación, situación que impide evaluar la eficacia y pertinencia de la investigación preliminar. Estas

disfunciones pueden conculcar garantías fundamentales como la presunción de inocencia, la justicia pronta y cumplida, así como la eficacia de la potestad requirente. La devaluación de la etapa intermedia provoca la hipertrofia del debate y una perversión de las garantías que exige un juicio justo. La pasividad de las partes en la evaluación crítica de la acusación y de las pruebas, así como la indiferencia respecto de la depuración de los vicios de la investigación, especialmente la prueba, podría reducirse, sensiblemente, si se aplica el principio de convalidación de todos los vicios que contenga el proceso, salvo quizás que la acusación sea absolutamente ininteligible, reservando la valoración de la actividad procesal defectuosa para la fase de impugnación de la sentencia, en cuyo caso debe referirse a vicios groseros y esenciales. La inercia y pasividad de las partes debe provocar el saneamiento implícito y transitorio de la actividad procesal defectuosa, reservando su corrección o análisis para la fase recursiva. Es decir, durante el debate no puede decretarse la nulidad o exclusión de pruebas o actos que se evaluaron y se admitieron en la etapa intermedia. Existe una vinculación entre la audiencia preliminar y el debate, de manera que lo resuelto en la primera tiene un efecto preclusivo respecto de lo que puede resolverse en la segunda. Si el objetivo de la fase intermedia consiste en la corrección o saneamiento formal y sustancial de los actos conclusivos de la investigación no tiene sentido que lo resuelto en la audiencia preliminar se valore, de nuevo, durante el debate. El principio de preclusión de la actividad procesal defectuosa y su saneamiento debe prevalecer frente a la pasividad maliciosa o negligente de las partes durante la audiencia preliminar, pues de lo contrario esta etapa difícilmente puede ser la fase crítica del proceso.

En la etapa intermedia la fiscalía asume la responsabilidad sobre la acusación, tanto en su contenido como en la prueba que la fundamenta. El juicio a la acusación cumple dos funciones fundamentales: 1- Tutela algunos derechos del encausado, convirtiéndose casi en una exigencia de orden constitucional, impidiendo acusaciones infundadas que propicien la “pena de banquillo”. ; 2- constituye una garantía de la eficacia de la persecución penal, conjurando el peligro de formular acusaciones infundadas en las que no existe una razonable probabilidad de dictar un fallo condenatorio. Se trata de una probabilidad que no es tan elevada como la que requiere un fallo condenatorio, ni tan débil como la que se exige para iniciar la investigación preliminar. Entre estos dos extremos se sitúa el punto en que se justifica la admisión del juicio de acusación. Se debe hacer un pronóstico sobre el desenlace probatorio de un eventual juicio.

El enjuiciamiento a la acusación permite plantear las objeciones fundamentales, tanto respecto del contenido y comprensión de la imputación, como de su fundamento probatorio, especialmente la inferencia entre la prueba y la hipótesis que contiene la acusación. La audiencia preliminar es el mejor escenario para hacer una evaluación del resultado de la investigación realizada por el órgano de la acusación. Conforme al principio de igualdad de armas, en este escenario debe precluir para las partes, acusadores y defensores, el ofrecimiento de pruebas y en caso que se pretenda evacuar en el debate evidencias o probanzas que no se propusieron en la etapa intermedia, debe existir un motivo razonable que justifique la imposibilidad de proponerla durante la audiencia preliminar, que en la mayor parte de los códigos se refiere a hechos o circunstancias nuevas que surgen en el debate y que requieren esclarecimiento. En cuanto a las nuevas pruebas que se ordenan durante el juicio oral y público, debe concederse un plazo para que el contrincante pueda investigarla, previamente, ofreciendo, incluso, evidencias que contradigan la que se propone, tal como acertadamente se hace en el Código Procesal Penal de Nicaragua. Si no se brinda este plazo de valoración e investigación previa y el tribunal la admite, sin mayores limitaciones, se lesionan los principios de igualdad de armas y de lealtad procesal. Para el juzgador debería existir una prohibición de ordenar, de oficio, una prueba, como lo prevé la legislación colombiana; la supervivencia de la prueba oficiosa, contraviene el principio de imparcialidad del juez, pues “[...] si el acusado se presume inocente y la carga de la prueba de la veracidad de los cargos imputados, más allá de la duda razonable, recae sobre el fiscal, es lógico entender que al juez no le corresponde interrumpir el juicio para llevar a cabo una nueva investigación o mejorar los elementos de

convicción de la condena, por lo que debe aplicar el principio del in dubio pro reo y absolver al sindicado. Dicho de otro modo, la limitación del intervencionismo judicial en materia probatoria en la etapa del juzgamiento supone una garantía, en especial, para el acusado. Por estas razones, es lógico concluir que la prohibición a los jueces de decretar pruebas dirigidas a investigar la veracidad de las acusaciones de la fiscalía, desarrolla el principio de imparcialidad judicial garantizado en la Constitución [...]”

No es posible que las partes tengan una libertad irrestricta de proponer medios de prueba después de la etapa intermedia o durante el debate. La fase intermedia resuelve no sólo la admisibilidad de la acusación, sino que define, además, su fundamento probatorio, sin que sea posible que las partes propongan nuevas pruebas, salvo las que se justifiquen en virtud de una información o hallazgo inesperado durante el debate, según se expuso. De igual forma, en la etapa crítica del proceso debiera resolverse, definitivamente, los vicios de la prueba y su ilicitud, sin que sea posible revisar tal decisión durante el debate; las objeciones que se mantengan respecto de la admisibilidad y pertinencia de las probanzas, sólo serán admisibles en la fase de impugnación.

VIII. LOS CONDICIONANTES DE LA FISCALÍA FRENTE A LOS DELITOS EJECUTADOS DESDE EL PODER. LAS LIMITACIONES ESTRUCTURALES

Examinando las capacidades reales de la fiscalía, debo reconocer que en el imaginario colectivo se asume que el ministerio público, tiene capacidad para darle respuesta a los delitos de enriquecimiento ilícito y, en general, las acciones criminales ejecutadas desde el poder. Es decir, se presume, como presupuesto incuestionable, que frente a la delincuencia no convencional, en el amplio sentido de la palabra, la fiscalía pueden realizar acciones eficaces de investigación. Pero no puede ignorarse que un delito que se ejecuta desde el poder, no es fácil de investigar y enjuiciar, especialmente cuando se trata de figuras políticas de alguna relevancia. Peor aún si los poderes se ejercen a través de partidos políticos de perfiles imprecisos y con muy pocos elementos de control. No puede desconocerse que los partidos políticos concentran poder, pero poseen, además, características del poder oculto, pues son organizaciones que se financian de manera confusa y difusa, especialmente durante los períodos electorales.

IX. POCOS RECURSOS PARA INVESTIGAR LAS DIVERSAS FORMAS DE CRIMEN ORGANIZADO, ESPECIALMENTE LA CORRUPCIÓN

¿Cuánta capacidad existe para que desde el ministerio público se investigue una modalidad de crimen organizado como es la corrupción, la explotación sexual comercial, el tráfico de influencias, la financiación ilegítima de campañas políticas o las mega contrataciones estatales? Este interrogante se está desarrollando ahora, pero las limitaciones en recursos humanos, en conocimientos y en recursos materiales, son importantes y no pueden minimizarse. Históricamente el ministerio público enfrenta graves limitaciones en la investigación de los delitos cometidos desde posiciones de poder, que no son siempre las formales, sino que abarca, también, las que se ejecutan desde aparatos de poder para-estatales, como son los partidos políticos. En este tipo de infracciones, en pocas ocasiones el ente acusador asume, con plenitud y eficacia, la investigación preliminar.

X. EL CONTROL POLÍTICO COMO RESPUESTA PARALELA FRENTE A LOS ABUSOS DE PODER Y EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

Pero no pueden apostarse todos los esfuerzos a la judicialización de la persecución de la delincuencia dorada o el crimen de poder, pues existe el peligro de caer en la coartada judicial, que

consiste en atrapar el tema en la persecución y enjuiciamiento judicial, debilitando e invisibilizando la eficacia que tiene el control político, que es el tinglado natural en el que debe dilucidarse y evaluarse cualquier manifestación del abuso de poder.

El sistema judicial, además de sus naturales, razonables e históricas limitaciones, no puede lidiar, en solitario, con una actividad de investigación y represión de delitos que se ejecutan al amparo de una estructura que controla los centros neurálgicos, quizás ocultos, como ocurre muchas veces, de poder. Jueces y fiscales, a pesar de su poder formal, nada despreciable, poco pueden hacer en la persecución e investigación de los infractores que controlan, sistemática y organizadamente, el aparato político. La ingenuidad en esta materia es el mejor aliado de la impunidad.

Desde el punto de vista político, el ministerio público debe cumplir su misión, pero sin ignorar sus limitaciones, lo que requiere la intervención de otras instancias, de naturaleza política, que deben ejercer, la difícil misión que corresponde al control político. Los abusos de poder, las desviaciones en su ejercicio, deben ser evaluados, predominantemente, mediante los variados instrumentos que brinda el control político, que exige, en todo caso, un juicio de reproche o de justificación.

Ni los jueces, ni los fiscales, tienen plena capacidad para lidiar con una discusión y polémica que estos procesos desencadenan. Se da la paradoja que son procesos judiciales, que inciden en el ejercicio del poder político y que tendrán, en alguna medida, tarde o temprano, una respuesta política, una polémica para lo que no están preparados ni les corresponde asumir, a jueces y fiscales. La función judicial no está preparada para entrar en una polémica a la que están acostumbrados quienes actúan en la arena política.

El papel de la fiscalía debe visualizarse con mayor modestia, sin devaluar su función. Deberá asegurar la vigencia de derechos fundamentales que pondrá a prueba la eficacia del sistema, pero no puede asumir la respuesta política, el control político inevitable, que debe originarse en los espacios en donde el poder, el enfrentamiento público, la dinámica de la controversia y el acceso a los ciudadanos, es una tarea cotidiana. En otras palabras, la fiscalía debe estar a la altura de las circunstancias, pero no puede sustituir, de ninguna manera, las funciones de control político que debe asumir, inevitablemente, la ciudadanía y con mayor razón, los partidos políticos, el Parlamento y los miembros del Poder Ejecutivo.

No puede ignorarse que las normas punitivas, tienen limitaciones, exigencias de legalidad que crean espacios que no son penalmente punibles, pero que sí lo pueden ser desde una perspectiva ética o moral. El propio proceso, con sus formalidades y su liturgia, deja muchos elementos de control al poder, que no pueden dilucidarse en la arena judicial, sino que deben enfrentarse y valorarse desde las instancias de control político de cara a la opinión pública.

XI. LA ASIMETRÍA ESTRUCTURAL EN LA PERSECUCIÓN Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD. VENCIENTO LA DISCRIMINACIÓN

El derecho penal no tiene ningún efecto mágico. La represión, a pesar de su espectacularidad, se aplica selectivamente, criminalizando al débil e inmunizando al poderoso. No se trata de condicionamiento de orden subjetivo, es un sesgo de orden estructural. Si vemos el derecho penal con sus limitaciones y miserias, quizás podamos ver mejor el futuro de estas leyes contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito. Al ministerio público le corresponde tratar de corregir la discriminación estructural que provoca el sistema penal. Es aquí en donde un principio tan sencillo como el de igualdad, sufre muchas variaciones y presiones.

XII. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA REDUCCIÓN DE LA IMPUNIDAD

Hay muchas limitaciones en el desarrollo de una política de persecución contra la gran criminalidad. Casos como el que refiere Vargas Llosa en relación con el enjuiciamiento de Luis Bedoya Vivanco, son

muy ilustrativos sobre las luces y sombras de la acción penal. En el sistema judicial peruano se atribuía a Bedoya Vivanco el hecho de haber recibido dinero, según se podía apreciar en los famosos “vladivideos”. Sin embargo, la instancia constitucional se planteó una pregunta escalofriante: ¿el dinero que repartía Montesinos provenía de fondos del Estado? Su respuesta fue negativa, porque no se podía tener certeza sobre tal extremo. Este es un tema complejo. Determinar de dónde provienen los fondos en el caso de los delitos de poder y crimen organizado es un reto grande, desde el punto de vista jurídico-constitucional, porque el abuso de poder se nutre de fondos ilegítimos, pero que no provienen, directamente, de recursos públicos. Pero surge otro interrogante: ¿qué ocurre si la persona que ejerce un poder informal no tiene una posición de poder oficial? Si asumimos una visión tradicional del poder, sólo se sancionaría el abuso que provenga del ejercicio de una potestad estatal formal. ¿Qué ocurre si el enriquecimiento se hace al amparo de un poder significativo, fáctico o cuasi-informal pero que no está vinculado con el ejercicio formal de funciones públicas? Estos cuestionamientos nos plantea la necesidad de asumir una visión amplia de los elementos que definen el ejercicio de la autoridad política efectiva. Quizás replantear con humildad las limitaciones de la acción represiva en estos fenómenos y crear otras vías de intervención, como el control político. Es decir, sin el control político, al ministerio público se le encomienda una misión perversa, vencer en todos los terrenos a los poderes ocultos, los que no son evidentes, los reales. El fracaso puede ser estrepitoso, porque en un Estado democrático de derecho debe quedar claro que el control político es el medio natural de control de los poderes fácticos. A la par del ministerio público, deben existir instrumentos de control político que no le atribuyan a la fiscalía una misión imposible. Es un tema fascinante porque tiene relación con la ética, la filosofía política y las ambiciones que motiva a los seres humanos, como bien decía Maquiavelo: Los deseos humanos son insaciables, pues la naturaleza humana desea y quiere todo[...] de aquí surge [...] una eterna insatisfacción [...]” El diseño de una política criminal y de una política de persecución que controle los deseos insaciables del ser humano, quizás es un objetivo que impone límites, visiones realistas y enfoques multidisciplinarios. A veces la política tiene sus propios instrumentos para resolver los temas y el derecho penal puede resultar un instrumento demasiado exigente e ineficaz.

XIII. LA VULNERABILIDAD POLÍTICA DE LA FISCALÍA

El ministerio público es muy vulnerable. Gravita sobre una sola persona, el fiscal general. Su designación es, en muchas ocasiones, el resultado de algunos compromisos. Este origen, que se puede calificar como su pecado original, asegura su eventual neutralización y “domesticación”. El órgano de la acusación enfrenta amenazas y vulnerabilidades. Siempre trae malas noticias porque, al fin y al cabo, el drama penal no significa ningún privilegio o progreso. En principio, si persigue a los sectores marginados, tiene pocos problemas. Diversos factores, entre ellos, los medios de comunicación, convierten la persecución penal en parte del espectáculo que permite a todos los sectores sociales, ubicar, en algún sitio, la maldad. La persecución de los sectores marginados nos permite a todos los grupos sociales, considerarnos muy correctos, muy buenos. Alguna persona socialmente desfavorecida asume la maldad y la personifica. Empero, los problemas más difíciles los enfrenta la fiscalía cuando debe perseguir los delitos de poder, la delincuencia dorada, el crimen organizado. En esos casos, enfrentará algo más que a un defensor. Ya no es un caso aislado, sino que confronta a organización política, a una organización delictiva, a una opinión pública que hoy le aplaude, pero mañana, por razones fundadas o no, juzga a la fiscalía con dureza e intolerancia. Si enfrenta a la delincuencia vinculada con el poder, se convierte en un enemigo político muy vulnerable. No cuenta con la base social y económica que tienen los grupos que se sienten perjudicados por una investigación o acusación. Las viejas lealtades y simpatías político partidistas se organizan para desprestigiar, criticar y descalificar a la cabeza visible de la Fiscalía, en este caso, el fiscal general. También se recurre a las amenazas, el acoso psicológico.

Ningún funcionario estatal está tan expuesto al desprestigio, la descalificación y el ostracismo político que puede sufrir el fiscal general, cuando se le ocurre investigar o indagar sobre las cifras doradas de la delincuencia. Estos casos tienen una trascendencia que supera la discusión en estrados judiciales. Al igual que se manejan las campañas políticas, también en estos megaprocursos en los que se cuestiona a personas de relevancia política, se podría aplicar la misma estrategia, pues resulta inevitable, en virtud de los juicios paralelos, que la defensa tenga dos vías: la judicial y la mediática. No es una campaña complicada, porque el funcionario cuestionado, no tiene la experiencia, los recursos y la agilidad que poseen quienes saben muy bien como tratar a un enemigo político, que en eso es lo que se convierte el fiscal que se le ocurre investigar los actos delictivos vinculados con el abuso de poder. El fiscal debe vencer todas las garantías que tutelan al imputado, investigar y probar el ilícito penal. Es una empresa compleja; por esta razón es muy vulnerable.

El control del poder no debería quedar circunscrito a la persecución penal, que siempre está condicionada por inevitables y saludables limitaciones, se requiere una intervención más eficaz del control político, según se expuso supra. La fiscalía no puede convertirse en la única respuesta contra el abuso de poder. En los casos de mayor trascendencia social y política, la fiscalía queda mal con un sector político, si acusa. De igual forma, queda mal si no acusa, frente a los contrincantes políticos del sospechoso. Cuando ejerce la potestad requirente, los poderosos que se sienten amenazados afirman que pretende levantar su imagen utilizando abusivamente su poder; cuando se abstiene de acusar, se afirma que busca el aplauso y los reconocimientos de los líderes del partido que resultó beneficiado, agradecimiento que se traducirá en algún ascenso o privilegio político. Y todos estos dolores de cabeza, ¿para qué? Le iría mejor a la fiscalía si sólo persigue a la delincuencia común, porque confirmaría el imaginario colectivo que asume que la maldad y la incorrección es un atributo, exclusivo, de un sector social. En medio de este panorama, es evidente que el fiscal general es políticamente vulnerable, salvo que adopte el camino fácil de concentrarse en la investigación y persecución del delito convencional.

La vulnerabilidad crece por el hecho que la figura visible del órgano acusador, es el fiscal general, lo que permite personalizar las descalificaciones y cuestionamientos, sin que parezca como un ataque a la institucionalidad. Por esta razón el ministerio público debe actuar en el contexto de un Estado en el que resulte difícil concentrar el poder, que los poderes ocultos, estén muy reducidos, que el funcionario estatal tenga la dignidad de la que ha sido despojado, que exista una verdadera estabilidad en el puesto y que muchos actores, tanto en el ámbito político como institucional, realicen labores de control de la autoridad, abandonando el espejismo punitivo y la solución simplista en la que se asume que el control penal dará una eficaz y contundente respuesta al abuso de poder y al estado sumergido. Curiosamente, en muchos países, a pesar de los poderes formales atribuidos al ministerio fiscal, sus representantes, por instinto de supervivencia, se abstienen de ejercerlos. Bien decía un estimable colega que en muchas ocasiones, en muchos sistemas judiciales, el tema no es el del ministerio público, sino que en realidad la fiscalía se ha convertido en un: “ministerio público”.

3. LA DEFENSA PÚBLICA EN COSTA RICA Y SU PAPEL EN EL CODIGO PROCESAL PENAL DE 1996

MARTA IRIS MUÑOZ CASCANTE,
Directora de la Defensa Pública de Costa Rica, y
DIANA MONTERO MONTERO,
Supervisora de la Defensa Pública

I. ASPECTOS GENERALES

La defensa pública en Costa Rica es una institución que pertenece al poder judicial. La experiencia de nuestro país es única, en el tanto, el poder judicial reúne a varios órganos que conforman el sistema judicial. Así pues, encontramos: la judicatura (integrada por todos los jueces que determinan el derecho a aplicar en cada caso concreto, resolviendo conflictos en las distintas competencias materiales); el ministerio público (órgano responsable del ejercicio de la acción penal que ejerce la dirección funcional en la investigación de los delitos e individualiza a los presuntos responsables de la comisión de hechos delictivos), el organismo de investigación judicial (la policía técnica judicial encargada de investigar los hechos delictivos, la cual tiene adscrito -entre otros- al departamento de ciencias forenses y medicina legal, cuerpo especializado de peritos, cuya función principal consiste en rendir los dictámenes periciales en los distintos procesos judiciales a solicitud de las autoridades judiciales), y la defensa pública (órgano que ejerce la defensa técnica de personas sometidas a los distintos procesos judiciales que le han sido confiados por imperativo legal a la institución). Todos ellos se encuentran reunidos en el poder judicial.

Podría pensarse que la reunión de estos actores en un sólo escenario genera problemas e incluso, conflictos de intereses, pero lo cierto es que la experiencia costarricense ha evidenciado que, mientras que cada uno de estos órganos se encuentre ubicado en su función y convencido de ésta, y la ejerza en un ambiente de respeto mutuo y comprensión del papel que cada uno juega dentro del sistema de administración de justicia, es posible que la labor que les ha sido encomendada sea realizada dentro de los parámetros legales y éticos, con vista a un servicio público de calidad.

Es de aclarar que dentro de la estructura jerárquica del poder judicial, si bien es cierto existe un consejo superior del cual dependen estos órganos, éste define políticas generales para todos, pero en cuestiones meramente administrativas, necesarias para el buen funcionamiento del poder judicial. A manera de ejemplo, citamos la definición de lineamientos en temas como vacaciones (sean personales o cierres colectivos en períodos festivos), permisos, licencias, políticas de capacitación para todos los funcionarios del poder judicial. Otra función importante que tiene el consejo es con respecto al presupuesto del poder judicial, ya que es el órgano encargado de aprobar el anteproyecto de presupuesto que debe ser conocido en definitiva por la Corte Plena.

En la estructura del poder judicial, y en la cúspide de su organigrama, tenemos a la Corte Plena, que es el máximo órgano deliberativo y decisorio del poder judicial, cuyas funciones se encuentran delimitadas por la ley orgánica del poder judicial, artículos 47 y siguientes. Se encuentra integrado por los jueces de mayor jerarquía, veintidós magistrados que componen las cuatro salas:

- Sala Primera: conoce recursos de casación en materia civil, contencioso administrativo, y agrario.
- Sala Segunda: conoce casaciones de familia, y laboral.
- Sala Tercera: resuelve casaciones y revisiones en materia penal.

- sala constitucional: se encarga de la justicia constitucional resolviendo habeas corpus, amparos, acciones de inconstitucionalidad, consultas judiciales y consultas legislativas.

Teniendo claridad de la conformación del poder judicial, procedamos a analizar la institución de la defensa pública partiendo del fundamento sustantivo de ésta: el derecho de defensa.

1. El derecho de defensa y la defensa pública

El proceso penal, como forma de violencia institucionalizada, debe ser limitado mediante principios, garantías y derechos, que se encuentran dentro de los llamados derechos fundamentales del ser humano. Esta es una situación de todos conocida. Pero, no todos estamos conscientes de la importancia del derecho de defensa en todo ese conjunto de límites, importancia que resalta la jurisprudencia constitucional costarricense en el siguiente extracto[...] “dentro de las garantías que buscan proteger al individuo contra el uso arbitrario del poder penal, el derecho de defensa cumple un papel protagónico y primordial, encontrándose en la base de todo el sistema. La inviolabilidad del derecho de defensa es la garantía fundamental con la que cuenta el ciudadano, porque es el único que permite que las demás garantías tengan una vigencia concreta dentro del proceso penal [...]”⁷⁶

Y es que en Costa Rica el derecho de defensa ha gozado de reconocimiento de larga data. La primera referencia de carácter normativo que encontramos aparece en el Decreto 68 del 1° de julio de 1842, titulado reglamento orgánico del poder judicial, el cual indicaba: “Art. 35. Para la defensa de los procesados cuyas causas se hallen en el tribunal superior, habrá el número de defensores que el gobierno estime necesario. Ellos representarán á (sic) los procesados ausentes, y á (sic) los que por infelicidad no puedan defenderse por sí mismos, ó (sic) no tengan defensor constituido en el lugar donde reside el tribunal; pero cuando algún deudo o amigo pretendiere defenderlo, lo manifestará al mismo tribunal y entonces debe nombrársele, á no ser que el procesado lo resista.”

A nivel constitucional, la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Costa Rica del año 1844, ya hacía referencia al derecho del acusado en los procesos criminales: “[...] a ser oído por sí, o su defensor, de ser informado de la naturaleza y causa de la acusación hecha contra él, de que se le presenten los testigos cara a cara, siendo posible, de sacar testimonios de documentos de declaraciones de testigos ausentes que puedan probar su inocencia y de ser juzgado por autoridad competente y por jueces imparciales y de capacidad legal.”

Por lo tanto, encontramos que a escasos veintiún años de la independencia de Costa Rica, ya existía conciencia acerca de la imperiosa necesidad de que las personas sometidas a un proceso penal contarán con un asesor que los asistiera. El derecho de defensa se encuentra en el artículo 39 de la actual Constitución Política, el cual señala que: “A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasi-delito o falta sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad”

En nivel legal, el numeral doce del Código Procesal Penal vigente se refiere a la inviolabilidad de la defensa en los siguientes términos: “Es inviolable la defensa de cualquiera de las partes en el procedimiento. Con las excepciones previstas en este Código, el imputado tendrá el derecho a intervenir en los actos procesales que incorporen elementos de prueba y a formular las peticiones u observaciones que considere oportunas, sin perjuicio de que la autoridad correspondiente ejerza el poder disciplinario,

⁷⁶ Corte Suprema de Justicia, **Sala Constitucional**, Voto No. 2002-98 del 27 de marzo de 1998.

cuando se perjudique el curso normal de los procedimientos. Cuando el imputado esté privado de la libertad, el encargado de custodiarlo transmitirá al tribunal las peticiones u observaciones que aquel formule, dentro de las doce horas siguientes a que se le presenten y le facilitará la comunicación con el defensor.

Toda autoridad que intervenga en los actos iniciales de la investigación deberá velar porque el imputado conozca inmediatamente los derechos que, en esa condición, prevén la Constitución, el derecho internacional y el comunitario vigente en Costa Rica y esta ley.”

El contenido del derecho de defensa ha sido ampliamente tratado por la jurisprudencia constitucional y encontramos un análisis muy acabado de este tema, en una de las jurisprudencias más valiosas y conocidas de la sala constitucional costarricense, el voto 1739-92 del primero de julio de 1992, el cual hace amplísima referencia al punto, indicando al respecto: “**d) los derechos de audiencia y defensa:** En el lenguaje escueto de nuestra Constitución, el derecho general a la defensa, y tanto en lo penal como, en general, en toda materia sancionadora o que pueda desembocar en la supresión o restricción de derechos subjetivos de las personas, está también consagrado en el artículo 39 de la Constitución, y se desarrolla, además, extensamente en el Código Procesal Penal y en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, este último en sus párrafos 1, para todo proceso, y 2 a 5 específicamente para el proceso penal. El derecho general de defensa implica otros, particularmente el de audiencia y los principios de imputación e intimación, así como el derecho a la motivación o fundamentación debida de toda resolución procesal. (...) Cabe advertir, asimismo, que el derecho de defensa debe ser no sólo formal, sino también material, es decir, ejercido de hecho, plena y eficazmente, lo cual implica además, como aspecto de singular importancia, el derecho a hacer uso de todos los recursos legales o razonables de defensa, sin exponerse a sanción ni censura algunas por ese ejercicio, así como la necesidad de garantizar al imputado y a su defensor respeto, al primero en virtud de su estado de inocencia hasta no haber sido condenado por sentencia firme, al segundo por su condición de instrumento legal y moral al servicio de la justicia, cualquiera que sea la causa que defienda, la persona del reo o la gravedad de los hechos que se le atribuyan...”

Es decir, que para que el derecho de defensa pueda ser ejercido a cabalidad, se requiere no sólo de la defensa que ejerce el acusado por sí mismo (defensa material), sino la defensa que pueda realizar el abogado que lo asesora, gracias a sus conocimientos técnico-jurídicos (defensa técnica contemplada en el artículo 13 del Código Procesal Penal, como veremos más adelante).

Sin embargo, resulta necesario adelantar aquí, un aspecto que analizaremos con mayor detalle más adelante, y es el hecho de que el servicio de defensa pública se ha ido ampliando a otras materias aparte de la penal. De manera tal que la institución de la defensa pública, como asistencia legal gratuita para aquellas personas que no cuentan con los recursos económicos para ser asesorados por un abogado particular, resulta fundamental en un auténtico Estado de derecho, pues es una forma de garantizar el cumplimiento de los derechos de las personas.

2. Normativa esencial sobre la defensa pública

Desde el punto de vista normativo, es importante aclarar que la defensa pública no cuenta con una ley específica a este momento, aun cuando existe un proyecto que espera su aprobación por Corte Plena para ser remitido a la Asamblea Legislativa. Siendo así, encontramos que al estar la defensa pública adscrita al poder judicial, su fundamento legal se encuentra previsto en la ley orgánica del poder judicial, que en su Título VI “*De las personas y dependencias que auxilian la administración de justicia*”, Capítulo II “*De los defensores públicos y de oficio*” indica en el artículo 150: “La defensa pública es un órgano dependiente del Consejo Superior, pero únicamente en lo administrativo; no así en lo técnico profesional. Estará a cargo de un jefe y tendrá la organización que la Corte disponga.”

Por lo tanto, aun cuando el presupuesto de la defensa se encuentra dentro del presupuesto general del poder judicial y por ello depende de su aprobación por parte del Consejo Superior y la Corte Plena, **es una institución totalmente independiente desde la perspectiva técnico-jurídico**. En iguales circunstancias se encuentran otras dependencias del poder judicial como el ministerio público y el organismo de investigación judicial.

El plan estratégico institucional es un instrumento fundamental ya que en él se fijan los objetivos y metas del servicio que brindamos, es decir que con él se pretende la planificación de las actividades y recursos necesarios para alcanzar los resultados deseados. Responde a un proceso de discusión y consenso logrado mediante talleres en que se contó con la participación de servidores y servidoras de la defensa pública. Para el quinquenio del 2007-2011, el plan estratégico fue aprobado por Corte Plena en julio del 2006. La misión de la defensa pública que se definió es: “Proveer defensa pública con excelencia, solidaridad y compromiso con todos y todas las usuarias/os, contribuyendo a garantizar la plena vigencia de los derechos, libertades, garantías e intereses de estas personas en forma ágil y oportuna en los procesos judiciales que nos han sido legalmente asignados.”

Encontramos aquí nuevamente claridad en cuanto a la función de la defensa pública como garantía de la vigencia de los derechos y libertades de las personas, aspecto ideológico fundamental de la institución. Además, también la aplicación del principio de legalidad, desde la perspectiva administrativa, en el tanto la defensa pública solo puede intervenir en los procesos que por imperativo legal le han sido confiados. Finalmente se mencionan características y valores del servicio que se brinda, de manera que la misión planteada reúne los aspectos fundamentales de la defensa pública costarricense.

Ahora bien, si la misión implica el qué somos, la visión hace referencia a nuestras aspiraciones y proyecciones, las cuales consisten en: “Ser una defensa pública técnica, eficaz, eficiente y con calidad, con recursos humanos, tecnológicos y materiales idóneos para el mejoramiento del servicio; que contribuya a garantizar el respeto de los derechos, libertades y garantías de las personas y la no discriminación por razones de género, discapacidad u otras; inspirados en los valores de nuestra institución, contribuyendo así al desarrollo democrático y a la paz social de Costa Rica”.

Es decir, que tenemos claridad de la necesidad de puntualizar aspectos como la eficacia, la eficiencia y la calidad en el servicio que se brinda, y que, para ello, se requieren recursos de todo tipo, que permitan a los servidores de la defensa, sean profesionales o administrativos realizar su labor. Su desempeño y los resultados de esta labor deben responder a los conceptos dichos y a la idea de la calidad, en el tanto el sistema democrático se ve fortalecido con la función que ésta realiza. Actualmente, la institución se encuentra conformada por un total de quinientos sesenta y dos funcionarios cuyos cargos se desglosan la siguiente manera:

DEFENSORES	384
JEFE DEFENSORES PÚBLICOS	1
SUBJEFE DE DEFENSORES PÚBLICOS	1
DEFENSOR PÚBLICO SUPERVISOR	6
DEFENSOR PÚBLICO COORDINADOR	1
DEFENSOR PÚBLICO COORDINADOR 1	20
DEFENSOR PÚBLICO COORDINADOR 2	12
DEFENSOR PÚBLICO	279
FLAGRANCIA	50
PLAZAS DE BOLSA	14
ASISTENTE JURÍDICO	74
ADMINISTRATIVOS	104

Nota: Se incluyen las plazas ordinarias y extraordinarias.

Se incluyen las plazas de Seguridad Ciudadana.

Fuente: Estructura Programática, defensa pública.

Elaborado por: Unidad Administrativa, defensa pública.

En cuanto a las materias que tramita la defensa pública, estas son materia penal, penal juvenil, ejecución penal y revisión, ejecución penal juvenil, contravenciones, pensiones alimentarias, agrario, disciplinario, penalización de la violencia contra la mujer, y recientes votos de la sala constitucional, han obligado a que la institución atienda casos aislados en materia de familia, en lo que se perfila como el inicio de una nueva competencia asignada a la institución.⁷⁷

3. El papel de la defensa en el Código Procesal Penal de 1996

En Costa Rica, con la promulgación del Código Procesal Penal de 1996, cuya aplicación se hizo efectiva a partir del 1° de Enero de 1998, operó el cambio de un sistema procesal penal mixto a un sistema procesal penal de rasgos acusatorios y, con este cambio, el papel de la defensa dentro del proceso penal varió sustancialmente, pues ésta asumió un rol más participativo y activo.

Esto no quiere decir, en modo alguno, que con el sistema anterior la defensa fuera pasiva, (por el contrario, siempre se ha señalado, entre sus características, el ser muy combativa en la lucha pro los derechos de sus defendidos. Sin embargo, la infraestructura procesal existente en aquel momento, con sus múltiples audiencias escritas y escasas oportunidades de expresión oral, limitaba el ejercicio de la defensa, tanto a nivel de participación, como a nivel de expresión.

¿Por qué se hace esta observación? Porque si hacemos un análisis etapa por etapa, de la forma cómo funcionaba el proceso, a la forma en que opera actualmente encontramos diferencias importantes en el tema de la participación de la defensa, y algunas otras (aunque no tan marcadas) en el tema de la forma en que la defensa expresa sus alegatos, ya sea oralmente o por escrito. Es decir, el punto de interés que deseamos analizar, consiste en determinar: ¿cuáles son las diligencias del proceso penal en las que está participando la defensa actualmente?, y ¿cuál es la forma en que está manifestando la defensa sus planteamientos? Procederemos pues a este análisis, recordando que actualmente el proceso consta de una fase preparatoria, una etapa intermedia y la fase del juicio oral y público.

II- FASE DE INVESTIGACIÓN

1. Participación de la defensa: Anteriormente, el defensor tenía, por lo general, el primer contacto con su defendido al momento de la indagatoria. Actualmente, también ocurre así en un porcentaje importante de los casos, pero ya no es algo extraordinario como sí lo era con el procedimiento penal anterior, que el defensor acuda a diligencias de investigación y sea ahí donde conozca al imputado, estableciendo el primer contacto con él (presentándose, identificándose como defensor público que si bien es pagado por el Estado, se encuentra totalmente comprometido con los intereses del imputado, señalándole el secreto profesional que lo obliga, informándole al imputado el procedimiento, de qué se le acusa, las pruebas existentes, la naturaleza de la diligencia que se realiza y qué se pretende con ella, etc).

Esta comunicación temprana se facilita con la normativa actual en la que destaca el artículo 13 del Código Procesal Penal que señala: “Artículo 13.- Defensa Técnica. Desde el primer momento de la persecución penal y hasta el fin de la ejecución de la sentencia, el imputado tendrá derecho a la asistencia y defensa técnica letrada. Para tales efectos, podrá elegir a un defensor de su confianza, pero, de no hacerlo, se le asignará un defensor público. El derecho de defensa es irrenunciable. Se entenderá por primer acto del procedimiento cualquier actuación judicial o policial, que señale a una persona como posible autor de un hecho punible o participe en él.”

⁷⁷ Así por ejemplo el voto 21039 de las catorce horas y cuarenta y cinco minutos del 21 de diciembre de 2010.

Nótese que el párrafo final, contiene un aspecto fundamental, y es la posibilidad de que la defensa técnica participe desde la fase de investigación, aun en actuaciones realizadas a nivel policial. Este artículo debe complementarse con los numerales 81 y 82 inc. c) del Código Procesal Penal los cuales señalan: “Artículo 81.- Denominación. Se denominará imputado a quien, mediante cualquier acto de la investigación o del procedimiento, sea señalado como posible autor de un hecho punible o participe en él.”, “Artículo 82.- Derechos del imputado. (...) c) Ser asistidos desde el primer acto del procedimiento, por el defensor que designe él, sus parientes o la agrupación a la que se comunicó su captura y, en defecto de éste, por un defensor público.”

A partir de esta normativa, la defensa, y en particular la defensa pública, es llamada a participar en actos, a los cuales no acostumbrábamos asistir durante la vigencia del Código de Procedimientos Penales de 1973.

Resulta importante aclarar que *la defensa participa en las diligencias propias de la fase de investigación en la medida en que exista un imputado individualizado*, entendido este concepto como el conocer quién es la persona a la que se esta investigando, sea por nombre y apellido, o sea por su mera descripción física de modo que sus datos personales se conocerán posteriormente, pero en todo caso, existe ya una persona o personas definidas que son a quienes se investiga. Por lo tanto, la defensa no participa en los casos en que el fiscal va a realizar diligencias de investigación, sin tener sospecha a ese momento de quien es el posible autor del hecho que se investiga.

Otro artículo que fortalece la participación de la defensa en las diligencias que se realicen en la etapa preparatoria, es el numeral 292 que en su primer párrafo señala: “Artículo 292.- Participación en los actos. El ministerio público permitirá la presencia de las partes en los actos que practique; asimismo velará porque su participación no interfiera en el normal desarrollo de las actividades. (...)”

Es importante señalar que por la forma en que está redactado el artículo en comentario, si bien se habla de que el ministerio público es el que permite la presencia de las partes en las diligencia, no se indica que podrá o no hacerlo, sino que se habla aquí de un deber de permitir, y esto se concluye de la redacción misma del artículo, pues esta refiere un imperativo, ya que reza así: “*El ministerio público permitirá la presencia de las partes...*”.

Además, el artículo 293, relativo al anticipo jurisdiccional de prueba, al respecto indica: “Artículo 293.- Anticipo jurisdiccional de prueba. Cuando sea necesaria la práctica de un acto definitivo e irreproducible, que afecte derechos fundamentales, o deba recibirse una declaración que, por algún obstáculo difícil de superar, se presuma que no podrá recibirse durante el juicio o, cuando por la complejidad del asunto, exista probabilidad de que el testigo olvide circunstancias esenciales sobre lo que conoce, el ministerio público o cualquiera de las partes podrá requerir al juez que la realice o reciba. El juez practicará el acto, si lo considera admisible, citando a todas las partes, quienes tendrán derecho de asistir, con todas las facultades y obligaciones previstas en este Código.”

Vemos aquí como la realización de un anticipo jurisdiccional de prueba puede deberse a la solicitud realizada por cualquiera de las partes, incluida la defensa, y no únicamente a solicitud del ministerio público. En todo caso, el juez que admita la realización del anticipo, deberá citar a todas las partes pues estas tienen el derecho de asistir.

Valga resaltar que, específicamente, sobre la participación de la defensa en un “Anticipo Jurisdiccional de Prueba”, la sala constitucional se ha pronunciado en el voto 2834-00, y ha indicado que la omisión de “*...proveer la defensa del imputado en la realización de un acto definitivo e irreproducible...*” que se tome en cuenta para fundamentar la condenatoria del sujeto, resulta violatoria del debido proceso.

2. Diligencias en las que participa la defensa: Algunos ejemplos de diligencias a las cuales suele acudir la defensa actualmente son:

Allanamientos y registros, contemplados en los artículos 190 CPP (de vehículos), 193 CPP (de morada) y 194 CPP (de otros locales), que deben cumplir una serie de requisitos para que puedan efectuarse. Así, por ejemplo, en el caso del allanamiento de morada, el cual debe ser realizado personalmente por el juez, debiendo iniciarse entre las seis y las dieciocho horas, previo dictado de una resolución que lo ordene la cual debe contemplar varios aspectos (nombre y cargo del funcionario que lo autoriza, lugar en que se realizara, nombre de la autoridad que podrá practicar el registro, motivo del allanamiento y hora y fecha en que debe practicarse la diligencia.) Aclaremos que con la normativa procesal anterior la defensa no participaba de un allanamiento o de un registro.

Respecto a la participación del defensor público en allanamientos, el voto de Sala Consistencial 2002-01953 de las once horas con treinta y ocho minutos del veintidós de febrero del dos mil dos cita a su vez la resolución número 2467-98 de las quince horas cuarenta y ocho minutos del catorce de abril de mil novecientos noventa y ocho: “VI.- Finalmente, en lo que atañe a la ejecución del allanamiento sin presencia de defensor, ha dicho la Sala que: ‘El problema que se plantea en el presente recurso de habeas corpus, se contrae a determinar si la falta de participación de un defensor público en la ejecución de una orden de allanamiento, registro y secuestro, vulnera el derecho de defensa de los amparados. En criterio de la sala, ello debe desestimarse pues no puede considerarse una correcta interpretación de las normas del Código Procesal Penal, en el tanto que se confunde las formalidades del anticipo jurisdiccional de prueba y la urgencia en su realización (artículos 293 y 294 de ese mismo cuerpo normativo), con las del allanamiento, registro y secuestro. Lleva razón el juez recurrido, que exigir la presencia de un defensor en este último acto, no solo pondría en peligro el éxito de la investigación, sino que también daría lugar para que se lesione el principio de la averiguación de la verdad real de los hechos, al darse sobreaviso de la sospecha de los órganos del Estado, de que un juez presume, razonablemente, de que en el lugar hay rastros de un supuesto delito. Todo lo anterior, lógicamente conllevaría a la desaparición de los rastros probatorios de que en el lugar -alguna vez- ocurrió una actividad perseguida por la ley penal y de quiénes fueron sus autores. En todo caso, lo anterior significa que, al momento de ordenarse el allanamiento, registro y secuestro, éste se hace en contra de una o varias personas desconocidas, no individualizadas, de manera que no proceden los argumentos del recurrente, en cuanto a la aplicabilidad del artículo 13 del Código Procesal Penal. Nótese, además, que si bien el recurrente se queja en el escrito inicial de que se afecta la intimidad de los recurrentes, es lo cierto que el juez contravencional de Esparza condujo las actuaciones impugnadas, siendo él el garante de los derechos fundamentales de los amparados. En consecuencia de lo anterior, es criterio de la Sala que el recurso debe desestimarse.’”

Según la jurisprudencia constitucional recién citada, en los allanamientos (en el caso concreto se trataba de un allanamiento en el cual no se citó a la defensa) la labor que realiza el defensor público, no es de garante de los derechos de los sujetos quienes se ven perturbados por la diligencia, pues más bien el garante es el juez de la etapa preparatoria. Con este argumento, se limita la participación de la defensa técnica en estas diligencias en abierta contradicción con el artículo 39 y 41 de la Constitución Política y el artículo 13 del Código Procesal Penal que se refiere al derecho de defensa. Bajo ninguna circunstancia compartimos esta interpretación pues resulta contraria al Principio Pro Persona, conforme al cual, las interpretaciones que se realicen deben llevarse a cabo, de la manera que más favorezca a la persona humana, y no, como ocurre en este caso, cercenando sus derechos fundamentales.

En igual sentido jurisprudencia de la Sala Tercera ha mantenido el criterio de que la presencia del defensor no es necesaria en estas diligencias. Así el voto 1114-99 del 3 de setiembre de 1999, cuyo contenido tampoco compartimos, indica: “Por otro lado, conforme se adelantó, la función de resguardo

de los derechos de las personas afectadas por la diligencia no recae sobre el defensor -cuya asistencia al acto no es requisito ineludible-, sino en el juez que la ejecuta. No ha sido interés del legislador prever la posibilidad de que un defensor público esté presente con el propósito de que otorgue su “bendición” al acto (ya el legislador estimó que el juez es suficiente garantía) y se eviten así posteriores discusiones sobre su legitimidad, ni para reprocharle el no ejercicio de actividades de impugnación con ocasión de la práctica de la medida, ni menos aún para que el juez, el fiscal o la policía cuenten con un colaborador más al momento de realizar registros, decomisos y levantar actas. Al contrario, su principal labor, en esas oportunidades, se restringe a observar el desarrollo de los actos -por cuya ejecución correcta y respetuosa de la ley ha de velar el juez-, de tal manera que, en el supuesto de que se incurriera en alguna irregularidad, pueda el propio defensor servir como fuente de prueba para acreditarla. Ello es así, no solo por cuanto el deber de garantizar el respeto a los derechos fundamentales de las personas y la pureza de los procedimientos recae primordialmente en el juez, sino, también, porque mal podría decirse que el defensor concurre en tal calidad para asistir al imputado, si todavía no hay un sujeto que ostente esa condición -motivo por el cual, precisamente, no se exige la presencia de aquel como requisito de validez del acto. La defensa, por razones obvias, no ha estado al tanto de las investigaciones, que pueden haber sido llevadas a cabo durante largo tiempo por el ministerio público y la policía; su participación en el propio allanamiento es limitada pues en ocasiones, puede resultar necesario que los oficiales de policía ingresen, en primer término, para inmovilizar a las personas, resguardar el sitio y garantizar la seguridad de los demás intervinientes y de quienes se hallaren en la vivienda o local; tampoco ha tenido contacto previo con quienes serán afectados por el acto, ni conoce, a ciencia cierta, si será una o treinta personas a las que se someterá a diversas medidas (por ejemplo: requisas), aunque posteriormente pocas o ninguna de ellas lleguen a ser sometidas a proceso. De lo expuesto se colige lo erróneo de considerar que la presencia del defensor público atiende a la finalidad de que asista o vele por los derechos o intereses de todos esos sujetos, pues ninguna defensa eficaz y racional es exigible cuando, por ejemplo, en la vivienda se halla una gran cantidad de personas, o todo un grupo familiar y los derechos fundamentales de cada uno se verán, en mayor o menor grado, afectados por la práctica de los actos de allanamiento, requisa, registro, secuestro y, eventual detención. Claro está, lo dicho no obsta para que el defensor objete las irregularidades que perciba y, sobre todo, demande que tales objeciones se hagan constar en las actas que elabore el funcionario actuante; sin embargo, por tratarse, fundamentalmente, de defectos absolutos, o, incluso, aunque no fueren más que relativos, su inactividad no puede acarrear consecuencias perjudiciales para quienes luego resulten imputados, ya que aquél nunca fue su defensor, en los términos que contempla la ley esa figura (defensor de confianza, o público por carencia de recursos o decisión del interesado): nunca les asistió, no fue parte en un proceso -que aún no había iniciado- y puede que nunca llegue a serlo; de allí que sus actuaciones u omisiones sean por completo ineficaces para decidir -una vez instaurado el proceso- el saneamiento o convalidación de un vicio. Su tarea principal, conforme se expuso, consiste en dejar constancia de las irregularidades que detecte y servir como fuente de prueba para revisar la legitimidad o ilegitimidad de los actos, por lo que resulta aconsejable, incluso, que no sea él quien luego asista a aquellos sujetos contra los que se dirija la acción penal, de manera que pueda comparecer como testigo si surgiere cuestión sobre esos extremos”.

Como vemos, de conformidad con este voto de la sala de casación, únicamente se le asigna al defensor la función de eventual testigo de una irregularidad, en el supuesto que esta ocurra. Incluso según esta resolución, el defensor podría protestar ante cualquier violación al proceso, y dejar constancia de su protesta, pero el hecho de que no lo realice esta protesta, indica la resolución en comentario, tampoco afecta al imputado, pues en ese momento no era el defensor nombrado por el imputado. Vale aquí el mismo comentario que hicimos en relación con el voto de la sala constitucional: la no presencia de la defensa técnica violenta derechos fundamentales de la persona investigada y pone en entredicho la

validez tanto de la diligencia como de los elementos de prueba que de ella se obtengan. No se comprende, el porqué se buscan interpretaciones tan forzadas para excluir la participación de la defensa técnica contraviniendo el desarrollo legislativo de los artículos 12 y 13 de Código de Rito. Además, no es cierto que el defensor que participa en un allanamiento, no brinda asesoría a la persona que en ese momento es investigada. La práctica nos demuestra que los defensores y defensoras que asisten a las diligencias de allanamiento responden a las consultas técnicas que les planteen las personas sometidas a estos actos ejerciendo a plenitud la defensa técnica, y es únicamente en casos extraordinarios, donde no se cuenta con otro medio de prueba, que su papel cambia al de testigo.

Sin embargo, es de destacar que ha habido votos salvados que se apartan de esos criterios como por ejemplo el contemplado en la resolución 2114-08. de sala constitucional en el cual el magistrado Gilbert Armijo indicó que la participación de la defensa resulta indispensable en los actos de investigación en resguardo de los derechos fundamentales de las personas investigadas por la comisión de un delito, lo cual evidencia una mayor comprensión del origen del derecho a la defensa técnica tanto a nivel constitucional como legislativo, así como de complejidad del ejercicio de la defensa técnica, el cual excede en mucho, el mero papel de testigo que se le pretende asignar: “II.- En efecto, tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en su artículo 8.2 incisos d, e y f), cuanto la Constitución Política de la República de Costa Rica (en sus artículos 39 y 41) reconocen el derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor, o bien el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no, según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por ley. Este derecho o garantía fundamental (de acuerdo con el artículo 13 del Código Procesal Penal) se disfruta desde el primer momento de la persecución penal y hasta el fin de la ejecución de la sentencia. Según esta última norma, se debe entender por el primer acto del procedimiento cualquier actuación, judicial o policial, que señale a una persona como posible autor de un hecho punible o participe en él. De ahí que no exista ninguna razón que justifique el hecho que se haya practicado el allanamiento aludido sin la participación del defensor del imputado, quien lógicamente ha sido colocado en indefensión a causa de la situación impugnada en este proceso jurisdiccional. Lo anterior, pese a que el derecho de la Constitución reconoce que la defensa del agraviado es inviolable en todas las fases del procedimiento (tal y como es desarrollado por el artículo 12 del Código Procesal Penal), lo que incluye el derecho del imputado de intervenir en los actos procesales que incorporen elementos de prueba y formular las peticiones y observaciones que considere oportunas. III.- Cabe mencionar que la intervención del juez de garantías en estas diligencias del allanamiento, en modo alguno, sustituye o suple el derecho irrenunciable del imputado de contar con su defensor, teniendo en cuenta las funciones que el primero realiza en el trámite del procedimiento preparatorio, de acuerdo con el artículo 227 del Código Procesal Penal, así como los alcances de los derechos protegidos en los artículos 39 y 41 de la Constitución Política. De modo que no son admisibles los argumentos que tienden a justificar la legitimidad de estas situaciones, en las cuales no se ha advertido los alcances del derecho del inculpado de acceder a la defensa técnica y material desde el primer acto del procedimiento.”

Esperamos que esta visión del voto salvado, llegue a ser acogida por la totalidad de la Sala Constitucional y Penal, pues resulta a nuestro criterio más respetuosa del derecho de defensa y sus alcances.

Reconocimientos personales. Previsto en el artículo 227 CPP, el cual indica la obligación de levantar un acta previa en que se interroga a quien va a reconocer a la persona sometida a investigación, a fin de que indique si conoce a la persona que va ha reconocer, si la ha visto personalmente o en imagen, si la ha visto con posterioridad al hecho, que la describa, para posteriormente pasar ante la fila de

personas a reconocer, que deben ser de características físicas similares al sujeto investigado. Este mismo procedimiento se adecua en la medida de lo posible tratándose de reconocimientos fotográficos (artículo 230 CPP) y de objetos (231 CPP). Durante la vigencia del Código de 1973, esta era uno de las pocas diligencias de investigación en las que como regla, participaba la defensa.

Levantamientos e identificación de cadáveres. Según artículo 191 del CPP. Se acude sobre todo en casos de homicidios culposos ocurridos en accidentes de tránsito, pues ahí, por lo general existe el imputado individualizado. También, aunque en mucho menor grado, se participa en casos de homicidios dolosos cuando existe el imputado individualizado.

Inspecciones y registros del lugar del hecho. Además de la inspección y registro del lugar del hecho, el artículo 185 CPP también hace referencia a la posibilidad de inspección de objetos, siendo esta una de las diligencias en las que participaba la defensa durante la vigencia del Código de Procedimientos Penales de 1973.

Inspección corporal (artículos 188 CPP) y requisita (artículo 189 CPP). En las cuales resulta fundamental el respeto al pudor del imputado, aspecto en que el defensor debe estar sumamente vigilante. La requisita es un mecanismo muy utilizado en operativos relativos al tema del narcotráfico, mientras que la inspección corporal se maneja, mas que todo, en delitos sexuales.

Peritajes: La regulación sobre el tema de peritos en la legislación costarricense lo encontramos en los artículos 213 al 224 del CPP, de conformidad con los cuales tanto la defensa pública como el ministerio público y los jueces cuentan con el auxilio del departamento de ciencias forenses y medicina legal en el tema de pericias. Estos departamentos conforman un cuerpo especializado de peritos que pertenecen al organismo de investigación judicial (O.I.J.)⁷⁸.

No obstante, el artículo 215 del CPP⁷⁹ establece que son los fiscales y los jueces quienes seleccionan a los peritos, aun cuando las partes pueden proponerlos por su cuenta⁸⁰.

En cuanto al hecho de que a la defensa pública se le asignen como peritos, profesionales que laboran en los departamentos y laboratorios de ciencias forenses genera un problema y es el hecho de que el resultado de la pericia solicitada por la defensa será de conocimiento de todas las partes, por el principio de comunidad de prueba, pues el perito rinde su dictamen al juez y éste lo pone en conocimiento de todas las partes del proceso, por lo cual, independientemente de si el resultado de la pericia favorece o no a la defensa, ésta se incorporará al proceso. Esta situación no ocurre cuando se trata de un perito particular, pagado por la parte, pues el perito rinde su dictamen directamente a la parte, y ésta definirá si lo presenta o no, según su estrategia de defensa. Es por este motivo que la defensa pública ha buscado que en el nivel presupuestario se le asignen recursos con los cuales pueda contratar sus propios peritos, de manera que los resultados de sus pericias sean de su conocimiento exclusivo previo a ofrecerlos al proceso.

La definición y dinámica de los peritajes se encuentra descrita en los artículos 213 y siguientes de código procesal penal, resultando de especial interés el numeral 217 en cuanto indica: "...Siempre

⁷⁸ El O.I.J. es la Policía Técnica, que se encarga de investigar los delitos bajo la dirección funcional del Ministerio Público. Ambas dependencias pertenecen al Poder Judicial.

⁷⁹ Artículo 215. Nombramiento de peritos. El Ministerio Público, durante la investigación preparatoria, y el tribunal competente seleccionarán a los peritos y determinarán cuántos deban intervenir, según la importancia del caso y la complejidad de las cuestiones por plantear, atendiendo a las sugerencias de los intervinientes.

⁸⁰ Artículo 216... "Dentro del plazo que establezca la autoridad que ordenó el peritaje, cualquiera de las partes podrá proponer por su cuenta, a otro perito para reemplazar al designado o para dictaminar conjuntamente con él, cuando en las circunstancias del caso, resulte conveniente su participación por su experiencia o idoneidad especial.

que sea pertinente, las partes y sus consultores técnicos podrán presenciar la realización del peritaje y solicitar las aclaraciones que estimen convenientes; deberán retirarse cuando los peritos comiencen la deliberación”.

Los defensores suelen acudir a los peritajes sobre todo en asuntos de pericias psicológicas, donde dada la existencia de la cámara de Gessell, pueden presenciar la pericia, si es del caso acompañados con el consultor técnico, sin interrumpirla y sin que el evaluado se sienta intimidado con su presencia pero verificando los aspectos que les resulten de interés. Sin embargo, ha habido descontento por parte de los defensores pues ha ocurrido que al querer plantear las preguntas que interesan a la defensa, se deben realizar mediante el perito que realiza el análisis, de manera que el sentido de la pregunta puede verse modificado por la persona que la verbaliza.

Es importante recalcar que los peritos deben contar con conocimientos especializados, los cuales deben demostrar mediante el título habilitante al cual se refiere el artículo 214. CPP. En caso de que sobre este tema la defensa no se encuentre satisfecha, corresponde a la defensa técnica su cuestionamiento mediante el interrogatorio y, si es del caso por el nivel de complejidad del asunto, el Código Procesal contempla en el artículo 126 la posibilidad de contar con el auxilio de un consultor técnico.

Por otra parte, debemos señalar que se ha buscado también la participación de peritos culturales en los casos de personas parte de comunidades indígenas, las cuales, por gozar de la cosmovisión propia de su comunidad, no necesariamente comparten las perspectivas del resto de la sociedad, por lo que se requiere un experto en el tema, que brinde y explique el enfoque que sustentan estas comunidades, en respeto a su cultura y puntos de vista y de conformidad con los instrumentos internacionales referentes al tema. En igual sentido, se ha insistido en la necesidad de contar con el auxilio de intérpretes que permitan asegurar una comunicación amplia y completa, en que la defensa material y técnica puedan tener un intercambio pleno en resguardo de los derechos de las personas participantes en estas comunidades, sometidas a procesos judiciales.

Declaraciones testimoniales. Tal y como mencionamos anteriormente, de conformidad con la nueva legislación, la investigación se encuentra a cargo del ministerio público, el cual ejerce la dirección funcional sobre la policía judicial. En el sistema anterior el juez de instrucción recibía las declaraciones de los testigos, dejando constancia de las mismas mediante actas, las cuales eran suscritas por el testigo. Esta diligencia se cuestionaba, pues en la práctica quien recibía la declaración al testigo era el escribiente del juzgado, y no el juez de instrucción. Por lo tanto, se planteaban dos problemas producto de esta situación: primero, el hecho de que el órgano jurisdiccional que estaba a cargo del proceso no tenía el contacto real y directo con la recepción de la prueba, y segundo, el hecho de que no siempre lo consignado en el acta era exacto a lo que había declarado el testigo, pues el escribiente realizaba una interpretación de lo dicho por el testigo, siendo esto lo que consignaba en el acta. Esta situación se hacía todavía más preocupante en los supuestos en que ya, en fase de debate, se procedía a la incorporación del testimonio escrito.⁸¹ Con este sistema de incorporación de prueba testimonial, se violentaba la oralidad, así como el principio de contradictorio y la inmediatez en la apreciación del elemento de prueba, ya que las partes no pueden interrogar al testigo y el juez no puede valorar a plenitud el testimonio rendido. Otro aspecto

⁸¹ Recordemos que el artículo 384 del Código de Procedimientos Penales indicaba cuatro supuestos para la incorporación mediante lectura de las declaraciones testimoniales: “1) Si el ministerio público y las partes manifestaren su conformidad o lo consintieren cuando no comparezca el testigo cuya citación se ordenó; 2) Si hubiere contradicciones entre ellas y las prestadas en el debate o fuere necesario ayudar la memoria del testigo; 3) Si el testigo hubiera fallecido, estuviere ausente del país, se ignorare su residencia o se hallare inhabilitado por cualquier causa para declarar; y, 4) Si el testigo hubiere declarado por medio de exhorto o informe, siempre que se hubiere ofrecido el testimonio, o de conformidad con los artículos 353, 234 y 381).”

a señalar es la situación de la suspicacia que existe cuando la defensa desea entrevistar a un testigo en la fase de investigación, pues esto ha sido cuestionado aun cuando es indiscutible el derecho de la defensa a acceder a la totalidad de la prueba existente, conforme lo obligaría el principio de igualdad de armas, así como la normativa internacional referente al derecho de defensa, el cual no le señala restricción alguna. Estos cuestionamientos obedecen a un evidente prejuicio conforme al cual, si la defensa entrevista a un testigo, se interpreta que pretende manipular la prueba, cuando lo cierto es que la defensa técnica no solo puede, sino que debe, en cumplimiento de su función, conocer la prueba relativa al caso, pues de lo contrario, estaría actuando en contra de los intereses de la persona que representa, pudiendo incluso incurrir en un Incumplimiento de deberes en caso de no cumplir con esta labor. Por supuesto que ni la defensa técnica, y valga decir, ni el resto de partes, puede bajo ninguna circunstancia, falsear la prueba, pues estaría incurriendo en la comisión de un delito, pero no se puede concluir de manera simplista en la afirmación de que el hecho de que la defensa técnica entreviste a un testigo en la preparación de su caso, se esté en presencia de una conducta ilegal.

Actualmente, durante la fase de investigación los testimonios no son registrados en un acta, sino por medio de una entrevista que realiza el fiscal y de la cual se deja una breve constancia. Únicamente aquellos testimonios evacuados mediante el mecanismo del anticipo jurisdiccional de la prueba son consignados por escrito en su totalidad, incluidas las preguntas de las partes al testigo y sus respuestas, pues éstos tienen valor probatorio en fase de juicio. Obviamente, en este anticipo la defensa puede y debe participar, pues este es el momento en que puede ejercer a plenitud la defensa técnica que considere oportuna en relación con la declaración del testigo. Es de aclararse que la defensa técnica puede participar no solo en los anticipos, sino también en los casos en que se vaya a realizar una entrevista al testigo por parte del fiscal, debiendo éste informar al defensor conforme a lo preceptuado en el artículo 292 CPP. Sin embargo, en la práctica, no se informa a la defensa técnica para que ésta pueda asistir, excepto que el defensor haya manifestado expresamente su interés de participar, lo cual podría generar el planteamiento de una actividad procesal defectuosa pues no se está permitiendo a la defensa el acceso a esa prueba, cuya recepción la organiza la fiscalía de conformidad con su agenda sin tomar en cuenta la del defensor técnico. Estas entrevistas informales son recabadas en el legajo paralelo, el cual puede ser examinado por el defensor, aun cuando en la práctica, en algunos casos, se le ha denegado el acceso a éste, lo que ha hecho necesario el planteamiento de recursos de hábeas corpus que han sido declarados con lugar a favor de la defensa.

En cuanto a los *requisitos de estas diligencias*, son aspectos de los cuales el defensor debe estar vigilante, debiendo, en caso de que note su ausencia o incumplimiento defectuoso, presentar *la protesta de actividad procesal defectuosa*, para posteriormente hacerla efectiva en el momento que considere más oportuno según su estrategia.

Sobre este aspecto hubo inicialmente discusión, pues en la mecánica prevista en el Código se obligaba a los defensores a protestar los defectos del procedimiento de carácter relativo y proponer una solución a los mismos cuando los conociera, pues de lo contrario estos defectos se tenían por convalidados (artículo 176 Código Procesal Penal). Esta situación generaba un contrasentido pues a la larga el defensor, cuya primera obligación es con su representado, se veía en la incómoda situación de señalar el defecto en el procedimiento que atentaba en contra de su representado, si no quería que éste se tuviera por subsanado, pero a la vez si lo señalaba, el defecto se corregía en perjuicio de su defendido.⁸² Sin embargo, en la práctica el problema ha sido mínimo, pues a la larga, los defectos en el procedimiento

⁸² Para una mejor comprensión, recordemos que los defectos absolutos son aquellos que vulneran derechos fundamentales de las partes de modo que nunca se pueden tener por subsanados, a diferencia de los defectos relativos.

terminan afectando el debido proceso o el derecho de defensa, lo que los convierte en defectos de carácter absoluto por lo que no se requiere la protesta en el mismo momento, y en los casos en que no opere un defecto absoluto, los defensores han logrado plantear sus protestas sin afectar a sus defendidos.

Es importante señalar que estas son algunas de las diligencias en que puede participar la defensa, pero existen otras que no se encuentran expresamente contempladas en el Código, pero que de conformidad con el principio de libertad probatoria, contenido en el artículo 182 CPP⁸³, podrían ser utilizadas, y a las cuales la defensa acude en caso en que sea convocada. Algunos ejemplos son los supuestos de operativos con billetes marcados en ventas de droga, cohechos o concusiones.

3. Oralidad. Es de resaltar que en la fase preparatoria, la oralidad ha tomado gran realce, pues todos estos actos cuando se realizan, obligan al intercambio verbal entre las partes, que si bien debe quedar registrado para efectos de control posterior o posibles gestiones de actividad procesal defectuosa, (sea mediante video, grabación o bien por escrito), lo cierto es que operan de manera oral. Recordemos que si bien la oralidad no es un principio en sí mismo, sí resulta ser una garantía fundamental para hacer efectivos otros principios, destacando el de inmediación, que permite a las partes recabar la impresión de lo que suceda, de primera mano, pudiendo observar aspectos que de otra manera no podría apreciar. Además, la oralidad tiene la ventaja en la realización de las diligencias propias de la fase de investigación, que permite que se desarrollen con celeridad, pues no se requiere que la persona presente la gestión por escrito, sino que ahí mismo, “*in situ*”, plantea sus alegatos y, de la misma forma, son resueltos, sean por el ministerio público, o por el juez de la etapa preparatoria. Diferente ocurría con el Código de Procedimientos Penales de 1973, en el cual la oralidad se encontraba reservada a la etapa de juicio. A partir del año 2005 se han hecho esfuerzos por parte de la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, a fin de que la oralidad goce de total vigencia en el proceso penal y, en particular, se han brindado capacitaciones para jueces, defensores públicos y fiscales que vengan a fortalecer el uso de audiencia tempranas sobre medidas alternas, sobreseimientos y desestimaciones. Se ha enfatizado también en el uso de la oralidad para la discusión y resolución de las medidas cautelares.

4. Declaración del Imputado: Dentro de la misma etapa preparatoria, encontramos la realización de la declaración del imputado (la cual hemos de reconocer que todavía arrastra en la práctica el nombre de indagatoria), en la cual la presencia del defensor asesorando al imputado resulta fundamental, tanto que la diligencia se pospondrá hasta que se haga presente el defensor designado por el imputado, y en el caso de que el imputado no lo designe, o, el designado no comparezca, se procederá al nombramiento de un defensor público, tal y como lo prevé el numeral 93 del Código de Rito. Esto ocurría de igual forma con el Código de Procedimientos Penales de 1973. Un problema que arrastra la defensa desde antes de la vigencia del Código Procesal Penal, tiene que ver con el tema de la privacidad con que cuenta el defensor para conversar con su representado al momento de la indagatoria. Normalmente no se dispone de un espacio idóneo en los despachos de la fiscalía (donde se recibe la primera declaración del imputado) así como tampoco en los juzgados, para que se lleve a cabo la comunicación privada entre la persona acusada y su defensor técnico. Inclusive, estando el acusado en libertad se conversa con él en las afueras del despacho, usualmente en el espacio donde se ubica al público. Peor ocurre cuando la persona acusada se encuentra detenida, pues la conversación entre ella y su defensor se realiza en un espacio dentro del despacho de la fiscalía, donde no existe privacidad. En este último supuesto, aun partiendo de que se

⁸³ “**Artículo 182.- Libertad Probatoria.** Podrán probarse los hechos y las circunstancias de interés para la solución correcta del caso, por cualquier medio de prueba permitido, salvo prohibición expresa de la ley”.

le facilite a la defensa una oficina privada para conversar con el imputado, la presencia de los custodios impide una auténtica privacidad. Sin embargo, es de resaltar que el artículo 41 de la circular 50-2002 del consejo superior, relativa al tema de los traslados de detenidos, el cual indicaba que no podía haber una distancia mayor a dos metros entre el imputado y sus custodios, fue declarado inconstitucional en este punto mediante resolución de sala constitucional 2004-05165 del catorce de mayo del 2004, lo cual ha implicado una mejora en las condiciones de comunicación entre defensa material y técnica.

5. Medidas Cautelares. En este tema debemos hacer nuevamente referencia a la importancia de la oralidad. Ella, pues, si bien es cierto de acuerdo con la normativa vigente no se prevee la realización de una audiencia oral, si la fiscalía decide gestionar la aplicación de la prisión preventiva, la defensa puede plantear por escrito, la solicitud de libertad, oposición a la medida cautelar solicitada por ministerio público y, en su defecto, ofrecimiento de una medida menos gravosa, pero también puede gestionar la realización de una audiencia oral para discutir la aplicación de esa medida cautelar o proponer otras menos lesivas. Al respecto, debemos tomar en cuenta que el artículo 242 CPP hace referencia a esta audiencia oral como atribución del tribunal, pero lo cierto es que, mediante resoluciones de la sala constitucional, se ha reconocido la obligación de señalar dicha audiencia si la defensa así lo solicita, de manera que no puede ser rechazada sin fundamento alguno. Solo con motivos de peso podría el tribunal negarse a realizarla.⁸⁴ La defensa puede en estas audiencias ofrecer prueba que demuestre cualquier aspecto que le resulte de interés, por ejemplo, el tema del arraigo del imputado ante el peligro procesal de fuga, en cuyo caso podría por ejemplo, ofrecer testigos que declaren sobre el trabajo del imputado (patrono, compañeros de trabajo), o su domicilio (vecinos). Incluso la gestión para que se señale una audiencia oral se puede realizar también ante el tribunal de alzada que conozca la apelación de la prisión preventiva, y solo por motivos justificados y con un análisis de los mismos puede la gestión de la audiencia oral ser rechazada.

Además, se ha reconocido la posibilidad de que la defensa técnica plantee de manera oral los argumentos de su apelación, tal y como lo indica la siguiente jurisprudencia constitucional que resolvió el habeas corpus planteado por un defensor a quien se le declaró inadmisibles sus apelaciones pues fue en la audiencia oral que explicó sus argumentos. Así las cosas, el tribunal no puede alegar en el voto No. 288-2007 que desconoce los motivos de la inconformidad, y declarar bajo ese argumento inadmisibles las apelaciones en virtud que los mismos fueron expuestos en la audiencia oral. En virtud de lo anterior, considera la sala que el hecho de que el tribunal recurrido hubiera declarado inadmisibles el recurso de apelación interpuesto en contra de la prisión preventiva decretada para el amparado y, que tal declaratoria se debiera a la falta de motivación de la apelación, es lesivo del derecho a la defensa del amparado en razón que el defensor ofreció los alegatos que consideró fundamentales y que podrían incidir respecto de la libertad personal del imputado que se ha visto coartada con la prisión preventiva pero el tribunal, de manera arbitraria, sin la debida fundamentación y sin realizar un análisis objetivo, se inclina por declarar inadmisibles el recurso y de esta forma el juez del tribunal de juicio olvida que con la introducción de informalidad y la oralidad se pretende que los procesos sean más expeditos y le compele –en la forma de una verdadera exigencia- al abogado defensor a utilizar el momento procesal que le brindan las audiencias

⁸⁴ Así por ejemplo la resolución de Sala Constitucional, No. 7321-1999 de las 17:15 horas del 21 de setiembre de 1999, indica que “...si en el caso concreto, en ejercicio de ese derecho de defensa, el imputado y su defensor ofrecieron prueba que consideraron fundamental y que podría incidir respecto de la libertad personal del imputado que se ha visto coartada con la prisión preventiva pero el Tribunal, de manera arbitraria, sin la debida fundamentación y sin realizar un análisis objetivo, se inclina por denegar la evacuación de tal prueba, la recepción de la declaración oral del imputado y la realización de la vista solicitada tal actuación es, en criterio de esa Sala, lesiva de los derechos fundamentales del imputado en los términos expresados...” En igual sentido resolución 2007-009233 de las dieciocho horas y dos minutos del veintiséis de junio del 2007.

orales para concretar con eficacia su estrategia de defensa. En consecuencia, en el voto No 228-2007, el tribunal no se abocó a resolver acerca de la argumentación presentada por el defensor en la vista para desvirtuar los elementos que fundamentan la prisión preventiva del recurrente Asimismo, se les recuerda a los miembros del tribunal accionado que los jueces deben resolver en forma oral e inmediata las peticiones sometidas a su consideración, sobre la base de la información discutida, exclusivamente, en la audiencia, en aras de garantizar el derecho a una resolución pronta y cumplida que analice la privación de libertad y la necesidad de mantener medidas cautelares⁸⁵.

Sin embargo, se ha recomendado, por parte de la dirección de la defensa, que los defensores(as), al momento de plantear sus argumentos oralmente, verifiquen que los mismos queden consignados en el acta de la diligencia que levanta el juez, en caso de que no exista grabación de video o audio, en vista de que en una oportunidad se rechazó el recurso planteado por la defensa técnica por el tribunal de alzada, pues no quedaron registrados los motivos planteados⁸⁶.

En la práctica se ha determinado la enorme importancia de la realización de la audiencia oral a efectos de que opere la prisión preventiva únicamente en los casos en que, efectivamente, se ajusta a los requisitos procesales y a los principios de razonabilidad y legalidad. Esto se determinó en un estudio elaborado sobre el tema de la audiencia oral, ya que del mismo se llegó a concluir que, en los casos en que se realiza la audiencia oral con la presencia de todas las partes, disminuye el porcentaje de procesos en que se dicta prisión preventiva pues la audiencia humaniza el proceso y obliga a un análisis profundo de las circunstancias del caso concreto⁸⁷. Tal y como señalamos anteriormente, a partir del año 2005, se generó un proyecto de capacitación promovido por la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia (el cual sigue vigente), para lograr una efectiva aplicación de la oralidad dentro del proceso penal y, de esta manera agilizar los tiempos de resolución de los conflictos, a la vez que se humaniza la administración de la justicia, ya que la persona escucha de viva voz los argumentos que da el tribunal para resolver su caso de manera oral y fundamentada. De igual manera, la audiencia oral permite al juzgador conocer a la persona que se encuentra acusada y la escuche, máxime que, por su función, el órgano jurisdiccional está tomando decisiones que impactarán sobre el futuro de esta persona al decidir sobre la posible aplicación de medidas cautelares. Asimismo, permite que la prueba sea sometida al contradictorio de manera que las partes puedan discutir la legalidad de éstas.

En contraste en la práctica, con el CCP de 1973, todas las gestiones referentes al tema de medidas cautelares se verificaban de manera escrita, tanto ante el juez de la instancia, o ante el tribunal de alzada. Solo de manera muy excepcional se llevaba a cabo algún tipo de audiencia de recepción de prueba.

6. Ofrecimiento de pruebas por parte de la defensa. El numeral 292 del CPP, indica la participación de las partes en los actos de investigación que se practiquen. Específicamente señala en su segundo párrafo: “Artículo 292.- Participación en los actos. [...]. Cualquiera de las partes podrá proponer diligencias de investigación. El ministerio público deberá realizarlas si las considera pertinentes

⁸⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. N° 014144-2007 de las doce horas dieciséis minutos del cinco de octubre del dos mil siete.

⁸⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res.15965-2007 de las quince horas siete minutos del seis de noviembre del dos mil siete.

⁸⁷ Así por ejemplo en dicho estudio se determinó que en caso de realización de audiencias orales el 77% se resolvía a favor de medidas cautelares no privativas de libertad y solo un 23% generaba prisión preventiva mientras que cuando la decisión se tomaba con base en la solicitud tramitada por escrito únicamente el porcentaje de prisión preventiva aumentaba a un 53% mientras que el porcentaje de imposición de otras medidas cautelares, no privativas de libertad, disminuía a un 47%. Madrigal Zamora, Roberto, **Dictado de las Medidas Cautelares**, en: Seminario “*La prisión preventiva: el advenimiento de una nueva verdad en el proceso penal*”, Poder Judicial, Defensa Pública de Costa Rica, enero del 2000, gráfico titulado **Tipo de medida impuesta**.

y útiles, y hará constar las razones de su negativa, a los efectos que después correspondan. En este último caso, las partes pueden acudir ante el tribunal del procedimiento preparatorio que se pronunciará, sin sustanciación, sobre la procedencia de la prueba.” Como vemos, este mismo artículo hace referencia al hecho de que las partes podrán proponer la realización de las diligencias que sean de su interés, y que el ministerio público las realizará “*si las considera pertinentes y útiles*”, caso contrario registrará el motivo de su rechazo, pudiendo la parte en este supuesto acudir ante el órgano jurisdiccional encargado del procedimiento preparatorio para que este resuelva el diferendo.

Vista esta situación, queda clara la enorme importancia de que el juez de esta etapa mantenga plena objetividad y escuche los argumentos de las partes de una manera totalmente imparcial, alejándose del perfil de juez instructor que correspondía al sistema anterior, a efectos de valorar las solicitudes que se le planteen, como ya dijimos, con total imparcialidad.

Por otra parte, es importante resaltar aquí el hecho de que la defensa pública cuenta a la fecha con seis investigadores que auxilian a los defensores públicos, en los casos en que estos solicitan su colaboración y, que, en varios procesos, su participación ha tenido resultados positivos.⁸⁸ Lamentablemente, existe todavía resistencia a la función que realizan los investigadores de la defensa pública, pues se considera que la investigación está en manos de la policía judicial, sujeta a la dirección funcional del ministerio público. Sin embargo, la existencia de procesos en que la prueba de descargo ha sido aportada por la unidad de investigación de la defensa, evidencia la necesidad de ésta.

Por supuesto, encontramos aquí una gran diferencia en relación con los recursos con los que cuenta el ministerio público, pues el número de oficiales de investigación del organismo de investigación judicial es mucho mayor ya que el número de sus investigadores asciende a 1021 funcionarios,⁸⁹ lo cual pone a la defensa en franca desventaja en esta área. Tómemos en cuenta que, inclusive, a nivel doctrinal se ha indicado esta situación, señalando que la misma: “... deja en un estado de desigualdad al imputado y a la defensa, que se contraponen a la pretensión punitiva representada naturalmente por el ministerio público. El principio de igualdad de armas, que debe regir en un sistema acusatorio, en definitiva tiene apenas una pequeña vigencia en el procedimiento preparatorio (...) El principio de igualdad de armas debe permitir también que la defensa realice su propia investigación.”⁹⁰

Por otra parte, en cuanto al tema de las pruebas técnicas, la defensa pública puede acceder aquellas pruebas que son practicadas por los expertos del organismo de investigación judicial. como ya vimos conforme al numeral 292 CPP, gestionándolas ante la fiscalía, y en caso de que esta las rechace por

⁸⁸ Así entre otros, un proceso penal (expediente 05-000676-063-PE) en el cual el Ministerio Público acusaba un homicidio calificado, de la investigación realizada por la Unidad de Investigación de la Defensa Pública, se ubicó prueba testimonial consistente en el dicho de la primera persona que encontró el cuerpo del ofendido y describió su posición, aspecto este que al ser analizado en conjunto con las lesiones descritas en la autopsia generó duda acerca de la posibilidad de que la muerte se produjera de manera accidental y no homicida, al resbalar el ofendido por los escalones de su casa encontrándose en estado etílico, por lo cual se absolvió al imputado por “*In dubio pro Reo*”. También en otro proceso por homicidio calificado (expediente 05-013845-042-PE), se acusaba a un hombre de empujar de manera intencional a su compañera sentimental por una discusión de dinero, de manera que cayó al cauce de un río donde se ahogó. Con la investigación que realizó la unidad de la Defensa Pública se determinó que la ofendida por voluntad propia pretendió cruzar con su pareja el río, pero que al encontrarse éste muy crecido por las lluvias que habían caído en ese momento, la corriente los separó y la arrastró, de manera que el imputado fue absuelto. Entre las pruebas aportadas se encontraban fotos del lugar de los hechos, certificación del servicio meteorológico y testimonios. Finalmente, en un proceso por Robo agravado (Exp. 05-013788) se desvirtuó la posibilidad de que la testigo de cargo pudiera haber observado desde su casa de habitación y en horas de la madrugada, el vehículo donde fue asaltado el ofendido. Ello mediante secuencia fotográfica que evidenció la existencia de obstáculos en la visibilidad entre ambos puntos (vegetación, verjas, distancia e inclinación del terreno).Fuente: Informes de fecha 20 de julio del 2007 rendidos por la Unidad de Investigación de la Defensa Pública.

⁸⁹ Información brindada por la Administración de la Secretaría General del OII mediante correo electrónico de fecha 6 de mayo, suscrito por el licenciado Mario Fonseca Umaña.

⁹⁰ Llobet, Javier. Derecho Procesal Penal I, Aspectos generales. San José, Editorial Jurídica Continental, Primera Edición, 2005, pp. 95-96

algún motivo, puede acudir ante el juez de la etapa preparatoria, para que éste las ordene si considera procedente la gestión de la defensa. En este sentido, la defensa sí se ve limitada pues depende de la opinión de la fiscalía y en su defecto de la decisión del juez. En todo caso, otra desventaja que sí tiene la defensa pública, como ya mencionamos, consiste en que el resultado de la prueba, favorable o no, será de conocimiento de todas las partes, lo cual, por ejemplo, no ocurre con una prueba gestionada por defensa particular, que cuenta con los recursos económicos para acudir a un experto particular, y puede definir visto el resultado de la pericia, si lo aporta o no al proceso.

La defensa pública puede gozar de la asesoría de un consultor técnico, al igual que cualquiera de las partes intervinientes en el proceso. Esto de conformidad con el artículo 126 CPP: “Artículo 126.- Consultores técnicos. Si por las particularidades del caso, el ministerio público o alguno de los intervinientes consideran necesaria la asistencia de un consultor en una ciencia, arte o técnica, lo propondrán al ministerio público o al tribunal, el cual decidirá sobre su designación, según las reglas aplicables a los peritos, sin que por ello asuman tal carácter. El consultor técnico podrá presenciar las operaciones periciales, acotar observaciones durante su transcurso, sin emitir dictamen, y se dejará constancia de sus observaciones. Podrán acompañar, en las audiencias, a la parte con quien colaboran, auxiliarla en los actos propios de su función o interrogar, directamente, a peritos, traductores o intérpretes, siempre bajo la dirección de la parte a la que asisten.”

Con respecto a este tema y cuáles son las opciones de consultoría técnica para la defensa pública, en sesión 31-04, se acogió por corte plena el informe rendido por la comisión de asuntos penales, en el cual se analizan los planteamientos realizados acerca del tema por un fiscal adjunto, la jefatura de la defensa pública, la dirección del organismo de investigación judicial, un juez de juicio, y la secretaría general de la corte en torno al tema. En dicho informe, después de hacerse un análisis normativo de la figura del consultor técnico, así como de la figura del perito, se concluyó que son los peritos del organismo de investigación judicial, quienes deben asumir el papel de consultores técnicos, cuando la parte lo solicite, y no cuente con recursos para financiar su propio consultor: “...lo conveniente es que el organismo de investigación judicial ceda a sus funcionarios para que con anterioridad al juicio oral, evacúen las dudas que tengan respecto de los peritajes oficiales. Esta asesoría es la única que se puede ofrecer dadas las condiciones económicas del poder judicial. En casos muy calificados, a juicio del departamento de medicina legal así como el departamento de laboratorio de ciencias forenses u otras dependencias análogas del organismo de investigación judicial, se podrá asignar consultores técnicos que acompañen a las partes a los señalamientos hechos por las autoridades judiciales o a la ejecución de determinados peritajes. Esta recomendación debe permanecer, a juicio de esta comisión, mientras no se asignen a la institución recursos adicionales tendientes a ampliar el ámbito del servicio que aquí se recomienda. Todo lo anterior está referido a la participación de los consultores técnicos cuando deban ser cubiertos por el poder judicial, y sin perjuicio de que la facultad que tiene la parte interesada de costear dicha asesoría en los casos que sea procedente...”

Por lo tanto, cuando un defensor público solicita el nombramiento de un consultor técnico, el mismo se designa de entre los miembros del departamento que rindió la pericia, sin que pueda ser nombrado como consultor quien haya rendido la pericia como perito oficial del caso. Sin embargo, es de resaltar la posición que mantuvo en aquella oportunidad la entonces directora del organismo de investigaciones judiciales, Lineth Saborío, quien en oficio 1305-DE-00 dirigido a la comisión de asuntos penales, externó su criterio: “Considera que ‘al otorgársele al organismo de investigación judicial el carácter de «perito oficial» del ministerio público o de los tribunales y, a su vez, de «asesor» o «consultor técnico» de alguna de las partes, viene a provocar una contraposición de funciones, dado que un mismo órgano debe asumir posiciones totalmente diferentes dentro del proceso penal, lo que, sin lugar a dudas, llevará a criterios encontrados, generando conflictos internos dentro de las diferentes secciones del

organismo de investigación judicial y variando los fines para los cuales fue creada esa institución. Enfatiza la necesidad de citar lineamientos en dicha materia, así como de crear plazas de consultor técnico o autorizar la contratación de consultores por honorarios.”⁹¹

Vista esta situación, la defensa pública ha procurado contar con recursos económicos, para la contratación de peritos y consultores técnicos en los casos en que se requiera, pues efectivamente ha ocurrido que en algunos profesionales del departamento de ciencias forenses se han mostrado renuentes a asesorar a la defensa pública en calidad de consultores técnicos, lo que ha obligado a la interposición de quejas disciplinarias ante la inspección judicial.

7. Negociaciones para la aplicación de medidas alternas o procedimientos especiales. En esta etapa, las partes pueden iniciar las negociaciones necesarias para que operen los institutos de la conciliación, la suspensión del proceso a prueba, la reparación integral del daño o bien, se aplique un procedimiento especial (en particular el procedimiento abreviado). Resulta evidente aquí la importancia del tema de la oralidad, pues este tipo de gestiones se realizan, por lo general, conversando. Sin embargo, en muchos casos se pide que las gestiones de negociación se plasmen por escrito, como una especie de registro.

En cuanto a este tema, el ministerio público en octubre del 2006, giró la circular 31-2006, conforme a la cual se señala que “...al momento de la indagatoria o a la mayor brevedad, se le propondrá al imputado y su defensor la aplicación del procedimiento abreviado”, y para ello se le brindará un plazo de diez días, transcurrido el cual, no se accederá a éste. Esta disposición del ministerio público, preocupa sobremanera a la defensa pública pues, usualmente, en un plazo de diez días no se ha recabado la totalidad de la prueba, y por ello la defensa técnica sería irresponsable en aconsejar la aplicación del abreviado a su defendido, sin tener claridad acerca del panorama. Es de resaltar que, inclusive, la normativa legal, sea el CPP vigente, en su artículo 373 indica que se podrá proponer la aplicación del procedimiento abreviado “*hasta antes de acordarse la apertura a juicio*”. Sin embargo, la mencionada circular se ha convertido en un obstáculo para la aplicación del procedimiento abreviado, pues los fiscales se apegan a su contenido.

También puede ocurrir que durante la etapa preparatoria, la defensa solicite al ministerio público la aplicación de un criterio de oportunidad si le parece que el asunto se ajusta a cualquiera de los supuestos contemplados en la ley procesal⁹² (pena natural, saturación de pena, bagatela o insignificancia), o bien, si desea plantear la negociación propia del llamado “Testigo de la Corona o arrepentido”. Con el CCP de 1973, ninguna de estas opciones resultaba posible en delitos de acción pública, y únicamente la conciliación podía realizarse en delitos de acción privada.

⁹¹ Oficio Comisión de Asuntos Penales, CAP002-04 del 8 de julio del 2004

Artículo 22.- Principios de legalidad y oportunidad

El Ministerio Público deberá ejercer la acción penal pública en todos los casos en que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de la ley.

⁹² No obstante, previa autorización del superior jerárquico, el representante del Ministerio Público podrá solicitar que se prescinda, total o parcialmente, de la persecución penal, que se limite a alguna o varias infracciones o a alguna de las personas que participaron en el hecho, cuando:

a) Se trate de un hecho insignificante, de mínima culpabilidad del autor o del partícipe o exigua contribución de este, salvo que afecte el interés público o lo haya cometido un funcionario público en el ejercicio del cargo o con ocasión de él.

III. FASE INTERMEDIA:

Durante la fase intermedia, en el supuesto de que el ministerio público realice una solicitud diferente a la acusación, el juez de la etapa intermedia resuelve sobre esta gestión, salvo que considere necesario realizar la audiencia preliminar (artículo 310 CPP).

Ahora bien, si el ministerio público plantea Acusación, conforme al artículo 316 del CPP, corresponde al juez del procedimiento intermedio ponerla en conocimiento de la defensa, “...*el tribunal del procedimiento intermedio notificara a las partes y pondrá a su disposición las actuaciones y evidencias reunidas durante la investigación, para que puedan examinarlas en el plazo común de cinco días.*” Además, procederá a convocar a la audiencia preliminar.

El defensor por su parte, puede plantear todas las oposiciones, solicitudes, excepciones y ofrecimientos de prueba que considere pertinentes de conformidad con el artículo 317 del Código Procesal Penal: “Artículo 317.- Facultades y deberes de las partes. Dentro del plazo previsto en el párrafo primero del artículo tras anterior, las partes podrán: a) objetar la solicitud que haya formulado el ministerio público o el querellante, por defectos formales o sustanciales; b) oponer excepciones; c) solicitar el sobreseimiento definitivo o provisional, la suspensión del proceso a prueba, la imposición o revocación de una medida cautelar o el anticipo de prueba; d) solicitar la aplicación del procedimiento abreviado, de un criterio de oportunidad o de la conciliación; e) ofrecer la prueba para el juicio oral y público, conforme a las exigencias señaladas para la acusación. Plantear cualquier otra cuestión que permita una mejor preparación del juicio. Dentro del mismo plazo, las partes deberán ofrecerlos medios de prueba necesarios para resolver las cuestiones propias de la audiencia preliminar”

Para ello, la defensa cuenta con dos oportunidades, la audiencia escrita prevista en el numeral 317 del CPP, y la audiencia preliminar propiamente dicha, a la cual deben asistir obligatoriamente el fiscal y el defensor así como querellante y el actor civil (aun cuando si estos dos últimos faltan no se suspende la audiencia), y en la cual pueden intervenir el imputado, y la víctima.

En la audiencia preliminar destaca el tema de la oralidad para aquellos casos, en que, según la estrategia de la defensa, resulte importante externar las acotaciones que considere pertinentes. Por ejemplo: solicitar un sobreseimiento definitivo basándose en la inexistencia de un elemento constitutivo del tipo penal se podría alegar directamente en la audiencia preliminar sin causar perjuicio al imputado pues es un tema insalvable, pero la argumentación relativa a la ausencia de una prueba sobre un elemento constitutivo del tipo penal como fundamento para la solicitud de sobreseimiento, es un argumento que debe reservarse para la etapa de juicio, y específicamente, conclusiones.

-
- b) Se trate de asuntos de delincuencia organizada, criminalidad violenta, delitos graves o de tramitación compleja y el imputado colabore eficazmente con la investigación, brinde información esencial para evitar que continúe el delito o se perpetren otros, ayude a esclarecer el hecho investigado u otros conexos o proporcione información útil para probar la participación de otros imputados, siempre que la conducta del colaborador sea menos reprochable que los hechos punibles cuya persecución facilita o cuya continuación evita. No obstante lo dispuesto en el artículo 300, en los casos previstos en este inciso, la víctima no será informada de la solicitud para aplicar el criterio de oportunidad y, si no hubiere querrellado no tendrá derecho de hacerlo con posterioridad, salvo que el Tribunal ordene la reanudación del procedimiento conforme al artículo siguiente.
 - c) El imputado haya sufrido, a consecuencia del hecho, daños físicos o morales graves que tornen desproporcionada la aplicación de una pena, o cuando concurran los presupuestos bajo los cuales el tribunal está autorizado para prescindir de la pena.
 - d) La pena o medida de seguridad que pueda imponerse, por el hecho o la infracción de cuya persecución se prescinde, carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad impuesta, que se debe esperar por los restantes hechos o infracciones que se le impuso o se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero. En estos últimos casos, podrá prescindirse de la extradición activa y concederse la pasiva.
- La solicitud deberá formularse por escrito ante el tribunal que resolverá lo correspondiente, según el trámite establecido para la conclusión del procedimiento preparatorio.

(Así reformado por el artículo 15 de la Ley de Reorganización Judicial No.7728 de 15 de diciembre de 1997)

Es de resaltar que, es en este momento procesal, por lo general, que se plasma la aplicación de medidas alternativas, se culminan las negociaciones que se hayan realizado en la fase preparatoria sobre la conciliación, suspensión del proceso a prueba, la reparación integral al daño, o el procedimiento abreviado. Es más, en una cantidad considerable de casos, estas negociaciones se realizan en el momento de la audiencia preliminar misma, pues procesalmente es el primer momento en que todas las partes se encuentran presentes, exceptuando el supuesto de un anticipo jurisdiccional de prueba.

En el tema del proceso abreviado, debemos resaltar la dificultad que este conlleva para la defensa al momento de valorar su procedencia. Ciertamente, en aquellos casos en que la prueba en contra del imputado es aplastante e indiscutible, tanto porque es prueba que por el fondo lo compromete, además de que ha sido legalmente obtenida, el abreviado resulta entonces un recurso valioso para asegurar una penalidad lo más favorable posible para el imputado que se encuentre dispuesto a someterse a él.

El problema radica más bien en aquellos casos en que la prueba de cargo existe, pero es posible argumentar en contra de ella, sea por cuestiones atinentes a la forma en que puede ser valorada o bien, por defectos procesales que afecten su legitimidad. En estos casos resulta incierto el resultado de las gestiones de la defensa técnica en contra de dicha prueba. Sin embargo, es usual que el imputado exija total certeza de que por esas argumentaciones será absuelto para decidirse a ir a juicio, seguridad que, en la mayoría de los casos, el defensor no puede brindar, siendo que, ante esta duda, el imputado, en ejercicio de su defensa material, opta por acogerse a un procedimiento abreviado, a pesar del consejo del defensor para que opte por ir al juicio oral al contradictorio. Esta situación, que para la defensa técnica resulta sumamente preocupante, no se presentaba con el CPP de 1973, pues ahí, como sabemos, la única opción para la defensa era ir al juicio y pelear con toda su pericia técnica a favor de su representado en la mayoría de los casos, aun cuando tenía también la posibilidad de aceptar los hechos buscando la aplicación de la pena mínima.

Razonamientos similares se pueden aplicar a las medidas alternas, incluida la conciliación, pero resultan de especial cuidado en los casos de suspensión del proceso a prueba (puesto que el imputado debe aceptar los cargos y agota la posibilidad de acogerse a esta medida alterna por un plazo de cinco años) y la reparación integral del daño (que al igual que la suspensión solo se puede realizar por parte del imputado una vez cada cinco años).

Un aspecto en que el defensor debe estar particularmente atento, consiste en el supuesto del criterio de oportunidad, relativo al llamado “Testigo de la Corona o Arrepentido”. El defensor que asesora y acompaña al “Arrepentido” en ese proceso de negociación, debe estar vigilante de lograr el mayor beneficio a favor de su representado dentro de la legalidad. Por otra parte, el Defensor que asesora a quien se ve perjudicado por las manifestaciones del “Arrepentido”, debe verificar que esa negociación se llevó a cabo en un marco de legalidad absoluta, respetando los criterios contenidos en el artículo 22 inciso b) del CPP el cual indica: “Artículo 22.- Principios de legalidad y oportunidad (...) b) Se trate de asunto de delincuencia organizada, criminalidad violenta, delitos graves o de tramitación compleja y el imputado colabore eficazmente con la investigación, brinde información esencial para evitar que continúe el delito o se perpetren otros, o ayude a esclarecer el hecho investigado u otros conexos o proporcione información útil para probar la participación de otros imputados, siempre que la conducta del colaborador sea menos reprochable que los hechos punibles cuya persecución facilita o cuya continuación evita.”

Sin embargo, una gran preocupación para la defensa es que en la práctica la audiencia preliminar no ha operado como el filtro que pretendía ser, ya que en muchos casos, asuntos que podrían finalizar en dicha etapa son enviados a debate. lo cual es un lamentable desperdicio de recursos materiales y humanos, y ello sin mencionar el efecto negativo que el proceso penal tiene sobre las partes involucradas en él.

Recordemos que con el Código de 1973, lo que ocurría al finalizar la fase de instrucción, era que ante el requerimiento de elevación a juicio del ministerio público, se le brindaba audiencia de este a la

defensa. Si en esta audiencia el defensor se oponía a la elevación a juicio, el órgano jurisdiccional que consideraba procedente la solicitud del ministerio público, debía dictar el auto de elevación a juicio el cual también era apelable por la defensa, pero si era confirmado abría la puerta a la fase de juicio. Todas estas gestiones se desarrollaban de manera escrita.

Como vemos, la participación de la defensa en la etapa intermedia puede ser tan amplia o tan limitada como el defensor considere prudente a los intereses de su representado.

IV. JUICIO ORAL Y PÚBLICO

En la fase de debate, la participación de la defensa no ha variado sustancialmente de la que forma en que estaba planteada en el CPP de 1973. Los dos aspectos que han variado se refieren a: i) el momento de la apertura a juicio, en el cual se otorga la palabra a la defensa, a fin de que refiera su posición en relación con la acusación, según numeral 341 del Código de Rito, lo cual con el CPP de 1973 no existía. ii) orden de interrogatorio de los testigos, siendo que anteriormente todos los testigos eran entrevistados primeramente por el tribunal, después por el fiscal y por último por la defensa, mientras que actualmente el tribunal le indica al testigo que manifieste lo que le consta sobre el hecho, permitiendo posteriormente el interrogatorio directo de la parte que ofreció al testigo, para que después continúen las otras partes. El numeral 352 CPP que es el que desarrolla este aspecto, señala que se procurará que la defensa interroge de último. iii) en esta etapa toda la prueba debe ser incorporada oralmente, y la incorporación por lectura de prueba documental opera de manera extraordinaria de conformidad con los supuestos contemplados en el artículos 334 CPP.⁹³

Una preocupación que enfrenta la defensa es el interrogatorio que acostumbran realizar algunos jueces en la fase de debate, lo cual es un contrasentido a la luz de un proceso adversarial, del mismo modo que ocurre con la “prueba para mejor resolver” que el tribunal puede hacer traer. Si nos encontramos en un proceso de corte acusatorio y adversarial, es labor de las partes el plantear el interrogatorio conforme a la estrategia de cada parte, así como procurar presentar la prueba u ofrecerla oportunamente, ya que, cuando el órgano jurisdiccional asume oficiosamente estas funciones, desnaturaliza el principio de objetividad y evidencia una posición sobre el asunto que se le está planteando, dejando su papel de arbitro imparcial, para asumir la labor que alguna de las partes ha dejado de hacer. En este sentido, la capacitación sobre oralidad a la que nos hemos referido anteriormente, ha procurado generar conciencia de que cada uno de los actores en el proceso penal debe asumir su papel, con responsabilidad y no realizar funciones que le son ajenas.

⁹³ ARTICULO 334.- Excepciones a la oralidad

Sólo podrán ser incorporados al juicio por su lectura:

- a) Las pruebas que se hayan recibido conforme a las reglas del anticipo jurisdiccional de prueba, sin perjuicio de que las partes o el tribunal exijan la reproducción, cuando sea posible.
 - b) La denuncia, la prueba documental y los peritajes, los informes, las certificaciones y las actas de reconocimiento, registro, inspección, secuestro, requisa, realizadas conforme a lo previsto por este Código.
 - c) Las declaraciones prestadas por coimputados rebeldes o absueltos.
 - d) Las actas de las pruebas que se ordene recibir durante el juicio, fuera de la sala de audiencias.
- Cualquier otro elemento de prueba que se incorpore por lectura al juicio, no tendrá valor alguno, salvo que las partes y el tribunal manifiesten expresamente su conformidad en la incorporación.

CONCLUSIÓN: El nuevo proceso penal ha permitido que la defensa técnica participe de manera más dinámica y activa a lo largo de sus diferentes etapas, evidenciándose con ello cada vez más la importancia de una buena preparación técnica-jurídica de los y las integrantes de la defensa pública, sin obviar en manera alguna, los valores que deben inspirar a nuestra institución y que se conjugan en el respeto a la dignidad del ser humano, razón de ser del sistema democrático. Sin embargo, no podemos obviar el hecho de que ha habido aspectos del actual proceso penal, que han sufrido un tratamiento erróneo por parte de los operadores jurídicos, impidiendo en ocasiones el ejercicio pleno del derecho de defensa, generando con ello la afectación al debido proceso, motivo por el cual, la defensa técnica debe actuar de manera diligente y activa, para lograr el absoluto respeto de los derechos fundamentales de la personas que representa.

IV. LA IMPLEMENTACIÓN DE LA REFORMA PROCESAL PENAL

1. EL CONTROL DE LA INVESTIGACIÓN PENAL: LA DEBILIDAD DEL MINISTERIO PÚBLICO Y EL PODER POLICIAL

FERNANDO CRUZ CASTRO

Profesor de la Universidad de Costa Rica, y
Magistrado de la Sala Constitucional de Costa Rica

Sumario: I- Introducción. Algunos datos históricos. II- La función política de la policía. III- La función preventiva y represiva. IV- Ministerio Público - Policía. Las dificultades de una supuesta dirección funcional. V- La eficacia y el respeto de las garantías individuales. La compatibilidad de dos objetivos aparentemente contradictorios. VI- Las limitaciones a la libertad y la presunción de inocencia. VII- Las potestades policiales en el interrogatorio de sospechosos. Su trascendencia en el proceso. VIII -Exclusión de las pruebas obtenidas mediante un procedimiento ilegal o inconstitucional. La prueba ilícita. IX- Requisitos básicos que requiere la policía en una sociedad democrática.

I. INTRODUCCIÓN. ALGUNOS DATOS HISTÓRICOS

Con el nacimiento de los Estados nacionales, la concentración urbana, la prosperidad del comercio, exigieron la necesidad de contar con un cuerpo de policía.⁹⁴ Así nace la “police”, tal como se la denominó en Francia. Su objetivo era mantener el orden público, evitando robos, disturbios, etc. Cuidaba de los bienes públicos. Inicialmente, la policía protegía los bienes públicos, las otras funciones relacionadas con la investigación criminal fueron surgiendo gradualmente. La ciudadanía busca, inevitablemente, el auxilio policial cuando es víctima de un hecho delictivo. Esta es la función de protección frente a la víctima, pero también el poder policial puede lesionar las garantías fundamentales de la persona sobre la que recae la investigación del hecho criminal. No puede ignorarse que la potestad policial surge como expresión del poder del príncipe y de la monarquía absoluta, cuyo espíritu aún inspira, en muchas ocasiones, la política policial. Es una función que surge en un contexto histórico autoritario, en una época en que aun no se habían definido claramente las libertades individuales y la división de poderes, por esta razón es más fácil que la policía se convierta en una institución represiva y autoritaria y no en un instrumento que fortalece el respeto a las libertades fundamentales. Tanto en las actividades de control, como en las represivas, se pueden conculcar, fácilmente, los derechos ciudadanos.

Durante la revolución francesa se definió muy bien la vocación del servicio público de la policía, al establecer el artículo doce de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (26 de agosto de 1789) que “[...] La garantía de los derechos del hombre y del ciudadano necesita una fuerza pública. Esta fuerza se instituye, por tanto, para beneficio de todos y no para utilidad particular de aquellos que la tienen a su cargo [...]”. Esta disposición se incorporó a la Constitución francesa de 1791. Es decir, que ya desde el siglo XVIII se había establecido, por lo menos en el plano teórico, que la acción coercitiva de la policía debe responder al interés común, cuyo contenido específico se define muy bien en el respeto a los derechos y libertades individuales.

⁹⁴ El nacimiento de las ciudades en la Edad Media y la crisis y desaparición del antiguo régimen en el siglo XVIII (rev. francesa), son dos momentos decisivos en la aparición y desarrollo de la policía moderna. El poder emergente de la burguesía, así como la variación en el concepto de riqueza y poder, provoca también un desplazamiento de la criminalidad hacia delitos de apropiación ilegal de la propiedad, lo que requería, un cuerpo organizado, similar al ejército, que persiguiera tales infracciones. Curbet, Jaume. “Los orígenes del aparato policial moderno en España”- publicado en la obra titulada: “Policía y Sociedad democrática”- Ed. Alianza Universidad. España. 1983. p.51, 52, 53.

Es en Inglaterra en donde surge la primera policía institucionalizada moderna, con las características fundamentales que aún hoy la definen. Fue un desprendimiento del ejército. Este es un dato importante, porque todavía persiste, en muchos países, un estrecho vínculo, directo o indirecto, entre la policía y el ejército.⁹⁵

La potestad de policía es el poder estatal dispuesto a limitar, por vía reglamentaria y sujeto a revisión judicial, determinados derechos subjetivos, especialmente los relacionados a la salubridad, la seguridad y la ética social, con arreglo al programa coexistencial de vida que la sociedad ha elegido para sí.⁹⁶ El control judicial y el respeto a las garantías y derechos fundamentales de la persona, son requisitos fundamentales para la constitución y desarrollo de una policía democrática.

II. LA FUNCIÓN POLÍTICA DE LA POLICÍA

La policía cumple una importante función de control sobre los ciudadanos. Tiene un valor político innegable⁹⁷, asegurando un ejercicio eficaz del poder. Sin embargo, esta función pasa desapercibida. Pocas veces se analiza el valor estratégico que tiene la policía en el ejercicio del poder, destacándose, exclusivamente, el servicio que brinda en la protección y seguridad de los ciudadanos. A partir de esta visión política de la policía, algunos autores plantean la necesidad de que esta institución se examine desde la perspectiva dialéctica de su poder, identificando sus funciones políticas y sus relaciones con los grupos hegemónicos, analizando el papel histórico y clasista que tradicionalmente ha ejercido en nuestros países.⁹⁸

El rol de la policía en el sistema penal, es decisivo, ya que determina la orientación de las investigaciones y, en muchos casos, el fallo condenatorio o absolutorio depende de la actividad policial.⁹⁹

Es un actor fundamental del proceso, aunque muchas veces permanece en la penumbra. La trascendencia de sus actuaciones en el proceso requiere que actúe siempre con la misma imparcialidad que lo debe hacer un representante del ministerio público, debiendo inhibirse por los mismos motivos que lo hace un fiscal.

Las funciones ocultas que cumple la policía la convierten en un actor importante del sistema penal subterráneo, asumiendo actividades en las que sólo interesa la seguridad nacional¹⁰⁰ o la represión

⁹⁵ Herrendorf, Daniel. "El Poder de Policía en un Sistema de Derechos Humanos" Instituto Nacional en Ciencias Penales. México-1990- p.124-125.

⁹⁶ Herrendorf, Daniel. *Ibíd.* p.61.

⁹⁷ La evaluación de la función política de la policía requiere un análisis socio-político del contexto en que actúa. El tipo de sociedad, la ideología del sistema político, determinará, la función real que cumplen los entes policiales. No todas las funciones que cumple tienen reconocimiento jurídico explícito. Las necesidades reales de control van creando atribuciones que están al margen del ordenamiento jurídico, como ocurre, por ejemplo, con las famosas "redadas" o detenciones masivas de delincuentes. La influencia del Poder Ejecutivo o del ejército sobre las actividades policiales, definen, en la práctica, su verdadera función. El tipo de sociedad y su evolución, la tradición de los entes policiales y las tendencias de la criminalidad son variables indispensables en la determinación de las funciones explícitas e implícitas que debe asumir la policía.

⁹⁸ Riera Encinoza, Argenis. "La dialéctica de la función policial en América Latina", publicado en *Derecho Penal y Criminología*. N-9. Marzo 1980. Colombia, p. 75. Citado por Elbert, Carlos Alberto. "Ideología, corrupción y excesos policiales"- *Pena y Estado*. N-3. Argentina, p. 65.

⁹⁹ Como bien lo destaca Carnelutti, los agentes policiales disponen de "terribles poderes", convirtiéndose, en muchas ocasiones, en "árbitros del juicio penal". La intervención inicial de la policía le imprime una huella definitiva al destino del proceso. Carnelutti, F. "Lecciones sobre el Proceso Penal". E.J.E.A. Vol.I, p.263 y siguientes.

¹⁰⁰ La doctrina de la seguridad nacional consideraba que la vigencia de todos los derechos quedaba condicionada por el interés supremo de la seguridad nacional. Posteriormente, surge la doctrina de la seguridad ciudadana, cuyos objetivos prioritarios son los siguientes: a-El poder policial, en procura del aumento o conservación de su control público; b-los medios de comunicación pretenden lograr audiencia y control mediante el terrorismo informativo; c-el poder político procura el clientelismo; d-el poder económico no tradicional pretende que sus actividades no se perciban como criminales. Zaffaroni, E. "Política y Derechos Humanos en América Latina: de la "seguridad nacional" a la "seguridad ciudadana". Publicado en volumen titulado: *Consideraciones en torno a una nueva política criminal en Centroamérica y Panamá*. ILANUD-AECI- Costa Rica-1992. p.176-178.

con fundamento en criterios peligrosistas.¹⁰¹ Esta orientación no fortalece, de ninguna forma, la vigencia efectiva de las garantías previstas en la constitución y en la Convención Americana de Derechos Humanos.

Políticamente, la policía, al igual que el sistema judicial, no han sido diseñados para enfrentar o controlar a los grupos políticos y económicos dominantes. El principio de igualdad en la investigación y persecución de los delitos, es de muy difícil aplicación. Desde sus orígenes históricos, la estructura policial y judicial es un instrumento de control social que sólo percibe y controla las desviaciones de las clases subalternas. Incluso cuando la policía debe investigar a un miembro de los grupos económicos o políticos importantes, el tratamiento que se le da al detenido no se ajusta a las prácticas policiales ordinarias.¹⁰²

III. LA FUNCIÓN PREVENTIVA Y REPRESIVA

La práctica policial se concentra en actividades represivas y no en las preventivas, ya que es políticamente más rentable, a corto plazo. Muy pocas veces se planifica una acción preventiva,¹⁰³ que es la que realmente correspondería a la policía administrativa. La política preventiva representa un alto costo económico, sin embargo, es indispensable emprender una vigorosa estrategia preventiva, con la que no sólo se obtienen mejores resultados a largo plazo, sino que propicia una modificación esencial de los objetivos que tradicionalmente asumen los entes policiales.

La labor preventiva supone una política de información equilibrada a la ciudadanía, evitando los excesos e irracionalidades.¹⁰⁴ La imagen sobre la criminalidad no debe hipertrofiarse, porque tal distorsión es contraproducente.

En los países en los que no se ha creado una policía judicial dependiente del ministerio público o del poder judicial, tal como ocurre en Guatemala, es indispensable impedir la confusión o promiscuidad institucional entre funciones preventivas y represivas. Esta confusión provoca dos consecuencias inconvenientes: a- propicia el ejercicio de una incontrolada discrecionalidad; b- ocasiona bajos niveles de eficiencia en las dos funciones. Es necesario establecer una nítida separación entre actividades preventivas y de investigación, creando estructuras orgánicas distintas, con objetivos y controles claramente diferenciados.¹⁰⁵

¹⁰¹ El poder policial recibe mandatos expresos o inconscientes de seguridad que contravienen garantías constitucionales. A veces tales mandatos se concretan en leyes que le dan poderes incontrolados y que son fundan en la ideología peligrosista. Las funciones preventivas de la policía se fundan en una exclusión radical de las principales garantías penales y procesales, tal como ha ocurrido en Italia. ver Ferrajoli, Luigi. "Derecho y razón" Ed. Trotta. España. 1995. p.764.

¹⁰² El origen social de los miembros de la policía, su contacto con los grupos subalternos, la práctica policial diaria, convierten a la policía en una institución de control de los sectores marginados. Sandoval Huertas, Emiro. "Sistema Penal y Criminología Crítica"-Ed. Temis. Colombia. 1985. p.72 y ss.

¹⁰³ El éxito de las políticas preventivas requiere la creación de canales de comunicación entre la ciudadanía y las autoridades, introduciendo, además, formas de cooperación ciudadana en las tareas preventivas. Las labores preventivas demandan un número suficiente de agentes, una adecuada capacitación y el equipo necesario (especialmente comunicación y movilidad) con el que se puedan planificar las labores de vigilancia, basándose en los datos de la criminalidad existente. Cafferata Nores, José. "La seguridad ciudadana frente al delito y otros trabajos" Ed. Depalma. Argentina. 1991. p.4.

¹⁰⁴ Las deformaciones que puede provocar una campaña de prensa irracional sobre los problemas de seguridad ciudadana, que algunos catalogan como terrorismo informativo, se manifiesta en los siguientes aspectos: a-Difunde en la opinión pública tendencias autoritarias, favoreciendo las acciones de los torturadores y homicidas públicos, que a veces son proclamados como héroes, quienes logran, en algunos casos, escaños legislativos, haciendo gala de sus crímenes; b-fortalece el poder de los sectores policiales y para-policiales (escuadrones de la muerte); c-estimula la formación de peligrosos grupos de "autodefensa"; d-provoca un aumento desmedido de la posesión de armas en manos de la población, aumentando, inevitablemente, el número de homicidios y accidentes fatales; e-instiga públicamente al delito al fortalecer una imagen de absoluta impunidad. Zaffaroni, E. Ob. cit., p.180-181.

¹⁰⁵ Rusconi, Maximiliano. "Reformulación de los sistemas de justicia penal en América Latina y policía: algunas reflexiones." Publicado en revista Pena y Estado. N-3. Argentina, p. 196.

IV. MINISTERIO PÚBLICO- POLICÍA. LAS DIFICULTADES DE UNA SUPUESTA DIRECCIÓN FUNCIONAL

La policía es el gran incógnito, es un tema que no se ha examinado como corresponde. En la literatura jurídica sobre Derecho Procesal Penal, el capítulo de la policía, es mínimo. En la doctrina procesal tradicional, siempre se define a la policía como un auxiliar técnico del juez y del fiscal. La realidad es que esa definición contiene todos los defectos del fraude de etiquetas, pues difícilmente es un ente subordinado. Conforme a la reforma introducida en la mayor parte de los países latinoamericanos, el ministerio público no sólo debería ser el protagonista de la instrucción procesal, sino que respecto de la policía, debe ser el garante que el proceso realmente sea judicial.¹⁰⁶ No es fácil que en la realidad la policía sea el auxiliar de los jueces y del ministerio público. Esa es una imagen equívoca e imprecisa. Aunque en la realidad, especialmente en un proceso de orientación acusatoria, la titularidad de la acción penal se le atribuya al ministerio público, en la práctica, son los cuerpos policiales los que mediante denuncias, investigaciones oficiosas, e informes, ejercen, en la práctica, la acción penal, controlando e influyendo en el desarrollo de la instrucción, recabando pruebas, orientando o desviando la investigación. Las dificultades que enfrenta el ente acusador al pretender ejercer un control sobre la policía, es tan antigua como la institución misma.¹⁰⁷ La actividad judicial, especialmente si se trata de procesos políticamente relevantes, en que se pone a prueba la independencia de la judicatura y de la fiscalía, resulta, de hecho, subordinada a los intereses del poder ejecutivo. “[...] El principio constitucional según el cual la autoridad judicial dispondrá directamente de la policía judicial, se convierte realmente en su contrario: es la policía judicial quien dispone directamente de la autoridad judicial, orientando su trabajo, conforme a las propias opciones e intereses [...]”¹⁰⁸

En esta materia, no hay que olvidar una regla, que, aunque es obvia, no se aplica con todas sus consecuencias político institucionales: el que controla la investigación, controla el resultado del proceso. Esta regla tiene una lectura lúcida en el ámbito político porque generalmente en ningún Estado es posible que la fiscalía o la judicatura, ejerzan un control eficaz de la investigación, con todas sus consecuencias. En algún momento, por un “descuido”, se le permite a la fiscalía contar con un órgano policial de investigación, pero posteriormente, ante los “resultados inesperados” que ha provocado un fiscal que se tomó en serio de la investigación, se reforma la ley y se vuelve al esquema tradicional en el que la fiscalía, ni el juez, tienen un control sobre la investigación. Me parece que ésta fue la devaluación que sufrió la fiscalía hondureña hace algunos años. En el discurso solapado, pero real, sobre las relaciones institucionales, las aguas volvieron a su nivel y el ministerio público de Honduras perdió el poder efectivo sobre la investigación. El caso hondureño refleja muy bien la imagen de una fiscalía que es como una “cabeza sin manos”,¹⁰⁹ pues al no disponer de una policía de investigación, el ejercicio del poder requirente queda muy comprometido. Esta situación no es sólo de Honduras, que es un buen

¹⁰⁶ Ambos, Kai. “Control de la policía por el Fiscal versus dominio policial de la instrucción”. Revista de Ciencias Penales N- 20, Costa Rica. 2002- p.21.

¹⁰⁷ *Ibíd.*

¹⁰⁸ Ferrajoli, Luigi. “Por una reforma democrática del ordenamiento judicial”, publicado en la obra titulada: “Política y Justicia en el estado capitalista”. Ed. Fontanella. España. 1978- p. 180.

¹⁰⁹ Ambos, Kai. *Ob. cit.* (2002).

ejemplo. Es la situación de la mayor parte de los países latinoamericanos.¹¹⁰ Hablamos en el proceso penal de la investigación, pero pocas veces se identifica bien a la persona o instancia de poder que tiene el control político de esa función.

Esta perversión asegura el abuso policial, con pocas instancias de control. También asegura la impunidad del crimen por abuso de poder y corrupción. De igual forma, impide desarrollar una verdadera política de persecución que formalmente se le asigna a una fiscalía que todavía sigue siendo un adolescente en busca de su identidad política.

El caso de Costa Rica, merece un análisis específico, pues aunque realmente existe una policía judicial adscrita al poder judicial¹¹¹ y en el proceso de reforma del modelo enjuiciamiento, se ha logrado un importante avance en la dirección funcional que le corresponde al ente acusador, sin embargo, considero que el peso político de la policía judicial, aún dentro del sistema judicial, sigue siendo mayor que el de la fiscalía. Esta asimetría política entre una y otra institución, que no se ha resuelto satisfactoriamente, deja muchas dudas sobre la capacidad que tiene el fiscal general costarricense, para ejercer la dirección funcional de la policía judicial. La determinación de lo que debe entenderse por dirección funcional es un tema que tiene algunas complejidades prácticas que, en su desarrollo, puede convertirse en un pretexto para mantener intacto el poder político de la policía. El caso costarricense amerita una evaluación de orden sociológico y político, identificando el entramado de los poderes reales y no los formales, a los que somos tan adictos los abogados.

La creación de la policía judicial es una aspiración legítima, pero los condicionantes políticos para lograrlo, son gigantescos.¹¹² Es una pretensión que contradice la vocación totalizadora que tienen las instancias de control; no es fácil quebrar esta lógica.¹¹³ Recuerdo este objetivo desde aquel interesante informe del ILANUD- y el IIDH, que coordinó el profesor Zaffaroni y que se publicó en el año 1986. Los condicionantes políticos y la pretensión totalizadora de las instancias de control, han impedido diferenciar claramente las funciones represivas de las preventivas.

Que el ministerio público pueda dirigir y controlar una policía de investigación es una aspiración que fortalece una visión civilista del proceso, erradicando la tendencia a vincular los objetivos de seguridad ciudadana o peor, de seguridad nacional, con la investigación de hechos criminales. En el caso

¹¹⁰ No sólo es una grave disfunción de muchos países latinoamericanos, sino que en Alemania en algunas regiones se destaca el dominio policial en la fase de investigación. Según lo destaca la fiscal superior, jefa Margarete Bräutigam, cuando menciona que miembros veteranos "... del ministerio fiscal o oír el término "facultad de dirección" resoplaban negando con la cabeza y que posición y realidad jurídicas eran dos cosas totalmente distintas. Según la opinión del Fiscal Superior de Munich, Manfred Wick, la policía ha invadido el terreno del ministerio fiscal precisamente en el campo de la lucha preventiva contra la criminalidad y domina partes de la fase de investigación sin estar sujeta a control alguno...". Ambos, Kai. Ob. cit. p.26. (2002). En el caso de Guatemala y El Salvador se mencionan graves dificultades en la dirección funcional de los agentes policiales. Sobre el tema ver "Informe sobre el seguimiento de la reforma procesal penal en Guatemala"- p.90-91; sobre El Salvador ver: "Informe del seguimiento de la reforma procesal penal en El Salvador"- p.368 y siguientes. Ambos informe publicados en Revista Centroamericana- Justicia Penal y Sociedad. N- 19 (2003)- Guatemala.

¹¹¹ Se ha logrado, en gran medida, lo que propone Ferrajoli sobre la creación de una policía judicial encargada de la investigación de los delitos y de la ejecución de los mandatos judiciales, con una clara separación de los otros cuerpos policiales, con las mismas garantías de independencia que tiene la jurisdicción frente a la administración, y dependiendo, exclusivamente, del órgano judicial. Ferrajoli, Luigi. "Derecho y Razón"- Ed. Trotta. España. 1995- p.768

¹¹² La ubicación institucional de la policía judicial, es un tema trascendental: se requiere, además, que esté bajo la efectiva dependencia funcional de la autoridad judicial (Fiscalía- juez). Debe quedar a salvo de cualquier instrumentalización que responda a interés ajenos a los del propio proceso. Andrés, Perfecto. "Sobre la garantía de los derechos fundamentales del imputado en la Investigación Criminal"- Revista Centroamericana- Justicia Penal y Sociedad. N-19- 2003-Guatemala – p.494.

¹¹³ Bustos Ramírez, Juan. "El control formal policía y justicia"- publicado en la obra titulada: Pensamiento Criminológico II- Editorial Península- España. 1983- p. 71

de Guatemala¹¹⁴ y El Salvador,¹¹⁵ se documentan las dificultades que suscitan la dirección y coordinación con los cuerpos policiales de investigación. El caso de Costa Rica, es un interesante escenario, al igual que lo es la actividad de la fiscalía italiana en el famoso caso *Tangentopoli*. Estos ejemplos permitirían trazar un modelo de fiscalía que realmente ejerza poderes de persecución e investigación. Frente a estos resultados, también ha existido entre la clase política italiana interés de ejercer “mejores controles” sobre el ministerio público. Es decir, que el ministerio público puede encontrar, fácilmente, limitaciones políticas para su acción, convirtiéndose en una institución que propicia la discriminación estructural en la persecución de la delincuencia.¹¹⁶

Estas referencias sobre el comportamiento real del sistema político, tanto en Honduras, Costa Rica e Italia, permite comprender muy bien por qué razón es que le cuesta tanto a la fiscalía contar con un grupo de investigación, porque de nuevo debe recordarse que quien controla la investigación, controla la orientación estructural del proceso. Por desgracia, debo recordar que generalmente los jueces han tenido un papel muy destañado en el control e investigación de las acciones lesivas a los derechos fundamentales de los cuerpos policiales. Esta es sólo una referencia que no puedo profundizar, pero que incide en la misión de la judicatura, cuyos integrantes, por diversos factores, no se atreven a rechazar o enjuiciar acciones impropias de la policía.

Todas estas observaciones, nos llevan al tema de las definiciones de lo que podrían ser las relaciones entre fiscalía y policía, que nos lleva al huidizo concepto de la dirección funcional, que contempla, por supuesto, la integración de unidades de investigación, la imposibilidad de que sus miembros puedan ser separados por orden de un superior policial, el deber de la policía de informar dentro de un plazo breve y perentorio sobre las investigaciones realizadas, la sanción a los funcionarios policiales que no cumplan sus deberes y diversos controles preventivos respecto de las acciones de investigación ejecutadas por la policía. Los controles parecen sencillos, pero es probable que aún con su establecimiento, algunos jerarcas del ministerio público se autocensuren y no ejerzan tales potestades. En Costa Rica existen normas específicas que regulan todos los extremos que se han citado. Sin embargo, en una investigación sobre el tema, se determinó que a causa del reclutamiento de abogados jóvenes e inexpertos, son los

¹¹⁴ La existencia de convenios entre MP y PNC guatemalteca para coordinar actividades de investigación criminal, muestran dificultades para llevarlas a la práctica. Un factor que puede incidir en este tema, puede explicarse en que la antigua policía operó en este tema sin ningún tipo de control y bajo secretividad, lo que permitió abusos policiales de toda índole. Por este motivo, sería oportuno- después de nueve años de reforma procesal penal- reflexionar si conviene, a pesar de los múltiples esfuerzos realizados, seguir asignándole la investigación criminal a la actual PNC. No cabe duda de que la persecución penal en un modelo acusatorio debe estar a cargo del MP, por lo que toda propuesta para mejorar la investigación criminal debe adecuarse a los establecido en el artículo 113 del CPP, según el cual: Los funcionarios y agentes de policía, cuando realicen tareas de investigación en el proceso penal, actuarán bajo la dirección del MP y ejecutarán las actividades de investigación que les requieran, sin perjuicio de la autoridad administrativa a la que estén sometidos...”. Informe de seguimiento de la Reforma Procesal Penal en Guatemala. Revista Centroamericana Justicia Penal y Sociedad. –N-19-2003- p.91

¹¹⁵ En El Salvador, según informes de diverso origen, uno oficial y otro de una organización no gubernamental, coinciden en reconocer que la dirección funcional que debe ejercer la Fiscalía respecto de la investigación policial, presenta graves limitaciones y disfunciones; se identifica falta de coordinación del Ministerio Público con los cuerpos policiales, excesiva carga de trabajo de fiscales e investigadores, graves limitaciones técnicas y científicas, especialmente en la cadena de custodia y las inspecciones que deben realizarse en las primeras diligencias de investigación. “Informe de seguimiento de la Reforma Procesal Penal en El Salvador”- Revista Centroamericana Justicia Penal y Sociedad. N- 19- 2003- p. 368

¹¹⁶ Respecto de estos condicionantes y ejercicio errático de la potestad persecutoria, Perfecto Andrés, al referirse al caso español, destaca que “... La experiencia inmediata de nuestro país ha puesto bien de relieve que los usos prevaricadores del poder adquirido legítimamente tienen consistencia más que anecdótica; que no resulta precisamente fácil su investigación, en la que, por cierto, el Ministerio Público suele brillar por una no-persecución verdaderamente llamativos. Esto que es clara consecuencia de la sumisión del M.F. al ejecutivo, en vista del extraordinario reforzamiento de la significación de éste y de la administración, en perjuicio de la autonomía y de la capacidad de incidencia de la institución parlamentaria, debe completarse con la conclusión inobjetable de que el posible control de esta última sobre el gobierno por la actuación del fiscal y la exigencia de eventuales responsabilidades políticas por causa de ella no pasan de ser una hipótesis de trabajo..”. Ver Perfecto, Andrés y otros. “La reforma del proceso penal” Ed. Tecnos. España. 1990- p.117.

agentes policiales los que llevan la iniciativa en la investigación.¹¹⁷ El ajuste que requiere la dirección funcional no ha sido un tema fácil, pues en la práctica, ni los fiscales están preparados para dirigir a la policía y tampoco ésta es receptiva en la atención de las directrices de los representantes de la acusación. El nuevo modelo procesal no ha logrado que el ministerio público ejerza un control significativo sobre las actividades policiales¹¹⁸.

Cuando se habla del control de la investigación, se requiere un diseño institucional que responda a una estrategia política que cumpla un objetivo fundamental: crear un ente policial que permita a la fiscalía, dentro de un proceso acusatorio, contar con un auxiliar de investigación efectivo y eficaz.

El otro tema difícil es el de la evaluación de la acción policial, tanto en su perspectiva de respeto a libertades fundamentales, como en relación a la eficacia de sus acciones. La instancia policial es poco receptiva a la evaluación de la fiscalía y las pocas que se hacen, no son de difusión pública periódica, salvo cuando se pretende convertir las cifras delictivas en un instrumento que aumente el temor a la criminalidad con el fin de obtener mayores recursos para los cuerpos policiales. Poco se hace sobre la evaluación de la acción policial. Sigue existiendo una atmósfera secreta sobre este tema, como si fuera un problema de “seguridad nacional”. A nadie le interesa reconocer, públicamente, que la policía es ineficiente, que es un tema fundamental, porque se vincula con las víctimas, la impunidad y la transparencia que debe imperar en la actuación de los órganos estatales. La evaluación de la policía represiva, es una responsabilidad política de la fiscalía, pero para ello debe tener un peso político significativo. En el sistema judicial costarricense, la policía represiva considera que un caso está resuelto cuando remite un informe a la fiscalía, indicador que evidentemente, es muy poco representativo.

En la experiencia de muchos países, en la reforma del proceso penal, siempre se percibe que la policía tiene mayor peso político que la fiscalía. Por desgracia, la reforma no resuelve esa disfunción y en muchas ocasiones, si no se diseña una buena estrategia que reduzca el problema, el futuro del modelo, queda totalmente comprometido. Un objetivo fundamental de las reformas del proceso penal a partir de la década de los noventa, es convertir a la fiscalía en un verdadero protagonista del proceso y que la policía sea realmente su auxiliar. Esta pretensión puede ser demasiado ambiciosa y la realidad de nuestros países probablemente proporciona muchos ejemplos sobre las debilidades del control judicial de la investigación. En la agenda política de las omisiones, de la que no se habla, siempre se le da preeminencia a la policía sobre el ministerio público y la judicatura. Tampoco puede ignorarse que, en la práctica, la policía ha tenido un desarrollo institucional que le da ventajas innegables respecto del órgano de la acusación. Esta preeminencia se fortalece por: a- la presencia geográfica y el contacto diario con la población en labores de control, información y represión; b- la acumulación y sistematización de información recibida de la población¹¹⁹, c- estrecho vínculo y subordinación de la policía al poder ejecutivo, dependencia que se agrava en los regímenes presidencialistas. Las pretensiones normativas, pueden convertirse en un saludo a la bandera. Es lamentable reconocerlo, pero un ministerio público que no ejerce realmente una dirección efectiva sobre la policía represiva, es un órgano de persecución débil y desdibujado.

El tema de la policía es políticamente muy sensible. Por esta razón, el diseño normativo de una dirección funcional de la investigación, así como su vigencia efectiva, enfrenta muchos condicionantes. Hace algunos años, a finales de la década de los noventa, cuando Luis Paulino Mora era Ministro de

¹¹⁷ González Álvarez, Daniel; Dall’Anese Ruiz, Francisco. “Alances prácticos de la reforma procesal penal en Costa Rica”-Rev. –de Ciencias Penales. N-21 (2003) p.145

¹¹⁸ González Álvarez, Daniel; Dall’Anese Ruiz, Francisco. Ob. cit. (2003) p. 145- 148.

¹¹⁹ Barrientos Pellicer, Cesar. “Evaluación de la reforma procesal penal en Guatemala” – Rev. –de Ciencias Penales N-21 (2003) p.53

Justicia, se pretendió, infructuosamente, impulsar una reforma que le permitiera al ministerio público ejercer una verdadera dirección de la investigación realizada por la policía judicial. Se manejaron diversos argumentos, entre ellos uno que era paradójico: se afirmaba que los derechos de los acusados se aseguraban mejor si la policía judicial era independiente. Fue un argumento falaz, pero fue uno de los que tuvo más éxito para malograr la reforma.

En los últimos años he notado, tanto por reformas que se han introducido en Nicaragua y una que se propuso en Guatemala, que se tiende hacia la policialización de la fase de investigación. Se ha renunciado a que la fiscalía sea realmente la que ejerza la dirección funcional de la policía, sino que existe una tendencia hacia la policialización de la investigación, con débiles controles sobre la instancia policial. Es decir, no se ha superado uno de los rasgos emblemáticos del proceso penal autoritario.

Uno de los temas más importantes y complejos del control de la actividad policial es la determinación de las prioridades de investigación respecto de la criminalidad no convencional. Respecto de este tipo de delincuencia, la fiscalía debe desarrollar una política de persecución que supone la determinación de prioridades, pues son casos en los que la actividad de investigación es la que “crea” el caso, cuyo desarrollo puede llevar meses y en algunos casos, puede requerir uno o dos años. Respecto del crimen por abuso de poder, drogas, fraudes económicos, y en general, toda la delincuencia dorada, la fiscalía debe ejercer un poder efectivo sobre la instancia policial para definir las prioridades de investigación, pues por limitaciones presupuestarias, políticas y criminológicas, no es posible investigar todos los casos. El desequilibrio en la asignación de recursos que existe entre órganos policiales y fiscalía, la soberanía de los datos que tiene la policía, la internacionalización de las funciones policiales, son factores que conspiran seriamente la posibilidad que el ministerio público pueda definir las prioridades de investigación del crimen organizado.¹²⁰

V. LA EFICACIA Y EL RESPETO A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES. LA COMPATIBILIDAD DE DOS OBJETIVOS APARENTEMENTE CONTRADICTORIOS

La actividad policial puede incurrir, fácilmente, en acciones arbitrarias y abusivas, lesionando derechos fundamentales.¹²¹ Sin embargo, también debe enfrentarse a una criminalidad más sofisticada y organizada que, en algunos casos, trasciende las fronteras, como ocurre, por ejemplo, con el narcotráfico. La drogadicción, la corrupción, las bandas organizadas, la delincuencia juvenil, el terrorismo, exigen a la policía el desarrollo de labores preventivas y represivas que requieren, inevitablemente, la limitación de derechos individuales.¹²²

La actividad policial debe ser metódica, resuelta, enérgica y si es necesario, rígida y severa, pero asegurando, al mismo tiempo, una rigurosa protección a los derechos humanos.

La policía es la que enfrenta, en primera instancia, la criminalidad, la justicia siempre actúa después, quizás mucho tiempo después, en algunas ocasiones.

¹²⁰ Ambos, Kai. Ob. cit. (2002) p.32.

¹²¹ “..De todas las irregularidades conocidas, los tormentos y las ejecuciones simuladas u ostensibles, son los abusos más atroces, y tan extendidos que se transforman en un verdadero flagelo, con el alcance de una guerra encubierta o semideclarada en algunos países latinoamericanos. Los pactos de silencio y los grupos operando ambivalentemente o al margen de la institución, pueden llevar los abusos a situaciones incontrolables, como sucede en Brasil. Hace algunos años impacto la noticia de que la policía de San Pablo mató 1264 personas en sólo nueve meses de actividad. (al concluir el año fueron 1470)...”. Se menciona, por ejemplo, que en un año la policía de New York había matado a veintisiete personas y la de Los Ángeles ha llegado a la cifra de sesenta y nueve. Elbert, Carlos Alberto. Ob. Cit., p. 73-74

¹²² Racz, Georges. “La defensa de los derechos del hombre en el marco de las actividades policiales” publicado en Doctrina Penal- Argentina- Año 3 (números nueve al doce) p.583.

La actividad policial debe alcanzar dos metas cuya coincidencia no es evidente. Por un parte debe respetar los derechos humanos de los ciudadanos y por la otra, debe cumplir con las funciones preventivas y represivas que le corresponden. La conjugación de estos dos objetivos, no es una tarea fácil.¹²³ La supervisión jurisdiccional y el control de la sociedad civil serán los mecanismos que determinarán si tal conjugación es equilibrada y razonable. El respeto a las garantías individuales no desnaturaliza la actividad policial. Este es un enfoque erróneo, porque el respeto a los derechos humanos es un objetivo fundamental que debe asumir la policía en una sociedad democrática.

El policía no es juez, pero aplica pragmáticamente las reglas para actuar en primera instancia, haciéndolo con eficacia, pero sin lesionar derechos humanos fundamentales.

La tradición de una policía que desconoce las garantías individuales y que sólo actúa en función de objetivos de seguridad y prevención, es una deformación difícil de erradicar, pero es una tarea que debe emprenderse si se pretende la constitución y fortalecimiento de un Estado democrático de derecho, porque si se mantiene el autoritarismo policial tradicional, poco progreso real se logrará en la vigencia efectiva de los derechos humanos fundamentales.

La policía es uno de los componentes del sistema penal al que menos atención se le presta. Como ya se mencionó, los tribunales deben ejercer un eficaz control sobre las actividades policiales, especialmente mediante el recurso de hábeas corpus, que por desgracia, en algunos países del istmo, tiene escasa trascendencia y eficacia.¹²⁴ El desarrollo de derechos tan importantes como la libertad, las garantías del acusado, la prueba ilícita, etc., requiere, como se mencionó, una efectiva supervisión jurisdiccional, que es la que define, en último término, los límites del poder policial.

VI. LAS LIMITACIONES A LA LIBERTAD Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Todas las constituciones centroamericanas reconocen el derecho a la libertad y a la presunción de inocencia como garantías fundamentales de cualquier ciudadano.¹²⁵ Igual reconocimiento tiene en la Convención Americana de Derechos Humanos. La vigencia de estos derechos fundamentales no puede ser formal o meramente declarativa, sino que deben crearse los mecanismos que permitan su vigencia real.

El respeto al derecho a la libertad y a la presunción de inocencia requiere que la detención policial se haga sólo cuando exista un indicio comprobado de que se ha cometido un delito.¹²⁶ Indicio comprobado también puede definirse como sospecha fundada, que no equivale a certeza, pero que es algo

¹²³ La policía es una mezcla de dos especies de violencia, la que pone y la que conserva el derecho, tal como la concibe Walter Benjamin. La policía participa en todos los poderes del estado, porque es una actividad administrativa formalmente organizada como dependiente del poder ejecutivo. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con otras actividades estatales, actúa en contacto directo con las libertades individuales. En este caso actúa no sólo como auxiliar de la jurisdicción, sino que también desarrolla competencias propias y autónomas como las preventivas y cautelares frente a sujetos peligrosos y sospechosos. Ferrajoli, L. Ob.cit., p.766.

¹²⁴ "La Justicia Constitucional: Una promesa de la democracia" -Tomo II- Costa Rica- 1992- (ILANUD) p.90.

¹²⁵ Así se reconoce, por ejemplo, en la constitución panameña (artículos 21, 22 y 27), salvadoreña (artículos 4, 5, 11, 12 y 13), guatemalteca (artículos 4, 6, 7 y 14).

¹²⁶ En algunas constituciones no se exige, como requisito, el indicio comprobado de que se haya cometido delito, pero contienen una regla más estricta, porque establecen, como ocurre en el artículo 18 política argentina, que la detención sólo se puede fundar en una orden escrita de la autoridad competente... Esta autoridad competente es, sin duda alguna, la autoridad judicial, tal como acertadamente lo interpreta Bidart Campos. (ver del autor: "Derecho Constitucional"- Ed.Ediar. Argentina, 1967- T.II, p.489-490) En el caso de los delincuentes in fraganti, la detención no requiere, por supuesto, mayores formalidades. En la legislación argentina también se admite que la detención la puede decretar la autoridad administrativa, sin orden escrita de la autoridad judicial, cuando existen indicios sobre la culpabilidad del sujeto detenido. Tanto la flagrancia, como la existencia de indicios comprobados de culpabilidad son las únicas excepciones al principio general que exige que el arresto se decrete en virtud de una orden escrita de la autoridad competente. Así se reconoce, por ejemplo, en el párrafo primero del artículo trece de la constitución política salvadoreña, en el treinta y siete de la constitución costarricense y en el sexto de la constitución guatemalteca. En esta disposición también se define claramente que la detención debe decretarla la autoridad judicial, estableciendo que "...Ninguna persona puede ser detenida o presa, sino por causa de delito o falta y en virtud de orden librada con apego a la ley por autoridad judicial competente...".

más que una sospecha pura y simple y debe apoyarse en alguna prueba. Es un concepto variable en el que la valoración de las circunstancias es importante. Como ya se mencionó, se requieren elementos de convicción concretos que justifiquen la detención.¹²⁷ No se justifican, por tanto, las detenciones policiales que se decretan para determinar si procede la detención provisional. La detención siempre supone la existencia de un indicio comprobado que vincule al detenido con el hecho criminal que se investiga. Esta exigencia impide las detenciones o encarcelamientos arbitrarios, prohibiéndose en el apartado tercero del artículo siete de la Convención Americana de Derechos Humanos. La referencia a esta convención es muy importante, porque sus disposiciones se incorporan, con un rango privilegiado a los ordenamientos centroamericanos, convirtiéndose en un inevitable criterio de interpretación.¹²⁸

La denuncia, por ejemplo, no puede catalogarse como un indicio comprobado de que se ha cometido delito, salvo que se trate de un hecho delictivo cometido en flagrancia.¹²⁹ Las detenciones por motivos genéricos o imprecisos, no se justifican.¹³⁰ Se requiere una actividad mínima de investigación, por esta razón la simple denuncia, no es un indicio que justifique la detención¹³¹. La detención para averiguar antecedentes, como se permite en la legislación argentina,¹³² tiene un fundamento constitucional muy

¹²⁷ En este aspecto es importante mencionar el criterio que sobre este punto ha definido la Sala Constitucional costarricense, al establecer que las autoridades encargadas no pueden detener a una persona si no cuentan con un indicio comprobado de que se ha cometido delito, en este caso, deberán limitarse las autoridades de investigación a la cita de las personas, tomándole declaración de inmediato con el fin de corroborar si existen o no elementos de prueba en su contra, poniéndolos en libertad si tal propósito no se logra. No procede entonces la detención por “sospechas”, como se dice en la jerga policial. Sólo procede si existe un indicio comprobado de que el detenido ha cometido un delito y éste le es atribuible al detenido. (ver voto 450-90 de las dieciséis horas del dos de mayo de mil novecientos noventa de la Sala Constitucional costarricense.) El hecho de que un testigo haya visto a un ex-empleado de la empresa perjudicada, el día que se produjo la sustracción, abriendo y cerrando el portón de la bodega en la que estaban los bienes sustraídos y que se le viera, además, junto al vehículo de carga que llevaba parte de los bienes sustraídos, constituye, según la Sala Constitucional, un indicio comprobado de que se ha cometido delito. (ver voto 521-90 de las diecisiete horas y diez minutos del dieciséis de mayo de mil novecientos noventa.) En otro voto muy interesante, la Sala Constitucional define muy bien las potestades de detención que tiene la policía, resolviendo un recurso de hábeas corpus, en los siguientes términos: “...En el caso bajo examen Aguilar fue detenido por existir contra él indicios que permitían sospechar sobre su participación en un hecho delictivo en perjuicio de la Refinadora Costarricense de Petróleo, pues teniendo las autoridades elementos de convicción que les permite tenerlo como persona proclive a la comisión de delitos contra la propiedad; fue visto un vehículo suyo la noche del suceso en las inmediaciones de la Refinadora Costarricense de Petróleo en Limón, actuando los ocupantes en forma harto sospechosa, pues trataron de esconder el automotor dentro de unos árboles y cuando las autoridades se proponían a investigar sobre la presencia de ellos en el lugar, los ocupantes se dieron a la fuga utilizando el vehículo; los bienes sustraídos fueron recuperados poco después muy cerca del lugar en donde estuvo el automotor. Para establecer la concordancia de esos indicios se le detuvo y luego de recibirse declaración y concluir que no resultaban suficientes para atribuirle participación delictiva en el hecho, fue puesto en libertad...” (ver voto 734-90 de las catorce horas y cuarenta y cinco minutos del veintiocho de junio de mil novecientos noventa). En la resolución recién citada, se define muy lo que deben entenderse por indicio fundado de que se ha cometido un hecho delictivo.

¹²⁸ El artículo 46 de la constitución política guatemalteca establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tiene preeminencia sobre el derecho interno. De igual forma, en el artículo primero de la citada constitución se establece que la protección de la justicia constitucional se extiende a “los derechos inherentes a la persona protegidos por la Constitución Política de la República de Guatemala, las leyes y los Convenios ratificados por Guatemala. Una norma similar contiene la constitución política nicaragüense. (Art.46). Todas las disposiciones citadas definen un sometimiento del ordenamiento interno a las convenciones sobre derechos humanos. En el artículo siete de la constitución política costarricense se establece que los convenios y tratados tienen autoridad superior a las leyes. Esta disposición se fortalece aún más con el principio que contiene el artículo 48 de la constitución costarricense, al reconocer que mediante el recurso de hábeas corpus y el de amparo se tutela la vigencia de los derechos consagrados en la Constitución, así como los de carácter fundamental establecido en los instrumentos internacionales sobre derechos, aplicables en la República. El artículo dieciocho de la constitución política hondureña establece que en caso de conflicto entre los Tratados y Convenciones y las leyes, prevalecen los primeros. Una disposición similar prevé el apartado segundo del artículo 144 de la constitución salvadoreña.

¹²⁹ voto 478-91 de la Sala Constitucional de Costa Rica.

¹³⁰ Se detiene por motivos cuyo contenido conceptual es impreciso o ininteligible. Así por ejemplo, se detiene por: “actitud sospechosa”, “merodear en el sitio, sin justificar el motivo de su presencia”, “por lucir extraño”, “por llevar una vestimenta sospechosa”, “por ser un conocido delincuente”, etc.

¹³¹ Ver resolución 3761-93. Sala Constitucional de Costa Rica.

¹³² Según el decreto ley 333-58, la Policía Federal argentina, cuando las circunstancias lo justifican, puede detener a una persona, por un lapso de veinticuatro horas, con el propósito de identificarla y determinar sus antecedentes. Si se identifica a la persona y se determinan sus antecedentes, antes del vencimiento de las veinticuatro horas, el detenido deberá ponerse en libertad. La detención, aunque sea para identificación, siempre debe justificarse, conforme a las circunstancias del caso.

dudoso, especialmente si tal detención tiene un plazo temporal de doce o veinticuatro horas.¹³³ No se cumplen en la legislación comentada las exigencias mínimas constitucionales,¹³⁴ pues no es una detención decretada por una autoridad judicial, tampoco existe un indicio comprobado de que se ha cometido delito y no es, evidentemente, una delincuencia flagrante. En el caso en que las autoridades policiales pretendan identificar a una persona y determinar sus antecedentes, debe existir un motivo que justifique tal acto, empleándose el plazo más breve posible para lograr tal fin y una vez que se haya logrado, el detenido debe ser puesto en libertad. En cuanto este problema, la constitución política guatemalteca contiene una solución específica al establecer que por faltas y contravenciones no se debe retener a las personas a las que pueda identificarse mediante documentos, testimonios de una persona de arraigo o por la misma autoridad.

Los agentes policiales no pueden decretar, indiscriminadamente, la detención de una persona. Su aplicación debe ser restrictiva y si es posible utilizar otra medida menos radical que asegure los mismos fines que la detención, debe aplicarse la primera, reservando la segunda para los casos más graves.¹³⁵

Los plazos de veinticuatro horas o cuarenta y ocho horas en los que deben ponerse los detenidos a la orden de la autoridad judicial, no deben interpretarse como una autorización para que la policía pueda retener, impunemente, durante ese lapso, sin un motivo fundado. Siempre la detención debe tener un fundamento que la justifique, de ningún modo la policía tiene autorización para privar a una persona de su libertad, sin un motivo que lo justifique, ya que de lo contrario podría incurrir en una acción delictiva por privación abusiva de la libertad.¹³⁶ La detención arbitraria e inmotivada no se justifica, aunque sea durante un lapso de tiempo inferior al que prevé la constitución, ya que tales límites temporales se refieren, exclusivamente, a la obligación de poner a los detenidos a la orden de la autoridad judicial, debiendo cumplirse tal obligación, en el término más breve posible. Esta obligación la define muy claramente la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), al establecer en el apartado quinto del artículo siete que “... Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales.” En esta disposición se determina claramente que la autoridad de policía debe entregar a los detenidos, en el término más breve posible, a

¹³³ La detención para averiguar antecedentes se convierte en un abuso y una violación a garantías fundamentales. Se puede utilizar para fines extraños a la actividad policial, amedrentando y “convenciendo” a ciudadanos que no han cometido ningún delito o falta. Estas detenciones que se limitan temporalmente a 48 horas generalmente se prolongan y se convierten en verdaderas penas extrajudiciales con las que se conculcan todas las garantías del debido proceso. La detención para averiguar antecedentes lesiona la garantía de presunción de inocencia. Herrendorf, Daniel. Ob.cit., p.96

¹³⁴ La función policial parece ser el ámbito de aplicación de todos los conceptos de peligrosidad. Es su caja de resonancia natural. No se requiere, en la práctica, la comisión de un hecho delictivo, basta una simple cualidad personal como la sospecha o la condición de peligroso, cuyo contenido impreciso se define, en cada caso. Son los conceptos mencionados los que definen la detención. La condición de reincidente, condenado, ocioso, vagabundo y otras similares determinan, arbitrariamente, la peligrosidad. El derecho de policía se construye a base de una praxis discrecional que ignora las garantías reconocidas en las constituciones y el derecho internacional. Ferrajoli, Luigi. Ob.cit., p.765.

¹³⁵ Mora Mora, L.P. y Navarro Solano, S. “Constitución y derecho penal”. Escuela Judicial de Costa Rica. 1995, p. 140. La policía debe aplicar el medio menos lesivo para las garantías fundamentales, utilizando, por ejemplo, medios computadorizados para determinar los antecedentes, en cuyo caso, es evidente que no se requiere la detención. Herrendorf, Daniel. Supra nota 1, p. 98.

¹³⁶ En los códigos penales se tipifica la privación de libertad arbitraria cometida por funcionarios públicos. Estos casos se presentan cuando el funcionario “...priva a alguien de su libertad personal ejerciendo funciones que genéricamente son propias de su cargo, pero excediéndose o extralimitándose en el caso concreto. Gómez se refiere al hecho de prolongar la detención de una persona, sospechada de haber delinquido, más allá de los términos marcados por la ley; y a las detenciones, por parte de la policía, que no responden sino a remotísimas sospechas de criminalidad o a caprichos de la fantasía de los investigadores.... Es también ilegal la privación de libertad cuando se cumple sin las formalidades prescritas por la ley. En este caso el funcionario actúa dentro del ámbito de sus funciones, sin extralimitarse; pero la ilegalidad en este caso resulta de no haber dado cumplimiento a las disposiciones legales referentes a la privación de libertad. Es decir, que el funcionario que dispone la detención tiene facultades para hacerlo, pero lo hace sin cumplir los requisitos legales para ello....”. En términos generales, las detenciones deben ajustarse a las previsiones constitucionales y legales que regulan la materia y su incumplimiento puede constituir una privación ilegítima de la libertad, conforme al tipo penal que define la privación de libertad agravada.

las autoridades judiciales. No se autoriza a los agentes policiales para que retengan, sin ningún motivo, a una persona hasta que expiren los plazos constitucionales, que en el caso de Guatemala, es de seis horas (Art. sexto) y en la de El Salvador, setenta y dos horas. (Art. Trece).

VII. LAS POTESTADES POLICIALES EN EL INTERROGATORIO DE SOSPECHOSOS. SU TRASCENDENCIA EN EL PROCESO

Las facultades que tiene la policía para interrogar a los sospechosos y detenidos, se ha reducido sensiblemente. El apartado 2-e- del artículo octavo de la Convención Americana de Derechos Humanos reconoce que el detenido tiene un derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor cuando sea interrogado por las autoridades. El apartado segundo del artículo doce de la constitución política salvadoreña define muy bien esta garantía al establecer que “La persona detenida debe ser informada de manera inmediata y comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza al detenido la asistencia del defensor en las diligencias de los órganos auxiliares de la administración de justicia y en los procesos judiciales, en los términos que la ley establezca.” Una disposición similar prevé el apartado quinto del artículo 34 de la constitución nicaragüense, ya que establece que el detenido tiene derecho a designar un defensor “desde la primera intervención”. El artículo ocho de la Constitución Política Guatemalteca, también reconoce el derecho que tiene el detenido a contar con un defensor, quien podrá estar presente en todas las diligencias policiales y judiciales.

En algunos códigos como el de Costa Rica (apartado ocho del artículo 164 del CPP), vigente hasta 1998, se admitía que los agentes policiales pudiesen interrogar a los detenidos o imputados, pero siempre que lo hicieran con todas las garantías previstas la constitución y en el código, especialmente contando con la asistencia irrenunciable de un abogado defensor. Esta solución no resuelve, en la práctica, los abusos y excesos que pueden cometer los agentes de investigación en el interrogatorio de los detenidos y sospechosos, por esta razón se ha recomendado, por ejemplo, la prohibición de consignar en las actuaciones administrativas o policiales cualquier manifestación autoinculpatoria de la persona presuntamente imputada.¹³⁷ Esta disposición se complementa con la imposibilidad de que la policía pueda recibirle declaración al detenido, aunque sea con la presencia del defensor.¹³⁸ Esta orientación se adoptó en el código de procedimientos penales guatemalteco, ya que se estableció en el artículo ochenta y ocho que la “[...] policía sólo podrá dirigir al imputado preguntas para constatar su identidad, con las advertencias y condiciones establecidas en los artículos anteriores. Deberá, asimismo, instruirlo acerca de que podrá informar al ministerio público o declarar ante el juez, según el caso [...]”; disposiciones similares contienen el código procesal penal de Costa Rica y de Bolivia.¹³⁹ De acuerdo con esta disposición, los agentes policiales no pueden interrogar al acusado, que ha sido una potestad que tradicionalmente han ejercido los agentes de investigación policial en sistemas penales centroamericanos. Se pretende que los agentes policiales apliquen métodos científicos y objetivos en la investigación de los hechos delictivos, abandonando una práctica tan arraigada, conforme a una orientación inquisitorial, en la que se ha considerado que la confesión del acusado o del detenido es el objetivo fundamental del proceso. Sobre este tema, Carnelutti destaca, con su proverbial sabiduría, que “[...] la experiencia enseña

¹³⁷ Reiteradamente la Sala Constitucional ha considerado que las declaraciones de los encausados ante los agentes policiales, no pueden fundar un fallo condenatorio, salvo que la inferencia de los hechos se funden en otros medios de prueba que confirmen la información policial. (voto 991-90). En otro fallo de la Sala Constitucional ratificó el principio que sólo la indagatoria rendida por el encausado ante autoridad judicial, con todas las garantías constitucionales, puede darle sustento probatorio a un fallo judicial. (voto 549-91).

¹³⁸ Ver informe titulado: “Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina” I.I.D.H. - Ed. Depalma Argentina 1986. p.140

¹³⁹ Artículo 98 del código procesal penal costarricense; artículo 92 del código de procedimiento penal boliviano.

también, que los hombres de la policía no es raro que recurran a medios de sugestión o de presión sobre los arrestados o sobre los testigos a fin de inducirlos o constreñirlos a responder según sus sospechas; esta es una triste verdad, de la cual todos tienen conocimiento en los ambientes del juicio penal, pero oficialmente es casi siempre ignorada; todavía más que aquella incontinencia, esta hipocresía es una mácula de nuestra civilización[...]"¹⁴⁰. Esta tendencia histórica, que no es más que el reflejo del poder político real de la policía, se pretende ignorar en un proyecto que se ha propuesto en el Parlamento guatemalteco (setiembre-octubre del 2001) y que se denomina: Ley de Investigación Criminal. Dentro de esta ley, se modifica el artículo ochenta y ocho del código procesal penal, cuyo texto sería el siguiente: "La Policía Nacional Civil sólo podrá dirigir al imputado preguntas para constatar su identidad, con las advertencias y condiciones establecidas para constatar su identidad, con las advertencias y condiciones establecidas en los artículos anteriores. Deberá, así mismo, instruirlo acerca de que *podrá informar a la Policía Nacional* o al ministerio público o declarar ante el juez, según el caso..". La reforma parece cosmética, pero tiene, sin duda alguna, un efecto trascendental, al permitir que la policía "reciba informes", del sospechoso o imputado, lo que se transforma, realmente, en los interrogatorios abusivos a los que se refería Carnelutti. De esta forma, la policía guatemalteca vuelve a tener licencia legal para interrogar a los detenidos o sospechosos, abandonándose un buen principio político criminal como el que contiene el artículo ochenta y ocho del código vigente.

En la práctica policial, a pesar de las limitaciones legales y constitucionales, se sigue interrogando a los detenidos, irrespetando garantías tan importantes como la asistencia de un abogado defensor. El artículo 350-6 excluye la documentación y utilización de los datos e indicaciones obtenidos del sospechoso en el curso de los interrogatorios policiales que se hayan realizado sin la presencia del defensor, sin embargo, en la práctica, según refiere Ferrajoli, es posible que estos datos e indicaciones los conozca, informalmente, el ministerio público, cuyos representantes podrían utilizarlos en el interrogatorio tendente a lograr un acuerdo. El sistema de libre convicción en la apreciación de la prueba, puede facilitar el ingreso de evidencia probatoria que conforme al ordenamiento, sería legalmente inadmisibile.¹⁴¹ Será a los jueces a quienes les corresponderá corregir esta grave violación de las garantías fundamentales, tal como ha ocurrido en Costa Rica. La jurisprudencia de la Sala Penal costarricense ha restringido el valor de las manifestaciones hechas por el detenido ante la policía, sin la presencia de su defensor, estableciendo los siguientes principios:

- i- La declaración rendida ante la policía, no tiene mayor valor probatorio.
- ii- La sentencia debe fundarse en datos objetivos y no en las manifestaciones extrajudiciales del acusado. Ninguna sentencia condenatoria se puede fundar, exclusivamente, en el testimonio de los policías que refieren lo que extrajudicialmente les dijo el detenido. Si sólo se cuenta con el testimonio de los agentes policiales, quienes refieren lo que les dijo extrajudicialmente el acusado, la sentencia condenatoria debe anularse, porque tal fallo carece, en sentido estricto, de prueba.¹⁴²

¹⁴⁰ Carnelutti, F. Ob.cit, p.265.

¹⁴¹ Ferrajoli, Luigi. Ob. cit. "Derecho y Razón" -1995. p.794-795

¹⁴² Ver votos de la Sala Tercera Penal de Costa Rica, números 607-F-83, 177-F-88, 317-F-93.

VIII. EXCLUSIÓN DE LAS PRUEBAS OBTENIDAS MEDIANTE UN PROCEDIMIENTO ILEGAL O INCONSTITUCIONAL. LA PRUEBA ILÍCITA

Nuestros sistemas de investigación policial y judicial han aplicado principios muy amplios en cuanto a la acción policial, lo que ha propiciado prácticas policiales arbitrarias y contrarias a garantías constitucionales. En el sistema norteamericano la situación ha sido diferente, porque se han definido límites precisos con los que se pretende disuadir a la policía para que no recurra a medios ilegales para obtener pruebas que demuestren la ejecución del delito. En cada área en donde se pueda afectar una garantía constitucional, rige el principio según el cual toda evidencia obtenida irregularmente no puede ser usada en juicio contra el acusado. Se excluye cualquier manifestación hecha por la persona detenida o evidencia que se haya logrado durante una detención ilegal o arbitraria.¹⁴³ La regla de exclusión se relaciona directamente con la prueba ilícita, que excluye las pruebas originadas en una actuación policial contraria a las garantías constitucionales, de tal forma en un allanamiento ilegal, en el que han actuado los agentes de mala fe, no sólo se anula tal diligencia, sino que también se excluyen todas las evidencias obtenidas en esa diligencia, aunque se haya localizado, por ejemplo, una cantidad importante de droga. Se pretende con estas reglas que los agentes de investigación policial sepan que ninguna actuación arbitraria o inconstitucional produce ningún beneficio, directo o indirecto a la investigación.¹⁴⁴ Las reglas de exclusión de la prueba fortalecen la vigencia de las garantías fundamentales que integran el debido proceso, imponiendo un límite saludable a las potestades de investigación policial.

IX. REQUISITOS BÁSICOS QUE REQUIERE LA POLICÍA EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA

Existen principios institucionales básicos que debe cumplir la policía, según se han definido en la Carta Europea sobre la policía.¹⁴⁵

1- La ausencia de cualquier tipo de injerencia política indebida en las actuaciones policiales. Este tipo de interferencias debe evitarse no sólo frente a los actos individuales, que son los más difíciles de comprobar, sino que esta exigencia requiere el diseño de una estructura policial que excluya y controle la poderosa influencia que tradicionalmente ha tenido, en Latinoamérica, el poder ejecutivo. En el caso de Guatemala, el poder real que la policía ejerce en las investigaciones de los hechos delictivos, su “independencia” frente a una dirección funcional del ministerio público, que es sólo formal, propicia una inconveniente injerencia política sobre la función policial.

¹⁴³ Es una regla de exclusión que se aplica en los casos en que sea evidente la violación de una garantía constitucional provocada por una arbitrariedad policial. Carrió, Alejandro. “Garantías Constitucionales en el proceso penal” -Ed. Hammurabi. Argentina. 1990- p.84.

¹⁴⁴ Este problema se discutió en dos casos: En el primero ocurrió lo siguiente: se sometieron a proceso a dos personas por la sustracción de farolitos para automóviles. Los procesados consideraban que al momento de su detención, los policías carecían de una sospecha seria de que estaban ejecutando una acción ilícita. En primera instancia, se excluyeron las pruebas obtenidas durante la detención ilegal, pues se consideró que tales evidencias sólo eran legítimas si se fundaban en actos procesales válidos y no lo eran si la detención era ilegítima. Sin embargo, en segunda instancia el tribunal no catalogó de ilegítima la detención; consideró que los agentes policiales tenían fundadas sospechas de que podría estarse ejecutando un hecho ilícito y así lo demuestre la presencia de los dos jóvenes, uno de los cuales no estaba en posición vertical junto al vehículo. Esta circunstancia unida a la hora y el lugar, constituye un indicio fundado de que podría estarse cometiendo un hecho delictivo. En el segundo caso no se excluyó la evidencia obtenida durante una detención, ya que se estimó que ésta la “...detención de un individuo en la vía pública a los fines de requisarle sus pertenencias no requería de los indicios vehementes de culpabilidad...pues coartar la posibilidad de la autoridad policial de revisar a quien resulte sospechoso importa, lisa y llanamente, imposibilitar su labor de prevención y favorecer la impunidad de inúmeros delitos, sin que se advierta la ventaja concreta que derive para la protección de los ..intereses fundamentales...”. Carrió, Ibíd. p.85, 86.

¹⁴⁵ La Carta Europea del Policía.

2- La desmilitarización del servicio policial. La militarización de la policía ha tenido un profundo arraigo en América Latina. A pesar de las transformaciones democráticas ocurridas en muchos países de la región, esta tradición no ha desaparecido; la estructura de la policía es una institución total militarizada explícitamente o por similitud.¹⁴⁶ Se comprueba, en muchos casos, que los jefes policiales pertenecen o han pertenecido al ejército.¹⁴⁷ La cosmovisión castrense que predomina en el subsistema policial impide obtener información fidedigna sobre el número de efectivos policiales, su distribución organizativa y territorial, el monto destinado al presupuesto policial, ya que esta información se suele clasificar como un secreto de Estado.¹⁴⁸ La policía guatemalteca sigue el modelo centralizado, lo que representa, sin duda alguna, un grave riesgo, ya que se puede crear, fácilmente, un “Estado policial”, especialmente cuando la policía depende del ministerio de defensa o posee una estructura militarizada.¹⁴⁹

3- El respeto absoluto de los derechos fundamentales de los ciudadanos. La actividad represora no es la función más importante de la policía, sino que debe propiciar el libre ejercicio de derechos y libertades fundamentales. El ejercicio de sus potestades debe ajustarse a los principios de proporcionalidad e igualdad. Los informes de MINUGUA respecto a la actuación de la policía guatemalteca, son poco alentadores. Los indicadores relativos al respeto de los derechos humanos, evidencian serias deficiencias.¹⁵⁰

4- Control y transparencia. La transparencia de actuación y el control de sus actividades y centros de dirección por parte de los poderes ejecutivo y legislativo.

5- El control de la criminalidad como objetivo primordial. La limitación de la acción policial al control y persecución de la criminalidad. La ampliación de las funciones policiales a otras actividades que no sean las de prevención y represión del delito, suponen un notable debilitamiento del marco de garantías que asegura el respeto y vigencia de los derechos individuales.

La transformación del rol de la policía en el contexto de una sociedad democrática, exige el cumplimiento de una política que responda a las siguientes pautas institucionales:

1- Sistema de elección de sus miembros. Los requisitos de ingreso a la policía deben reflejar el perfil de un funcionario respetuoso de los derechos fundamentales del ciudadano. Este es un requisito prioritario, que debe complementarse con una política de dignificación y profesionalización de la función policial.

2- Controles sobre políticos e institucionales sobre la actuación de la policía. Aunque el discurso oficial siempre admite, como un principio incuestionable, la subordinación de la policía al poder civil,

¹⁴⁶ La jerarquía vertical dividida en estamentos; la subordinación a los mandos superiores es absoluta e indiscutible y las diferencias jerárquicas reforzadas constantemente mediante normas y reglamentos caracterizados por su autoritarismo y arbitrariedad. El control disciplinario presenta características similares al ejército, pues convierten tal control en un instrumento que denigra al encausado. Ver Elbert, Carlos Alberto. Ob. Cit., p. 67.

¹⁴⁷ Un informe de MINUGUA señala el ingreso irregular a la policía de miembros del Ejército, especialmente de la disuelta Policía Militar Ambulante; esta tendencia también se observa en el nombramiento de los mandos superiores y de los oficiales subalternos. En la práctica, el acceso a los puestos policiales no se produce en igualdad de condiciones, promoviendo o excluyendo candidatos con base en criterios arbitrarios. Informe MINUGUA- “La Policía Nacional Civil: un modelo policial en construcción” –2001- p. 30-31

¹⁴⁸ Rico, José María. “La policía en América Latina: del modelo militarizado al comunitario”- publicado en Pena y Estado- N-3 – p.174

¹⁴⁹ *Ibíd.*

¹⁵⁰ “..Los distintos informes de la Misión han documentado serias violaciones a estos derechos (derechos humanos) y las estadísticas revelan una creciente participación de miembros de la institución policial en ellas. En el onceavo informe sobre Derechos Humanos, la Misión manifestó que se había consolidado la tendencia negativa de la PNC, al convertirse en el principal responsable institucional de las violaciones a los derechos a la vida y la libertad de las personas...”. Informe de verificación. “La Policía Nacional Civil: un nuevo modelo policial en construcción”. Guatemala. 2001- p.34.

así como la vigencia de controles jurídicos eficaces. Sin embargo, en la práctica, tales principios tienden a convertirse en un concepto ideal que no deja de ser una manifestación de un discurso ideológico que oculta una práctica en la que generalmente se conculca, en mayor o menor medida, los derechos y garantías individuales. Es necesario crear controles que permitan a la sociedad civil fiscalizar y evaluar la orientación y dirección de las políticas policiales. La transparencia frente a la sociedad civil exige mecanismos de control y de participación ciudadana. Representantes de la comunidad podrían participar en los órganos encargados de aplicar el régimen disciplinario, de igual forma, los directores de la policía deben difundir, periódicamente, informes y evaluaciones sobre las acciones de los agentes policiales.

La supervisión de la Procuraduría de Derechos Humanos, de la Defensoría de los Habitantes y del poder judicial, también pueden ser mecanismos eficaces si se pretende darle un contenido realmente democrático a la función policial. En este aspecto, es importante destacar, por ejemplo, que el ente llamado a controlar y dirigir a la policía represiva o de investigación, es el ministerio público.¹⁵¹ Sin embargo, esta es, sin duda alguna, una asignatura pendiente en los sistemas penales latinoamericanos. No ha sido posible estructurar policías que realmente estén subordinadas al control judicial en la investigación de los hechos delictivos. En la mayoría de los países la institución policial desarrolla una hábil estrategia que le permite sabotear y resistir cualquier proyecto que signifique un control sobre las actividades de investigación, porque le sustraería parte de su personal del control rígido y vertical que caracteriza la institución policial.¹⁵² Este es un pulso que se ha librado en Argentina¹⁵³ y en Guatemala, en donde se ha propuesto un proyecto de ley de investigación criminal en que la policía asume, directamente, poderes de investigación, debilitando el control del ministerio público y propiciando, sin duda alguna, una investigación policial paralela y la policialización, en último término, del proceso penal.¹⁵⁴ Realmente no caben espacios de investigación autónomos o paralelos al judicial. La intervención policial frente a un hecho delictivo, supone una clara supervisión judicial, aunque siempre existe la tentación del poder ejecutivo por controlar estas actividades e influir decisivamente en las actividades jurisdiccionales.¹⁵⁵

¹⁵¹ Así se define en el apartado tercero del artículo 193 de la constitución política salvadoreña, atribuyéndole al Fiscal General de la República la potestad de “...Dirigir la investigación del delito, y en particular de los hechos criminales que se han de someterse a la jurisdicción penal. A tal fin, bajo la dirección de la Fiscalía General de la República funcionará un organismo de investigación del delito, en los términos que defina la ley...” Una norma similar prevé el apartado tercero del artículo 250 de la constitución política colombiana, al establecer que la Fiscalía General de la Nación dirigirá y coordinará las funciones de policía judicial que en forma permanente cumplen la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley. Estas disposiciones pueden convertirse, en la práctica, en letra mojada, porque bien podría ocurrir que se omita la creación de un órgano policial auxiliar encargado de la investigación de los hechos criminales, bajo la supervisión del Ministerio Público.

¹⁵² Elbert, Carlos Alberto. Ob. cit., p. 69.

¹⁵³ “[...] Recientemente, la habilidad de negociación de la Policía Federal Argentina le permitió convencer a la Corte Suprema de Justicia que el problema de tener una policía judicial era simplemente semántico y que ellos eran la policía judicial; por ende, si se les transferían “ciertos poderes”, podían hacerse cargo de todos los problemas de actuación, sin costos administrativos para el presupuesto judicial, mediante un simple cambio de nombre. ¿Cómo podía suceder algo así? Muy simple: La ley 24.050 había creado una policía como órgano dependiente del Poder Judicial, y la Corte Suprema, en una actitud que cabría calificar de incomprensible, cedió a la propia policía la facultad de reglamentar la ley, aprobando incluso, mas tarde el proyecto policial mediante la Resolución 837/97. La reacción de las asociaciones de derechos humanos, de abogados y jueces hizo advertir la flagrante inconstitucionalidad de la propuesto y finalmente, la Corte archivó el “sutil” proyecto de transferencia encubierta de funciones instructorias a la policía, en una marcha atrás también inédita en la historia judicial argentina. Según parece, las ventajas en el cálculo de costos presupuestarios encandilaron al máximo tribunal argentino, haciéndole perder de vista las implicaciones de índole procesal, ancladas en la Constitución Nacional, de la que es máxima garante[...].” *Ibíd.*

¹⁵⁴ El proyecto se presentó al pleno el 12 de julio del 2001. La reforma del artículo 47 del CPP reconoce, por igual, la investigación de la policía y la del Ministerio Público; igual pretensión se aprecia en la reforma del artículo 150 del CPP, al reconocer las potestades de investigación autónoma de la policía, al regular la forma en que deben registrarse las indagaciones policiales e incluso autorizando la copia de documentos con el fin de continuar con la investigación. También se propone la reforma del artículo 190 del CPP, autorizando a la policía para que formule solicitudes de allanamiento. Las modificaciones a estas disposiciones y de otras que no es del caso comentar, pretenden crear una investigación policial autónoma, provocando, sin duda alguna, una definida policialización del proceso penal guatemalteco.

¹⁵⁵ Pérez Martínez, Roberto. “La policía judicial en el Estado democrático de Derecho” - publicado en revista Pena y Estado-n-3. Argentina, p. 165.

El proyecto de ley sobre investigación criminal que se ha propuesto en Guatemala, provoca un sensible debilitamiento del Estado de Derecho, porque le concede a la policía facultades que condicionan el desarrollo de la investigación judicial, situación que compromete, seriamente, la independencia judicial.¹⁵⁶

El control y dirección que puede ejercer el ministerio público sobre la investigación de la policía (función represiva), se denomina, en algunas legislaciones, dirección funcional, término que no resuelve los problemas prácticos que esta relación suscita.

El contenido de la dirección funcional, supone siempre un plan de trabajo en el que el fiscal y los investigadores se integren en un equipo de trabajo, admitiendo, por supuesto, que la última palabra la tiene el fiscal, sin embargo, éste deberá siempre tomar en cuenta el conocimiento y experiencia de los investigadores policiales.¹⁵⁷ La dirección funcional supone el cumplimiento de las siguientes atribuciones:

- A. Determinación de las prioridades de investigación.¹⁵⁸
- B. Definición de las pruebas que requiere la acusación, conforme a criterios constitucionales y estratégicos, según el caso.
- C. Evaluación de las labores de investigación, con el propósito de sugerir las transformaciones que permitan a la policía judicial mejorar su eficiencia.

El control y supervisión de las actividades de investigación de la policía por parte del ministerio público, puede convertirse en un instrumento que podría fortalecer el respeto y vigencia de los derechos individuales, tanto de los detenidos, como de las víctimas.

El control sobre las actividades policiales es un tema políticamente sensible, porque, en la práctica, la diferencia entre las funciones policiales y judiciales, se desdibujan notablemente. La tradicional vinculación de la policía al poder ejecutivo, condiciona mucho sus actividades y funciones, por esta razón su control es un tema particularmente sensible.

3- Definición de sus atribuciones. Las funciones esenciales que debe asumir la policía deben reducirse a los siguientes aspectos:

- A. Investigar los delitos e ilícitos administrativos.
- B. La prevención de unos y otros.
- C. Colaborar con la administración y los tribunales cuando así se requiera.

¹⁵⁶ La investigación policial independiente o con débiles controles, provoca la subordinación efectiva "...de la autoridad judicial al poder ejecutivo. De facto lo que sucede es que la policía dispone de la autoridad judicial orientando el trabajo de ésta. La persistente dependencia policial de la autoridad gubernativa hace que ésta, en situaciones de conflicto, atienda preferentemente los requerimientos de dicha autoridad frente a las pretensiones de legalidad del juez...". *Ibíd.*

¹⁵⁷ La dirección funcional del fiscal supone, en algunos casos, como bien se sabe, la constitución de equipos de investigación en los que se integren los fiscales y los agentes de investigación. Esta dirección no supone, de ninguna manera, que el fiscal, especialista en el campo jurídico, ignore o menosprecie la experiencia y especialización que tiene el agente policial en su campo. El fiscal coordinador debe lograr una atmósfera de trabajo e integración que permita obtener una actuación eficaz. La buena comunicación y el liderazgo son más importantes que una actitud autoritaria e intolerante.

¹⁵⁸ El apartado b- del artículo 25 de la Ley Orgánica del Ministerio Público costarricense, establece que el Fiscal General establecerá la política general y prioridades que deben orientar la investigación de los hechos delictivos.

Ninguna de las actividades citadas puede autorizar el ejercicio de poderes autónomos que incidan sobre las libertades civiles o los derechos fundamentales. Las diferentes competencias deben atribuirse a órganos policiales separados entre sí y orgánicamente dependientes, funcional y administrativamente, de los poderes de los que son auxiliares. Se requiere la constitución de una policía judicial, como auxiliar de jueces y fiscales, separada de los otros cuerpos policiales, con las mismas garantías que tiene el poder judicial frente a la administración y dependiente del primero.¹⁵⁹

¹⁵⁹ Ferrajoli, L. Ob.cit., p.768.

2. PROBLEMAS DE LA SEGUNDA GENERACIÓN DE LA REFORMA PROCESAL PENAL

JOSÉ MANUEL ARROYO GUTIÉRREZ,
Magistrado Presidente de la Sala Tercera
de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica

I. ALCANCE DE LA REFORMA

Es pertinente aclarar, en primer término, que la reforma a la que nos hemos de referir, en nuestra región latinoamericana, abarca dos grandes aspectos en orden a la superación de los denominados sistemas inquisitivos de justicia tradicionales.

El primero se refiere a la transformación de los regímenes procesales propiamente dichos, y en particular el cambio del proceso penal, ya que es este el ámbito que con más generalidad y hondura se ha planteado en América Latina y además porque existe, en mi opinión, una diferencia importante entre otras materias jurídicas y la materia penal cuando se trata de plantear estas transformaciones. En lo penal juega papel relevante un factor sociológico que nunca podemos dejar de lado, consistente en el dinamismo de la violencia social y la urgencia de emprender constantes actualizaciones para hacerle frente. De ahí que, en nuestra materia, este fenómeno adquiere una particular importancia dado que se ve permanentemente obligado a dar respuestas, aspecto que no se da, o al menos no se da con la misma fuerza, cuando se trata de otras materias jurídicas. Es así como en América Latina la respuesta ante las demandas al sistema jurídico-penal, se han orientado a cambiar regímenes predominantemente inquisitoriales por regímenes de impronta acusatoria, debiéndose tener siempre presente que no hay modelos “puros” en esto de los modelos procesales y que cada país o cada Estado ha de construir su propia reforma sobre la base de sus antecedentes, su evolución institucional y sus particulares condiciones. Lo único que parece definitivo es la necesidad de evolucionar de la escritura, el secretismo y no-contradicción hacia la oralidad, la publicidad y el contradictorio.

El segundo gran ámbito de reforma tiene que ver con la organización y funcionamiento de nuestros poderes judiciales orientada a la transformación del modelo de administración de justicia y que debe acompañar a las modificaciones estrictamente legales o procesales. Se trata también de cambiar el modelo inquisitivo funcional y orgánico por un modelo que armonice con el concepto acusatorio. En América Latina esto significa pasar del esquema napoleónico de organización y funcionamiento del poder judicial a modelos republicanos mucho más avanzados y democráticos. Aquí se trata de cambiar las modalidades excesivamente centralizadas, verticales y autoritarias de gestión, por modelos que escindan las tareas jurisdiccionales de las político-administrativas, con una mayor horizontalidad en las relaciones internas y externas y métodos de trabajo modernos y eficientes.

Estoy convencido de que ambos movimientos de reforma deben ir de la mano, porque se trata de la sustitución no sólo estructuras institucionales o formas procesales, sino de emprender de un verdadero cambio en la *cultura jurídica* pasando de paradigmas autocráticos, concentrados y burocráticos, a los que responde la perspectiva inquisitorial, para migrar a una cultura institucional mucho más participativa y abierta en la administración de justicia de corte acusatoria. Tan relevante es erradicar la concentración de poder en una cúpula -que por lo general en nuestros países detenta gobierno y administración del poder judicial, además de conformar las sedes jurisdiccionales de mayor rango- con la concentración, verticalidad y autoritarismo que ello conlleva, como instaurar sistemas procesales -en todas las materias- de corte acusatorios donde la oralidad, la publicidad, y el recíproco control mediante el contradictorio, asegure una justicia de calidad y efectiva en la atención de los conflictos sociales.

II. NOTAS RELEVANTES DE LA REFORMA EN COSTA RICA

2.1. La reforma estructural, de organización y funcionamiento.

No voy a referirme en esta ocasión a este tema por estar fuera de los propósitos del curso que ha sido convocado. Baste reiterar la convicción que tengo de que la transformación estructural, organizativa y de funcionamiento de los poderes judiciales latinoamericanos no puede verse divorciada de las reformas procesales.

2.2. La Reforma Procesal Penal.

Resulta importante advertir que, con frecuencia, la reforma procesal penal se preocupa por una mayor eficiencia y eficacia. En principio, esa preocupación es válida. Aunque sí es también relevante decir que la eficiencia no puede ser nunca un fin en sí mismo, al margen de la resolución real de los conflictos y de la realización del valor justicia. Tampoco la reforma puede ser vista como una mera propuesta para mejorar la represión, en medio de proyectos sociales que mantengan grandes asimetrías y desigualdades sociales, proyectos que excluyen a importantes sectores cuando no a claras mayorías. La reforma debe ser concebida como una propuesta para asegurar la plena vigencia del Estado constitucional de derecho, la tutela judicial efectiva de los derechos ciudadanos –victimarios y víctimas- y un instrumento que evite la impunidad tanto como preserve los derechos y garantías ciudadanas.

En lo que toca a la reforma procesal penal, es importante recordar aquí que el caso costarricense cuenta con una evolución propia, respecto de la cual, los momentos y aspectos más sobresalientes los podemos resumir de la siguiente manera:

- a. Hemos pasado en este país por dos reformas totales: una en el año 1973 que implantó un sistema procesal penal mixto moderno, con el que se introdujo la oralidad en la fase de debate; y la segunda en 1996 que ha querido enfatizar los rasgos del sistema acusatorio. Los cambios fundamentales introducidos en esta última transformación tienen que ver con la investigación a cargo del ministerio público (desaparición del juez de instrucción); con la facultad de decisión o juzgamiento en poder de la judicatura (jueces de control de la investigación del juicio); un mayor protagonismo de la víctimas como sujeto procesal; y un elenco de alternativas al debate.
- b. Las principales ventajas que se tuvieron en este movimiento de reforma tuvieron que ver con que la iniciativa y conducción del cambio se dio desde el poder judicial que tradicionalmente, ha ejercido un importante liderazgo en cuanto a las reformas legales que le atañen; también se dio un importante apoyo de fuerzas políticas importantes en la Asamblea Legislativa y en el Poder Ejecutivo. Lo anterior se unió a una labor de convencimiento, por parte de los impulsores de la reforma, hacia sectores clave como la prensa, la academia, grupos de presión (cámaras, sindicatos, iglesias) que significó neutralizar las voces opuestas al cambio. De igual manera se desplegó una labor de divulgación y capacitación previa. Finalmente, se logró establecer una comisión de implementación de reforma, especie de comando de aplicación, para todas las directrices y consultas que se formularan en el proceso de aplicación.
- c. Ha sido paradójico que la temprana reforma procesal penal en Costa Rica iniciada, como se dijo, hacia 1970, colocó al país a la cabeza de este movimiento renovador, pero simultáneamente significó que para 1996, cuando se pretendió dar un paso más en la profundización de la reforma hacia un modelo acusatorio, se contó con fuerzas inerciales de resistencia que han significado, con el tiempo, los principales escollos a superar. El ministerio público, totalmente consolidado como institución

adsrita al poder judicial, recibió de un día para otro una carga de trabajo tal que incidió en altos índices de prescripciones y, por un tiempo, causó un verdadero estado de colapso. Los antiguos jueces de instrucción, convertidos en jueces de garantías, continuaron sintiéndose dueños de la investigación, ahora en manos de los fiscales. Además, las malas prácticas de los jueces de juicio, continuaron dándose, fundamentalmente con juzgadores y juzgadoras queriendo tener un papel protagónico frente a las partes en el debate y manteniendo fuertes tendencias hacia la escriturización de actuaciones y procedimientos.

- d. Los errores más importantes que pudieron detectarse con el tiempo tuvieron que ver con la falta de preparación para el cambio del ministerio público. Una verdadera avalancha de expedientes le fueron trasladados lo cual sofocó a esta instancia hasta hacerlo casi colapsar. No ha sido sino en los últimos años que esa etapa está siendo superada y reivindicado el ente acusador como órgano rector de la acusación penal en nuestro país. De igual manera el Código Procesal Penal en balance que pudiéramos hacer a once años de su promulgación y nueve de su vigencia, arroja saldos negativos que tienen que ver con:
- e. Metas de oralidad logradas muy a medias.

Se sigue arrastrando la cultura escrita. Los expedientes siguen siendo voluminosos tomos que en sentido irónico llamamos “monumentos a la oralidad”.

- i. Persiste la manía actuarial, todo queremos consignarlo por escrito: solicitudes de las partes, resoluciones de los jueces, sentencias innecesariamente extensas;

- ii. Algunos momentos procesales decisivos como la audiencia preliminar resultan del todo ineficientes, pues no cumplen con su cometido, en este caso de verdadero filtro para asegurarse que llegue a juicio sólo lo que sea necesario y con el bagaje probatorio indispensable. La principal patología en este momento procesal es el ofrecimiento indiscriminado de prueba por parte del ministerio público y la pobre valoración que se hace de ese ofrecimiento, siendo que la tendencia de los jueces penales en esta etapa es elevar los asuntos a juicio con toda esa carga probatoria, lo que a su vez congestiona los tribunales de juicio que se ven obligados a señalar tiempos muy amplios para la realización de los debates.

- iii. Sigue dándose un manejo de debate con incorporación material de actas y la intervención oficiosa de jueces llenando omisiones del ministerio público y otras partes. Es más, a lo largo de todo el proceso hay una auténtica confusión de roles porque los agentes del ministerio público descuidan la investigación preliminar y las solicitudes al juez y porque el juzgador pretende llenar las falencias de los fiscales o bien no les permite asumir sus roles tal cual está previsto, etc.

- iv. Se ha desnaturalizado la función de las medidas cautelares. Principalmente se usa y abusa de la prisión preventiva. Un estudio nacional demuestra que cerca del 60% de las prisiones preventivas impuestas, son modificadas menos de un mes después de su imposición, lo cual nos hace cuestionar su necesidad desde el principio. El clima de alarma social y la presión de medios de comunicación, están jugando un papel en la ligereza con que el ministerio público pide, y los jueces la conceden, esta medida cautelar extrema.

- v. Asimismo, la meta de eficiencia y eficacia han sido logradas a medias. La utilización de medidas alternas al juicio es relativamente alta, según datos de CEJA, alrededor del 60% del total

de los asuntos entrados. Pero la duración de procesos, lejos de disminuir ha ido paulatinamente en aumento hasta rondar los 22 meses, lo cual nos sitúa por encima de los 18 meses que señalan los estándares de razonabilidad internacionales, así como el porcentaje de fracaso en audiencias agendas es alto, cercano al 70%, según la misma fuente.

vi. Finalmente, y exigiendo una mención aparte, el cuestionamiento por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la casación costarricense como garantía de cumplimiento del derecho al recurso que de manera integral re-examine la sentencia penal condenatoria ha generado toda una conmoción interna que nos tuvo, primero, tomando medidas inmediatas para no estar en incumplimiento y, a partir de junio del 2006, una reforma a la casación penal en Costa Rica busca remediar las limitaciones que se le han señalado. En todo caso, es importante aclarar que la Corte Interamericana no ha hablado de “doble instancia” ni mucho menos de “recurso de apelación”. Simplemente ha llamado la atención en cuanto a la necesaria existencia de un recurso –cualquiera sea su nombre y que puede ser la casación nuestra- que de manera integral asegure el re-examen de la sentencia penal condenatoria. Con la sentencia condenatoria que el Estado costarricense ha soportado, hemos entendido que se trata de asegurar dos principios: el de *objetividad* (un mismo juez no puede conocer dos veces del mismo asunto en diversas sedes); y la necesaria existencia de un *recurso integral y eficaz* ante un juez superior, con lo que se trata básicamente de asegurar la posibilidad de un juicio sobre el juicio (y no un doble juicio sobre el mérito del asunto, que nos dejaría en igual situación), lo cual se está procurando mediante la nueva legislación con la posibilidad del examen amplio, tanto fáctico como jurídico de lo resuelto, valorando no sólo la logicidad del examen probatorio, sino la posibilidad de incorporar prueba sobre supuestos vicios en el procedimiento mismo (cosa que se acepta desde hace tiempo) para lo cual se echa mano a las actas del debate o a las grabaciones fónicas o de vídeo, sino además a la posibilidad de incorporar prueba arbitrariamente preterida, claro está, siempre y cuando resulte que es pertinente y útil para incidir en la resolución que se tome. En la actualidad y ya desde antes de la reforma procesal a la casación, en Costa Rica se está llevando al mínimo los casos de inadmisibilidad (se manejan promedios entre el 5% y el 8% máximo) y sólo por supuestos estrictamente establecidos: extemporaneidad de la interposición del recurso; impugnabilidad objetiva (porque la resolución no admite el recurso); impugnabilidad subjetiva (porque el recurrente no está legitimado para recurrir) o bien por defectuosa presentación del recurso (que admite una fase de corrección antes de ser rechazado).

vii. No obstante los esfuerzos y logros hechos tiene que decirse que hay grandes insatisfacciones con el modelo imperante en la jurisdicción de la casación penal. La apertura del procedimiento de revisión, con sus antecedentes en la Ley de la Jurisdicción Constitucional y la reforma al antiguo Código de Procedimientos Penales y, por último, concretada en el inciso g) del numeral 408 del Código Procesal Penal vigente, ha originado una clara disfunción en nuestro sistema procesal penal. Las razones que llevaron en 1989 a esta apertura, ya no existen. Es claro que la evolución de la casación penal ha sido de tal magnitud que hoy podemos asegurar que contamos con el recurso que de manera integral pueda reexaminar la sentencia penal, según las exigencias constitucionales y del derecho internacional. Por el contrario, mantener una revisión totalmente abierta, por violación genérica al debido proceso, ha provocado que los asuntos prácticamente nunca lleguen a término (no existe la cosa juzgada material), provocando de paso la saturación de las sedes de casación. Tómese nota de que la Ley de Apertura del 2006 ha introducido la causal genérica (por violación al debido proceso) como parte de los motivos a alegarse en casación,

por lo que ha desaparecido la necesidad de mantener abierto el procedimiento de revisión (de suyo extraordinario). Recuérdese que la insistencia de la Corte Interamericana en sus fallos se dirige a asegurar la existencia de un *recurso ordinario*, accesible, ante un tribunal superior, para reexaminar de manera integral la sentencia penal *antes* de que ésta adquiera la condición de cosa juzgada.

viii. La creación en 1993 del tribunal de Casación Penal, ha causado la segunda disfunción importante dentro del sistema que nos rige. Llevamos más de una década sin un mecanismo procesal que resuelva el problema de la jurisprudencia contradictoria, tanto respecto de las distintas secciones del tribunal de Casación entre sí, como entre éstas y la Sala Tercera de la Corte. Se ha ocasionado un verdadero problema de inseguridad y desigualdad jurídica frente a la ciudadanía que, dependiendo de cuál sea la integración de la sede de casación, así será el resultado de su asunto, en temas casi siempre de gran trascendencia, tanto de derecho procesal como sustantivo.

ix. La tercera asimetría relevante consiste en que, con la Ley de Apertura de la Casación Penal, se rompió el esquema de distribución de la competencia, basado en un criterio técnico, según la gravedad de las penas legalmente previstas. Al trasladarse al tribunal de Casación la competencia de los delitos contra la libertad sexual y los de violación a la ley de sustancias prohibidas, esta instancia puede conocer de asuntos con penas superiores a cinco años de prisión, con lo que se ha originado un ámbito susceptible de ser cuestionado.

x. El último tema que merece ser apuntado, es que también como consecuencia de la sentencia de la Corte Interamericana y de la respuesta estatal con la Ley de Apertura, la Sala Tercera se ha visto obligada a delegar la mayoría de los asuntos re-entrados en casación, o bien ingresados por revisión, en la sala o salas suplentes, con lo que se agrava el problema de la jurisprudencia contradictoria, lo que es aún más grave, se está dejando en manos de esa suplencia la decisión última de temas muy delicados, descalificándose en muchos casos el criterio de los magistrados titulares.

III. ELEMENTOS PARA UNA REFORMA

Si el sistema procesal penal en Costa Rica, en sede de casación, padece graves patologías como la desaparición, en la práctica, de la cosa juzgada; la proliferación de jurisprudencia contradictoria; la ausencia de criterios técnicos para distribuir la competencia entre las distintas sedes; y la descalificación de los criterios de los titulares, conviene plantearse la posibilidad de una reforma a profundidad que abarque los aspectos de seguido enumerados.

3.1. Debe trasladarse la competencia de todos los delitos a los actuales tribunales de casación y crear cuantas secciones se requieran. La Sala Tercera se quedaría con la función de uniformar la jurisprudencia contradictoria y conocer las acciones de revisión.¹⁶⁰ Un tema a resolver será si se conserva la denominación de estos tribunales y del respectivo recurso como “casación”. Objeto de discusión

también ha de ser si se conserva una casación, en manos de la Sala Tercera, por violación de ley, con rígidos criterios de admisibilidad y procedibilidad. En este punto lo que conviene es evitar la creación de una tercera instancia.

3.2. Debe diseñarse un recurso para hacerse valer ante los actuales tribunales de casación, que no es otro que el que se ha ido conformando de acuerdo a la evolución del recurso de casación en Costa Rica, en armonía con los principios acusatorios y de carácter informal, amplio, accesible y efectivo, de manera que satisfaga los parámetros constitucionales y de derecho internacional.

3.3. Debe diseñarse también un mecanismo procesal para calificar, también de manera amplia y accesible, los supuestos en que podrá alegarse existencia de jurisprudencia contradictoria. En este punto hay que prever el problema de que, al uniformar la jurisprudencia, ello podría significar un perjuicio para algún acusado y cómo remediarlo. Asimismo hay que definir si el fallo de la Sala en este campo será o no de acatamiento obligatorio.

3.4. Como estaríamos ante un sistema garantizador del derecho al recurso, que de manera integral re-examine la sentencia penal ante un superior y que tiene además naturaleza ordinaria (antes de que el fallo adquiera condición de cosa juzgada), debe volverse a la revisión clásica, eliminándose la causal por violación genérica al debido proceso. A lo sumo, podría conservarse la posibilidad de alegar esta causal (quebranto al debido proceso) por una única vez y cuando se acuse sucedida en sede de casación, según el esquema actual.

3.5. No debe perderse de vista, por último, que la casación actual es una virtual apelación restringida, que tiene al borde del colapso sobre todo a la Sala Penal de la Corte Suprema. La alternativa, si no se impulsa una reforma a fondo, es seguir creciendo con un cuerpo de letrados (as) cuya productividad va a ser cada vez más difícil de controlar efectivamente por parte de los magistrados. El problema político-jurídico que esto genera, a saber, la (des)confianza del ciudadano respecto al juez que realmente le resuelve, es otra razón de peso para buscar una solución radical al problema. Devolverle la potestad de decir la última palabra al tribunal de mayor rango en la República, en todos los temas polémicos de un área del derecho, es otra cuestión primordial que urge recuperar propias del foro nacional. Personalmente creo que la casación penal en Costa Rica y particularmente el recurso de casación nuestro, cumple a cabalidad con las exigencias y parámetros de la normativa internacional de derechos humanos. Sin embargo, sobre la base de una evidente incompreensión de lo que es un sistema acusatorio, y las reformas que hemos tenido que improvisar para no incumplir con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Justicia, podemos establecer las siguientes asimetrías o patologías en la casación costarricense que podemos resumir así:

3.6. Otro orden de problemas está dado por fallas importantes en la capacitación técnica de los operadores, por ejemplo, limitaciones prácticas de los jueces; dificultades en la constitución de la prueba, como es el caso de dictámenes periciales en general y particularmente de dictámenes médicos, psicológicos y psiquiátricos: ausencia de protocolos de intervención; falta de información adecuada en

¹⁶⁰ También conservaría otras tareas jurisdiccionales menos frecuentes como el juzgamiento de miembros de los supremos poderes, según el esquema actual, o conformaría tribunal de Corte Plena. Por supuesto tendría todas las tareas de gobierno y administración que la Constitución y la ley le confieran.

los dictámenes (formulas o “machotes”); revictimización con incontables intervenciones (particularmente grave en infantes y mujeres víctimas de abusos sexuales, físicos o psicológicos). En este delicado tema se están haciendo esfuerzos para poder superarlos. Un ejemplo de ellos son las iniciativas para introducir en nuestro medio las llamadas “cámaras de Gessell”; o bien la capacitación interdisciplinaria (profesionales médicos y afines con profesionales jurídicos) y transversal (policías administrativos y judiciales, instituciones de asistencia –en nuestro caso el Patronato Nacional de la Infancia- fiscales del ministerio público, defensores públicos, y por supuesto, jueces. Se da también dificultades en el tema de la valoración de la prueba, sobre todo aquí por la falta de formación técnica en cuanto a apreciación de la prueba, argumentación jurídica y destreza lógica en las decisiones.

3.7. Una estrategia de capacitación, a través de un programa especial, ha abarcado a todos los funcionarios de la materia penal (jueces, fiscales, defensores) para reforzar el tema de la oralidad. Precisamente se trata de superar las deficiencias y malas prácticas que se señalaban líneas atrás, queriéndose implantar un sistema de audiencias para la etapa preliminar del proceso, así como recordar el rol que cada quien tiene en el proceso y resolver todo lo que sea posible prescindiendo de la escritura e implantando el método oral para llegar a resoluciones. Lo anterior se está planteando en el marco legal vigente, sin acudir a reformas cuyo costo (en tiempo y recursos) es siempre muy alto.

IV. REFLEXIÓN FINAL

Lo que se ha dicho de los hospitales y de las cárceles, vale para los sistemas procesales: dime qué tipo de proceso penal tienes y te diré en qué clase de país habitas. En medio de sus avatares históricos hay que rescatar los esfuerzos de generaciones costarricenses que han querido y lo lograron en buena medida, estar a la altura de los tiempos, ofreciendo a sus ciudadanos una justicia de calidad, a pesar de lo difícil que es lograr este importante servicio democrático, sobre todo en un país periférico y pobre como la mayoría de los nuestros. Ciertamente este país ha contado con factores claramente ventajosos, dentro de los que cabe destacar una importante estabilidad política e institucional que ha permitido avances y transformaciones las últimas cinco décadas. También es peculiar que sea desde el poder judicial mismo que los más importantes cambios se hayan impulsado y alcanzado. Esas condiciones, a saber, estabilidad institucional y un poder judicial comprometido con las reformas que obligan los cambios de los tiempos, tienen que seguir siendo ventajas comparativas que nos permitan seguir cultivando una actitud crítica, en el mejor de los sentidos, que nos permita avanzar.

3. PROBLEMAS EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LA REFORMA PROCESAL PENAL

LUIS FERNANDO NIÑO,
Juez de Cámara ante los Tribunales Orales en lo Criminal
del Poder Judicial de la República Argentina

Ante todo, en esta última intervención de mi parte, deseo compartir con todos ustedes la dicha de haber participado en la tercera y –también– última edición del segundo ciclo del Curso Internacional de Capacitación en Reformas al Sistema de Justicia Penal en América Latina, organizado por el ILANUD con la inestimable cooperación de UNAFEI y JICA de Japón.

Como ya lo manifesté al presentarme el pasado martes, he tenido la satisfacción de colaborar en cuatro de los seis eventos celebrados a partir de 2005 y esa circunstancia me permite aseverar que la feliz iniciativa se ha ido desarrollando, año tras año, con el fecundo saldo de un conocimiento más vasto y más profundo de los aspectos normativos y fácticos de los sistemas penales a los que pertenecemos, tanto los integrantes de las distintas delegaciones nacionales cuanto quienes hemos aportado como expositores o moderadores al devenir de las distintas sesiones celebradas; y el de robustecer la posibilidad de que cada uno de nosotros continúe operando como agente de la siempre inconclusa tarea de reforma de los procedimientos penales existentes en cada país de la región.

Me anticipo a señalar que no me guía un optimismo inmoderado ni mucho menos. Soy plenamente consciente de las dificultades con que sobrellevamos nuestras labores cotidianas y de los obstáculos que se alzan ante cualquier impulso renovador. Pero vale la pena que incluya aquí una referencia inicial, con el objeto de estimular a quienes desean continuar formando parte del noble movimiento transformador en la materia que nos convoca, recalcando, en paralelo con una célebre frase de Gustav Radbruch, referida al derecho punitivo de fondo o sustantivo, que también un procedimiento penal mejor es posible, y deberá serlo, hasta el momento en que la humanidad, perfeccionando otras vías más justas y eficaces de resolución de los conflictos graves planteados por la convivencia, logre dejarlo atrás.

Afortunadamente, hoy nos cuadra debatir a partir de una plataforma completamente diferente de aquella desde la cual, exactamente un cuarto de siglo atrás, bajo el marco del mismo Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, algunos nos lanzamos a la ardua tarea de contribuir a desarticular la monumental trama burocrática y represiva de unos sistemas penales arcaicos, caracterizados esencialmente por su fuerte impronta inquisitiva, heredada de cuerpos de leyes europeos que habían sido abandonados, en más de un caso, en el Viejo Continente, antes de que entraran a regir en estas latitudes.

Aquel comienzo fue muy modesto en sus expectativas: baste decir que, durante la década del 80, los expertos convocados por el ILANUD, entre los que tuve el honor de contarme –y aquí me limito a nombrar a dos valiosos compañeros de andanzas, los Dres. Álvaro Orlando Pérez Pinzón, de Colombia, y Víctor Vélez Funes, de la Provincia argentina de Córdoba– pugnábamos por persuadir a funcionarios de los respectivos poderes políticos nacionales, y a las altas autoridades judiciales de los once países de América Latina visitados, de la conveniencia de dar, por lo menos, un paso adelante: abandonar aquellos vetustos códigos, en los que las funciones de conocer y juzgar se fundían en la figura de un juez instructor pletórico de potestades, facultado para imponer inmoderadas restricciones a la publicidad de los actos procesales y a la comunicación de los imputados con su defensa técnica, en tanto que otros magistrados sentenciantes, generalmente unipersonales, pronunciaban, por regla, sin mayores sobresaltos, sentencias condenatorias prácticamente anunciadas.

Proponíamos, en su reemplazo, en esa primera etapa, un *sistema procesal penal mixto moderno, o mixto con garantías*, según las definiciones de la doctrina de la época, basado esencialmente en cuatro

puntos esenciales: 1) el otorgamiento de un mayor protagonismo a los fiscales, hasta entonces deslucidos partiquinos de aquel juez de instrucción de cuño napoleónico; 2) el recorte de las potestades de secreto e incomunicación en cabeza de este último, 3) la limitación del empleo de la prisión preventiva, justamente denunciado en aquellos años por especialistas de la talla de Elías Carranza, Luis Paulino Mora y Eugenio Raúl Zaffaroni, y 4) la introducción -en la fase del plenario- del juicio oral, público, contradictorio y continuo, a cargo de un tribunal compuesto por jueces técnicos.

En suma, cinco lustros atrás, frente a la porfiada subsistencia de leyes como la 2392, del viejo código federal de mi país, procurábamos marchar a partir de la senda abierta por el código cordobés de Sebastián Soler y Vélez Mariconde, tomado luego como modelo por Costa Rica, adicionando, claro está, cláusulas tendentes a la progresiva diferenciación de los roles del acusador y del juzgador y a las garantías de los individuos sometidos a proceso.

¡Cuál sería el letargo en que estaba sumida buena parte de nuestros colegas del continente, para vislumbrar aquella moderada empresa como el fruto de una osadía inverecunda, de una intrepidez digna de mejor causa, cuando no de una bizarría vanguardista poco recomendable, a juzgar por las conclusiones que recogíamos en ese entonces, al término de los encuentros celebrados!

Por fortuna, en ese sentido, los tiempos han cambiado; y el año 2010 encuentra a la región, en términos generales, en un plano hartamente diferente, con algunos códigos en los que el sistema acusatorio aparece ya suficientemente delineado, y otros en los que el sistema mixto fue despojándose paulatinamente de los elementos que evocan su añeja matriz, y acercándose a modelos que privilegian como valores fundamentales de un Estado de derecho democrático y republicano la imparcialidad del juzgador y el derecho de defensa de todas las partes del proceso, comenzando –quiero recalcarlo desde ya- por quien soporta la acción penal desplegada en su contra.

De eso se trata, entonces, como el título de esta exposición lo indica: de recapitular y de puntualizar los problemas que enfrenta el proceso de reforma de los procedimientos penales a escala subcontinental, o bien, para acentuar el dramatismo que ciertos indicadores conducen a asumir, de señalar los desafíos postergados de esa vasta reforma procesal.

Tres años atrás, al culminar el primer ciclo de este valioso Curso Internacional, hube de valerme del programa diseñado en ocasión de presentarse un ambicioso proyecto de código procesal penal para las jurisdicciones federal y nacional de mi país, a fin de señalar, ordenadamente y en una visión omnicompreensiva, los principales tópicos necesitados de especial atención en la inacabada empresa de modernización y humanización de los sistemas penales latinoamericanos.

A la fecha debo señalar que aquel proyecto perdió estado parlamentario, por decisión de la clase política y se aguarda –apenas- su relanzamiento; no obstante lo cual los ítems que componían su exposición de motivos mantienen plena vigencia, y me atrevería a afirmar que, actualmente, las necesidades de cambio que ellos expresaban se revelan más acuciantes que tres años atrás, a la luz de lo que he podido apreciar analizando los dieciocho informes nacionales presentados por ustedes y las interesantes aportaciones que han brindado en las sesiones de trabajo concretadas en estos cuatro días.

Me atenderé, pues, a extraer algunos elementos de esa suerte de temario, aunque –obviamente– aplicado al cuadro de situación planteado en la actualidad y graficado por todo el material reunido en este encuentro.

Apenas me resta advertir que me propongo abordarlo sin hacer concesiones a la retórica ni a la galantería. Brindaré mi criterio del modo más objetivo, tanto a la hora de evaluar lo que considero aciertos como a la de señalar lo que entiendo inoportuno, inconveniente, o aun contrario a normativas de superior jerarquía.

Alguien podría disentir con el método de análisis propuesto, y por eso me apresuro a anotar una razón adicional. “Pinta tu aldea y pintarás el mundo”, aconsejaba un recordado escritor español

Leopoldo Alas, presuponiendo que, con diferencias de detalle, en todos los confines habitados por la especie humana, lo bueno y lo malo suceden con bastante similitud. Al cabo de trajinar durante décadas, conociendo normativas y presenciando prácticas en sede de distintos sistemas penales latinoamericanos, la sugerencia de aquel autor me parece sumamente apropiada: tenemos problemas semejantes; antes o después, procuramos soluciones igualmente parecidas, y, al poco tiempo, esas soluciones suelen desvirtuarse por análogos vicios, principalmente por apego de los operadores a los antiguos rituales formalmente derogados, pero no sólo por ello.

Buen ejemplo de lo que señalo viene representado por el Código Procesal Penal para las jurisdicciones nacional y federal de la República Argentina, Ley 23984, en vigencia desde hace dieciocho años. Con él se plasmó inicialmente el módico avance al que me refería hace instantes, pasando de un instrumento normativo calcado de la legislación española de 1882, de pronunciado sesgo inquisitorial, a otro que reconocía como base mediata al código italiano adaptado por Soler y Vélez Mariconde para la provincia de Córdoba, luego por Costa Rica, y apenas retocado luego por el profesor Ricardo Levene, para su sanción en diversas provincias argentinas, y finalmente en el código nacional y federal.

Un código, en suma, encasillable dentro de los sistemas mixtos, aunque criticable por la persistencia de rasgos retrógrados como el del mantenimiento del juez de instrucción en el señorío de las labores de investigación.

Fue, en definitiva, la concreción de aquel recatado paso hacia un sistema intermedio, ante la cerrada obcecación de quienes repelían transformaciones más rotundas y contaban con el poder político como para abortar todo cambio.

Esa hibridez estructural, merecedora de críticas tempranas, condujo desde entonces, en los últimos lustros, a sucesivas reformas legislativas, enderezadas, en buena medida, a rescatar para los representantes del ministerio público fiscal el papel propio de titulares del ejercicio de la acción penal, y a morigerar la hipertrofia funcional mantenida en cabeza de dos figuras judiciales: el impertérrito Juez de la instrucción y el presidente del tribunal de juicio en la etapa ulterior del ritual.

Los aspectos criticables de dicho modelo se han visto potenciados, desgraciadamente, por la mentalidad de muchos operadores del sistema, valga la socorrida frase, deformando a tal punto el cuadro resultante que cualquiera podría estimar que la cultura del expediente, el cariz inquisitivo de la judicatura, la autonomía funcional de la policía y otros tantos rasgos negativos ganaron una nueva batalla.

Tal cuadro de situación dio lugar, precisamente, a la convocatoria de la citada comisión de reforma integral de dicho código, conformada por miembros del poder judicial y de ambas ramas del ministerio público –fiscal y de la defensa– así como por senadores y diputados nacionales y juristas especializados.

He de valerme, como anticipé, de algunos de los tópicos programáticos por ella indicados, que resumen los más arduos desafíos pendientes ante semejante estado de cosas, para ir poniendo de resalto, de cara a plexos normativos destinados a entronizar un sistema acusatorio puro o –al menos– mejor perfilado, como los vigentes en Costa Rica y República Dominicana y el proyecto propuesto por el INECIP, las que –entiendo– son sus virtudes insoslayables, poniendo de relieve, asimismo, los puntos que reputo cuestionables y dignos de un serio análisis crítico.

- Como era lógico esperar, al promover una reforma de este segmento específico de la legislación, con el expreso carácter de una política de Estado, el primer apartado se consagró a la tarea de colocar al ministerio público fiscal a la cabeza de las tareas de investigación, reservándose al órgano jurisdiccional el control de las garantías.

En este aspecto, la regla general de investigación directa e inmediata por parte del juez de instrucción, contenida en el articulado del código costarricense anterior y en el aun vigente a nivel nacional y federal en Argentina, sólo aparecía atemperada por la facultad de delegar la dirección de tales

tareas en el agente fiscal en los casos de delitos de acción pública, sea por propia decisión del primero o ante la petición de este último, cuando la denuncia hubiera sido recibida o promovida por él.

Paralelamente, las tajantes disposiciones de tales ordenamientos, abriendo dos vías para el inicio de la instrucción, permitían -y aun permiten, en el caso argentino- obviar el requerimiento fiscal en los casos en que no existiere denuncia ante la policía o una fuerza de seguridad sino, lisa y llanamente, una prevención o información policial, robusteciendo el rol activo del juez instructor, por su contacto directo con la autoridad policial.

Año tras año se sucedieron modificaciones legales en procura de un creciente protagonismo en cabeza de los fiscales, como lo puntualizó días atrás la delegación de mi país. Se generalizó, en primer lugar, la facultad de delegación de facultades instructorias a dichos funcionarios por parte de todos los jueces del fuero: en lo correccional, en lo penal económico, en lo criminal y correccional federal y de menores.

Luego, una innovación legal, avizorada por el codificador procesal pero no desarrollada por él, concurrió a reforzar la menguada operatividad del ministerio público fiscal. Me refiero a la plausible incorporación a la ley penal de fondo del instituto de suspensión del proceso a prueba, la mal llamada “*probation*”. Desde su implementación, en 1994, el consentimiento debidamente fundado del fiscal es requisito *sine qua non* para la concesión de dicha medida.

Otra novedad legislativa, la irrupción en la legislación procesal en materia penal federal del mecanismo simplificador del proceso denominado -a mi juicio, eufemísticamente- “juicio abreviado”, incorporado en mi país en 1997, significó (al margen de los reparos de orden constitucional que su régimen me merece, y a los que luego me referiré) el reconocimiento de una serie de facultades, tales como promover la aplicación de esa modalidad, recibir en audiencia al imputado y a su defensor y fijar el límite máximo de la sanción a imponer por el tribunal actuante.

En el mismo año se introdujo en ese sistema procesal la instrucción sumaria, modalidad que deja la investigación directamente a cargo del agente fiscal, para los casos de individuos sorprendidos en flagrancia de un delito de acción pública.

Claro que, afortunadamente, a diferencia del actual instituto costarricense, ese resorte sólo funciona respecto de casos en los cuales el juez considere “*prima facie*” que no procederá la prisión preventiva. En tales supuestos, el fiscal instructor se encuentra facultado para hacer conocer al imputado el hecho que se le atribuye y las pruebas existentes en su contra, recibir sus aclaraciones o su indicación de nuevas pruebas útiles, dar vista al querellante, si lo hubiere, al término de la instrucción, y postular el sobreseimiento o requerir la elevación a juicio del proceso.

Siempre con tal orientación, en 2001 hubo de adjudicarse a los fiscales, en el ámbito al que me vengo refiriendo, la dirección de la investigación, en los ilícitos de competencia criminal de instrucción o correccional que no tuvieran autor individualizado –los denominados N.N.-, con mera noticia al juez competente en turno.

Y a tales atribuciones del fiscal se sumó, en 2003, la de recibir declaración al imputado, en los casos en que el delito investigado fuere el de privación ilegal de la libertad agravado o el de secuestro extorsivo, en virtud de una ley sancionada en medio de una auténtica catarsis represiva desatada en el medio parlamentario argentino, que condujo a catorce reformas del Código Penal en menos de un trienio.

Como cabe apreciar, en la jurisdicción federal argentina, la marcha hacia un sistema acusatorio ha sido lenta pero sostenida. En un caso puntual, como el que acabo de referir, se ha dado un paso más de lo que considero constitucionalmente admisible; pero, en el otro margen, una realidad permanece invariable, y es la del juez de instrucción que continúa erigido en factor central de la investigación, desoyendo la antigua advertencia del profesor Julio Maier, quien supo apostrofar en su momento: “o el buen inquisidor mata al buen juez, o el buen juez destierra al inquisidor”.

Todos los cuerpos de leyes que mantienen esa figura cargan con esa rémora inocultable.

Tal situación se conjuga penosamente con otra, derivada de los amplios poderes otorgados por el código nacional y federal al presidente del tribunal en la fase del debate.

Por cierto, he sido el primero en persuadir a mis colegas de Tribunal en el sentido de considerar tácitamente derogado el artículo 389 de dicho cuerpo de leyes, en cuanto prescribe que serán los jueces, y sólo “con la venia del presidente y en el momento en que éste considere oportuno, el fiscal, las otras partes y los defensores” quienes puedan formular preguntas a las partes, testigos, peritos e intérpretes”, por estimar que semejante disposición choca insalvablemente con el requisito del tribunal independiente e imparcial que reclaman los artículos 8, numeral 1 del Pacto de San José de Costa Rica y 14, numeral 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Pero es forzoso reconocer que muchos miembros de los tribunales orales actuantes en el sistema que describo se valen de preceptos como el recién mentado para interrogar exhaustivamente al imputado y a los demás deponentes en la audiencia, evidenciando una reticencia que reputo escandalosa al rol que les reserva un procedimiento modulado por el bloque de constitucionalidad reiteradamente citado.

No puedo avanzar sin dejar aclarado el punto que critico en torno a la facultad del fiscal de recibir declaración al imputado.

Códigos latinoamericanos recientes, que merecen especial atención, por su intento de superar atavismos inquisitivos, como el ya citado de Costa Rica –en su artículo 91 y ss.- contemplan la posibilidad de que sea el fiscal quien reciba declaración al imputado, bien que contando con la presencia de un defensor de confianza o de oficio.

La misma decisión han adoptado otros códigos, como el de la provincia argentina de La Pampa, al redactarse el artículo 231 de ese nuevo texto, que señala claramente que, “en la etapa preparatoria, la declaración se llevará a cabo ante el fiscal encargado de ella”.

Personalmente, estimo que un acto de la trascendencia de la declaración del incoado debe ser realizado, en cualquier caso, en presencia del juez competente, quien se limitará a controlar el cumplimiento de todos los recaudos previos y concomitantes que garanticen la incolumidad de las garantías del debido proceso.

De ninguna manera pretendo devolver al juez el protagonismo de un inquisidor; por el contrario, procuro que quien inquiera pueda ser controlado por un tercero imparcial para resguardo de las garantías individuales.

Si estamos de acuerdo en que el juez penal debe controlar la investigación preparatoria mediante las decisiones jurisdiccionales que correspondan a esa etapa, así como en que será necesaria su intervención para allanar un domicilio o la correspondencia y los papeles privados de un individuo, como lo dispone, por ejemplo, la Constitución Política de Costa Rica en sus artículos 23 y 24, o la argentina en su artículo 18, cuadra que esté presente en el momento de la primera defensa material de quien resulta investigado. Piénsese que, de no existir ese control, la presencia del defensor de confianza o de oficio carecerá de alternativas para impugnar, temporánea y eficazmente, cualquier apartamiento, por omisión o por exceso del funcionario del ministerio público fiscal, de las prescripciones legales atinentes a ese relevante acto procesal.

El cuadro se agrava si se repara en casos como el de Nicaragua, donde, tal como se ha destacado en el informe nacional relativo a la defensoría oficial, existen municipios carentes en lo absoluto del servicio de defensa pública, o en el de Guatemala, donde el informe nacional representativo de la judicatura alerta respecto de la insuficiencia de defensores públicos como uno de los cinco factores más negativos del sistema.

Y ¿qué decir del caso en que se permita al imputado defenderse por sí mismo, como también lo admite el código costarricense?

Las destacables exposiciones de motivos que preceden a los nuevos códigos y proyectos enfatizan respecto del principio de contradicción, de la igualdad de armas y de posibilidades, y hasta reparan, como ocurre con el citado código de La Pampa, en “la desproporcionada estructura material que hoy ostentan los organismos estatales de persecución penal (policía, ministerio público fiscal) respecto del acusado y su defensa”, en “el tramo procesal en el que hallamos (cito textualmente) una desigualdad absoluta entre las partes”, esto es, “la etapa instructoria”.

Pues bien; entiendo que ningún favor rinde a esas encomiables referencias la posibilidad de que sea el titular del ejercicio de la acción penal pública quien reciba directamente la declaración del imputado, aun detenido, sin el control de un órgano jurisdiccional imparcial.

Confieso paladinamente que estoy entre los que tachan de ficción, al menos en nuestro continente, la condición de imparcial y objetivo del agente del ministerio público. Entiendo que es deseable que él intente ser, ante todo, un controlador de la legalidad republicana; pero, si, como suele admitirse, el fiscal no ha perdido importancia o protagonismo procesal en el diseño normativo ideado, si será justamente su proceder el que facilite en la gran mayoría de los casos el éxito de la investigación, si, como también se reconoce, la naturaleza pública de la acción penal...está dada, sin lugar a dudas, en el interés que la sociedad tiene [en] que no queden impunes los hechos delictivos, si, en síntesis, existe un poder-deber del Estado definido como devolver la paz social desplazada por el hecho penalmente típico, y ese poder-deber es ejercido por el fiscal, es imperioso que cualquier acto de declaración del imputado sea recibido en presencia de un juez de control.

El fiscal es el “representante, defensor y protector de los intereses generales de la sociedad”, se nos informa desde Honduras; es el promotor de la acción penal y –como tal- defensor de los intereses de la sociedad y del Estado, se nos ilustra desde El Salvador; es, ante todo, el promotor de la acción penal en pro de la justicia, la legalidad y los intereses de la sociedad, dicta el código de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; personifica a una institución al servicio de la sociedad y de las víctimas para garantizar la efectiva persecución penal que devuelva a la población la seguridad, la tranquilidad y el respeto por las normas de convivencia, se exalta desde Nicaragua; tiene por misión primordial investigar delitos, conforme se expresa en la legislación guatemalteca... Todo eso está muy bien, pero si no queremos ningún personaje omnímodo sino una paridad de armas que vaya más allá de la declamación, es preciso que la máxima que prohíbe la autoincriminación compulsiva resulte honrada por la concurrencia de un juez de garantías en la primera comparecencia de un imputado frente a su virtual acusador.

Y no se diga que esa condición retrasaría la marcha del procedimiento: el magistrado judicial encargado de tal control debe ser el primero en facilitar las cosas para que la audiencia en cuestión se realice con la mayor prontitud; y será responsabilidad suya cualquier demora sobre el particular; y causal de mal desempeño, la ocurrencia injustificada de tal demora.

En la Provincia de Buenos Aires, donde continúa rigiendo un antiguo código procesal penal, aunque tijereteado por quince reformas, se ha dejado también en manos del fiscal la declaración del imputado, quien, siempre que lo solicitara motivadamente, podrá declarar ante el juez de garantías, conforme al mismo precepto.

Personalmente, entiendo que el artículo 18 de la Constitución Nacional, cuando consagra la inviolabilidad de la defensa en juicio, el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en cuanto proclama que toda persona tiene derecho a ser oída por un tribunal independiente e imparcial “para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”, y los artículos 7, numeral 5, del Pacto de San José de Costa Rica y 9, numeral 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, en la medida en que obligan a que el imputado detenido o retenido sea llevado a declarar ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, sin cortapisas ni retaceos relativos a la etapa procesal en que se reciba

tal declaración, imponen la presencia de un juez controlador de las garantías a la hora de enfrentarse a cualquier imputación.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la resolución del caso 7964, publicado en el año 1984, sobre la situación del pueblo miskito de la costa nicaragüense, recomendó que, “a fin de salvaguardar el derecho a no ser obligado a declararse culpable, y a no ser sometido a tortura, una persona...deberá ser interrogada en presencia de su abogado y un juez”.

No me creo, por lo demás, que al legajo de la investigación preparatoria, formado por el fiscal conforme a las disposiciones de los nuevos códigos y remitido al juez de control o de garantías, según los casos, no se le otorgue valor probatorio alguno como lo pretenden explícitamente algunas de tales reglas, sobre todo cuando otros preceptos permiten su incorporación por lectura.

Opino, respetuosamente, que no es juicioso desalojar al juez de instrucción que conocía y decidía para acabar reemplazándolo por un fiscal que conozca sin límites y luego decida, en la crucial fase preparatoria, etapa de franca desigualdad, destacada como tal en varios de los informes nacionales de los defensores públicos aquí presentes.

El control por parte del juez de la fase previa al debate, llámese como se llame, del primer acto de defensa material ejercitado por un imputado me parece imprescindible, si de veras queremos un proceso que reconozca el ejercicio de las garantías constitucionales en cada uno de los distintos procedimientos de que él se nutre, según se anuncia –palabras más, palabras menos- en las exposiciones de motivos que prologaron los diversos códigos y proyectos de ese mismo documento.

Aunque entiendo que lo dicho sería suficiente, debo llamar la atención respecto de otro factor que refuerza mis argumentos.

A despecho de la autonomía funcional, constitucionalmente proclamada en casos como el de Guatemala, Honduras y El Salvador, los fiscales de la región adolecen de un mismo “talón de Aquiles”. Sea por penurias presupuestarias que redundan en falta de apoyo a la tarea de los fiscales por parte de la policía, como reza el informe guatemalteco, o por la insólita decisión política de trasladar la dirección de investigaciones del ministerio público al ministerio de seguridad, desde 1998, como ocurrió en Honduras, o por la desconexión entre las unidades policiales y las del ministerio fiscal, debida, entre otras causas, al constante cambio de destino de los investigadores, como se reconoce en El Salvador, lo cierto es que el nuevo “señor de la investigación” (entre comillas) depende teóricamente, para su cometido, de unas fuerzas de seguridad que, por cualquiera de las razones apuntadas, no le responde eficientemente, con el añadido del sesgo policíaco y exento de científicidad que situaciones como las descritas permiten vislumbrar en las maltrechas pesquisas que pudieren instrumentarse.

Lo propio vale sostener respecto de Nicaragua, donde el raquitismo presupuestario mantiene a un 58 por ciento de la población provisto de fiscales meramente itinerantes.

Aun en casos menos acuciantes, como el de Costa Rica, sabemos hoy que el hecho de que la policía reconozca su dirección administrativa bajo la órbita del poder ejecutivo torna frecuentemente ilusorio el tope de las seis horas legalmente fijadas para dar aviso de cualquier procedimiento; y hasta en la orgullosa Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se destaca como una de los cinco debilidades del sistema la relación del ministerio público con las fuerzas de seguridad.

Ergo, aun salvando las distancias, es de temer seriamente que los fiscales de cualquiera de nuestros países tiendan a compensar la evidente incuria de recursos humanos y logísticos volviendo sus pasos hacia la infausta *probatio probatissima*, configurada por la confesión del encausado, prenda preferida de todo procedimiento inquisitorial.

Añádase a ello las carencias denunciadas por las y los defensores públicos, antes aludidos, y el desolador panorama no requerirá mayor adjetivación.

Espero que haya quedado en claro que pugnar por un mínimo control alusivo a la incolumidad de las garantías del justiciable no proviene de una falta de internalización del cambio de paradigma de mi parte, ni de una defensa trasnochada del estamento profesional al que pertenezco, sino de la asunción integral de principios normativos de máxima jerarquía como los antes aludidos, previstos en las constituciones y en el bloque de constitucionalidad compuesto por los tratados de derechos humanos incorporados a los ordenamientos de nuestra región.

- El segundo principio rector de la reforma procesal tomada como índice para esta exposición rezaba así: Limitar el uso del encarcelamiento preventivo y generar un catálogo más amplio de medidas alternativas.

Tal como lo señala la representación de la defensa pública argentina en el seno de esta edición del curso internacional, el recurso a la prisión preventiva como “pena” principal sigue siendo una auténtica perversión que tiñe de inconstitucionalidad todo el proceso penal.

En este sentido, no me canso de reformular una pregunta elemental, a partir de la comprobación de la indeseable persistencia del fenómeno de los “presos sin condena” en todo el continente latinoamericano.

¿Sobre qué bases legales actúan nuestros jueces y magistrados en orden a la libertad personal de los ciudadanos y a su restricción por motivos procesales?

La Convención Americana sobre Derechos Humanos contiene una regla clara que, interpretada correctamente, implica, no sólo el derecho a no ser detenido ni encarcelado, sino la garantía de no padecer una detención o encarcelamiento arbitrario. Cuando en el Art. 7, numeral 1, se expresa que “*Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales*”, se consagra el derecho a la libertad corporal y ambulatoria, así como la seguridad de no sufrir una restricción injustificada de ese derecho.

Los dos incisos subsiguientes son, entonces, simples desarrollos del primero, al postular la excepción a aquella regla, aludiendo a las causas y las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas, y al remarcar la prohibición de la detención o encarcelamiento arbitrario.

Ese andamiaje textual permite afirmar sin titubeos que, en la duda, lo que rige es el principio de la libertad: *in dubio pro libertate*. Ante la mínima duda acerca de que la conducta sujeta al -siempre dificultoso- pronóstico de conducta procesal, cifrado en meros “peligros”, pudiera resultar conforme a derecho, corresponderá liberarlo.

Vale decir que sólo cuando resultare absolutamente necesario restringir la libertad personal podrá actuarse en consecuencia. Esta verdad tan simple no se verifica en modo alguno en la praxis jurisdiccional latinoamericana, genéricamente considerada.

Por el contrario, bastará el mínimo resquicio de duda del juez encargado de la instrucción, o de la fase de control, o de garantías, en torno a la evasión del imputado o al entorpecimiento de la actividad adquisitivo – probatoria para que se deniegue su excarcelación, en una inversión bochornosa de los preceptos normativos de máximo nivel.

Obviamente, al proceder de tal manera, esos magistrados desconocen groseramente el principio de inocencia, puntualmente estatuido en todas las constituciones y en el Art. 8, numeral 2, primer párrafo, de la Convención Americana o Pacto de San José de Costa Rica. Situación que se agrava por la ostensible duración de los procesos, que vulnera otra regla de igual jerarquía, contenida en el numeral 5 del citado artículo 7, la que afirma el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable.

Pero hay algo peor. Atropellando al citado principio de inocencia consagrado por las constituciones y por el bloque de constitucionalidad representado por los tratados de derechos humanos, soslayando –asimismo- lo establecido en el Art. 202, primer párrafo, numeral 2 del Código Procesal Penal Tipo para Iberoamérica, y transgrediendo, inclusive, las propias leyes procesales nacionales o provinciales, los

jueces suelen incorporar como elementos fundantes de la denegación de las peticiones excarcelatorias, causas ajenas al escueto binomio del peligro de fuga y el entorpecimiento de la investigación, reparando expresamente –y sin sonrojarse por tamaño desatino jurídico- en la lisa y llana gravedad del hecho imputado y/o en el riesgo virtual de reincidencia, argumentos que, como no podría ser de otra manera, ni aquellas normas superiores ni la doctrina prácticamente unánime reconocen como impedimento legítimo para la salvaguarda del derecho a la libertad durante el proceso, porque se contraponen al status de inocencia de que goza todo incoado, configurando su cotidiana utilización una inconstitucionalidad flagrante.

Como acertadamente lo ha expuesto el profesor Jan Woischnik, la gravedad del hecho, comúnmente caracterizada por la severidad de la escala penal consiguiente, es asunto propio de la prevención general, y nada tiene que ver con los motivos cautelares concretos a los que nos hemos referido anteriormente.

De igual modo, el riesgo de reincidencia no puede jugar ningún rol en términos de cautela personal, tratándose de un tema vinculado a fines preventivo-especiales propios de la pena.

El principio vigésimo de las Reglas de Mallorca, o “Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia Penal”, de 1992, estatuye, con meridiana claridad: “*La prisión preventiva no tendrá carácter de pena anticipada y podrá ser acordada únicamente como última ratio. Sólo podrá ser decretada cuando se compruebe peligro concreto de fuga del imputado o de destrucción, desaparición o alteración de las pruebas*”.

La Comisión Americana de Derechos Humanos, en diversas oportunidades, entre las que destaco la resolución del caso 11.245, ha resuelto, coincidentemente, que el imputado sólo puede ser sujeto a prisión preventiva en tanto exista la sospecha fundada de que se sustraerá a la acción de la justicia o de que entorpecerá la investigación, intimidando a testigos o destruyendo material probatorio.

Luego, no hay justificación alguna para el comportamiento de jueces que, encarnando el espíritu inquisitorial desterrado de la normativa contemporánea, hacen de la prisión preventiva un instrumento punitivo de duración indeterminada, al construir difusos pronósticos de conducta procesal sobre la base de la existencia de procesos anteriores, de la entidad del ilícito actualmente imputado o de recaída en comportamientos transgresores.

Aquí corresponde realizar otra crítica a códigos de reciente data como el ya mencionado de Costa Rica y también el de República Dominicana, que, más allá de lo que aquí señalo, es otro referente válido por sus logros en la profundización del sistema acusatorio y su elenco de medidas alternativas. Conforme a los artículos 240 y 229, respectivamente, de esos cuerpos de leyes, el arraigo es el primer parámetro para evaluar el peligro de fuga de un individuo, seguido de la pena que podría caberle y la magnitud del daño causado.

El Art. 253 del nuevo código de La Pampa, en Argentina, adolece del mismo defecto que señalo, al construir la presunción del peligro de fuga apelando, en primer lugar, al arraigo en el país y en segundo término, cito textualmente, a “la pena que se espera como resultado del proceso”, enunciado que resuena lapidario frente al tan declamado principio de inocencia.

Al parecer, los legisladores de allá y de aquí y sus asesores, son gente de pro, sumamente arraigados en su medio, y encuentran natural que, *verbi gratia*, un inmigrante, sea nacional o extranjero, deba cargar con la presunción de peligro de fuga por su falta de radicación inveterada en el sitio donde se lo somete a proceso. Presunción a la que se suma, como señalaba antes, la hipótesis de que el monto de pena fijado en abstracto para el delito imputado permite robustecer el cuadro de peligro de fuga.

Los dos códigos latinoamericanos recién mencionados, suman a esas pautas la magnitud del daño, parámetro que vuelve a colidir con el principio de inocencia.

Si lo que se pretende es disminuir el vergonzante fenómeno de los presos sin condena, el único parámetro admisible es el del comportamiento del incuso, objetivamente acreditado, durante el procedimiento o en procedimientos anteriores.

Cuando una norma legal, incorporada por alguno de esos movimientos espasmódicos de “ley y orden” protagonizados por el poder político, que resultan tan injustos como banales –o, aun, disfuncionales- se opone al estado de inocencia y a las restricciones exclusivamente ligadas al peligro cierto y fundamentado de fuga –no a los pronósticos prejuiciosos de los “bien pensantes”- o bien, de concreto estorbo de la empresa procesal, es deber de los jueces ejercitarse en esa saludable gimnasia cívica llamada *control difuso de constitucionalidad de las leyes* y fulminar de inaplicabilidad o inconstitucionalidad, según los casos, tal norma, o, cuando menos, interpretarla de un modo que no sea repugnante a los textos supremos.

Cuando encaro este tema, y sobre todo cuando veo que, aun en círculos de intelectuales progresistas, las buenas intenciones de algunos acaban naufragando ante la presión de los “slogans” de la prensa sensacionalista, no puedo sustraerme a la evocación de un libro muy autóctono de mi país, repleto de sabiduría.

En la máxima obra literaria argentina, que vio la luz mucho más de un siglo atrás, el hijo mayor de Martín Fierro, sintetizaba las penurias sufridas por él, como detenido a la espera de juicio por un hecho que no había cometido: con singular fuerza descriptiva, el personaje plasma en seis versos todo el decisionismo y la arbitrariedad del juez instructor: “*A la justicia ordinaria / Voy a mandar a los tres / Tenía razón aquel juez / y cuantos así amenacen / Ordinaria... es como la hacen / lo he conocido después.*” Y sintetizaba seguidamente el drama de esa prisión preventiva autoritariamente impuesta: “*Inora el preso a qué lado / se inclinará la balanza; / pero es tanta la tardanza / que yo les digo por mí: / el hombre que dentre allí /deje ajuera la esperanza.*”

Luego, con un rigor criminológico que envidiarían Taylor, Walton y Young, el desventurado gaucho apostrofaba: “*Sin perfeccionar las leyes, perfeccionan el rigor; / sospecho que el inventor / habrá sido algún maldito: / por grande que sea un delito / aquella pena es mayor*”.

Y, enlazando el tópico definitivamente con la extrema duración de los procesos, sentenciaba: “*No sé el tiempo que corrió / en aquella sepultura; / si de afuera no lo apuran / el asunto va con pausa. / Tienen la presa segura / y dejan dormir la causa*”.

Hay una diferencia entre aquel juez nacido de la pluma de José Hernández y los magistrados que hoy en día hacen de la prisión preventiva una perversa regla, y esa diferencia es a favor del primero. En 1879 la legislación imperante en nuestra región era declaradamente inquisitiva. Los prevaricadores actuales no tienen esa excusa.

En lo que no hay diferencias es en las condiciones de inhumanidad en que se debaten los miles de presos sin condena en la América Latina del Siglo XXI, sórdidas sepulturas que estigmatizan de por vida a tantos infelices hijos de Martín Fierro.

El arresto domiciliario, el sometimiento al control o supervisión de una persona o institución, las obligaciones o condiciones restrictivas de presentarse periódicamente ante la autoridad encargada de la investigación o de permanencia en determinado lugar y otras tantas vías alternativas deben convertir a la prisión preventiva en un recurso verdaderamente residual y excepcional, si de veras se quiere mudar el aciago panorama de nuestros establecimientos carcelarios, puesto de relieve en sus informes nacionales, aunque desde diversos enfoques, por las representaciones de la defensa pública asistentes a este evento.

• El tercer principio programático de la reforma de –aun– incierto curso en el ámbito nacional y federal argentino consiste –en algunos casos– en introducir principios de oportunidad e instalar otros modos de resolución de los conflictos tales como la conciliación, la mediación y un perfeccionamiento del procedimiento de suspensión de juicio a prueba y, en otros, en hacer operativos los mecanismos ya existentes pero soslayados en la praxis de los magistrados del ministerio público fiscal y del poder judicial.

En este sentido, la información remitida por los distintos comparecientes ha sido concluyente: retrocesos en materia de delitos de escasa significación, como lo resaltan las representaciones del ministerio público fiscal costarricense y de la defensa pública de Guatemala, e inercia en punto a la adopción de aquellas alternativas, como lo han puntualizado los jueces de Argentina y Costa Rica, echan por tierra los virtuales avances en este aspecto crucial del proceso de reforma.

Allí donde no se haya legislado sobre este asunto huelga sostener que es urgente hacerlo, pero de modo tal que no brinde lugar a dudas acerca del alcance de tales vías alternativas para la solución de los conflictos, para sortear, una vez más, el ansia irrefrenable de la mentalidad inquisitiva.

En el ámbito en que me desempeñé como juez de cámara, de los dos institutos incorporados en paralelo con el procedimiento penal ordinario, a saber, la suspensión del proceso a prueba y el mal llamado juicio abreviado, el primero ha contado con el menosprecio de buena parte de los jueces y de los funcionarios del ministerio público fiscal, quienes, al momento de su introducción, se pronunciaron masivamente en favor de una interpretación restrictiva del texto legal, que limitaría su operatividad a los delitos correccionales.

Tal vez hayan sido motivaciones de mayor ejecutividad, cuando no de comodidad burocrática, las que luego inclinaron a muchos de ellos a apreciar con mejores ojos la variante de la suspensión. Sea como fuere, lo cierto es que la redacción de los artículos correspondientes del Código Penal deja mucho que desear; y en tal sentido, también será auspicioso que avance la reforma de la legislación de fondo en la materia.

Una vez más encuentro un punto criticable en el código de Costa Rica en vigencia desde 1998 y en el dominicano de 2002: en sus artículos 25 y 40, respectivamente, se erige como condición indispensable para la promoción del instituto que el imputado admita el hecho, consignándose en los mismos preceptos, en términos similares, que, si la solicitud del imputado no se admite o el procedimiento se reanuda con posterioridad, la admisión de los cargos por parte del imputado no podrá considerarse como una confesión.

Es una exigencia infundada, puesto que, si de lo que se trata es de colocar el conflicto bajo el paraguas benéfico de la suspensión de los procedimientos para evitar la estigmatización del incoado, a la vez que la reparación a la víctima, y si ha de ser el primero quien voluntariamente ponga en movimiento esta alternativa, no es óbice para tal puesta en marcha la circunstancia de que un individuo que se mantiene en estado -o bajo la presunción- de inocencia resigne voluntariamente un cierto margen de libertad, al aceptar la imposición de reglas de conducta, y una parte de su patrimonio, al ofrecer una reparación en la medida de sus posibilidades.

Mas no sólo es infundada, sino contraproducente y desfavorable para el éxito del instituto. A nadie escapa que la pretensión del codificador de que no se considere como una confesión su admisión del hecho imputado es una vana ilusión, y que, en los hechos, rechazada la petición o reanudado el procedimiento ordinario, esa instancia pesará en quienes deban conocer y decidir sobre el fondo del asunto. Luego, modestamente, he recomendado -en su momento- mediante informe a quienes tuvieron a su cargo la redacción del proyecto de reforma argentino que no imiten lo negativo de cuerpos de leyes genéricamente aceptables, pero criticables en algunos tópicos puntuales. Por lo demás, en el caso de mi país, esa condición colide insalvablemente con la organización federal constitucionalmente consagrada, por cuanto la ley de fondo en materia penal, de alcance nacional, plausiblemente deja a salvo que la mecánica del instituto no implica reconocimiento alguno de parte del imputado.

Respecto del llamado “juicio abreviado”, el proceso fue diferente en el medio judicial en que laboro. Dicho instituto, que nada tiene de juicio, por cuanto consiste en la lisa y llana supresión del mismo, fue recibido con indisimulado beneplácito por infinidad de colegas, fiscales y defensores, que hallaron en su implementación una manera de concluir -rápidamente y sin la “incomodidad” de un contradictorio- la materia justiciable que les correspondía asumir desde una u otra posición.

Fuimos poquísimos quienes nos decantamos por la declaración de inconstitucionalidad de dicha especie de conclusión del proceso, en la que se requiere que el imputado acepte la materialidad del ilícito, su autoría, su responsabilidad penal, la calificación escogida por el fiscal y el monto de la pena por él propuesta como recaudos previos a la homologación. Somos dos, en toda la República Argentina, los que proseguimos sosteniéndola, en cotidianos votos disidentes: por orden cronológico de pronunciamiento, quien les habla y el Dr. Mario Magariños, colega de otro tribunal de la Capital Federal.

Y no es sólo porque, de tal suerte, se transgreden normas como la contenida en el artículo 18 de la Carta Magna argentina, que prohíbe expresamente la imposición de pena sin juicio previo, o la estatuida en el artículo 39 de la costarricense, que veda tal imposición si no ha existido para el inculpo oportunidad para ejercitar su defensa, a la vez que reclama “la necesaria demostración de culpabilidad”, y no la homologación jurisdiccional de una componenda entre las partes, como luego lo permite el código procesal de ese país; además de lo expuesto, en incontables ocasiones, la propuesta del fiscal dista de encontrar en el imputado a un individuo en condiciones de negociar con el deseable margen de autodeterminación, sino a un preso por razones cautelares que se acuesta y se levanta diariamente preguntándose cuánto durará su encierro.

Como bien destacó hace ya una década Alberto Bovino, en una de sus obras sobre Derecho Procesal Penal, refiriéndose al “*plea bargaining*” de los Estados Unidos de Norteamérica, figura modélica en este tipo de dispositivos simplificadores del proceso, (cito textualmente) “de este modo, los estadounidenses han estructurado un sistema que simplifica el procedimiento (evitando el juicio) altamente eficiente para obtener condenas. La práctica que implica el sistema de persecución pública que coloca un mecanismo de consenso en manos del órgano estatal encargado de la persecución ha merecido severas críticas” (fin de la cita).

En el Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación del año 1986, redactado por el Dr. Julio Maier en colaboración con el Dr. Alberto Binder, la facultad del ministerio público se limitaba a la solicitud, -eso sí, dentro de un estrecho margen de maniobra, en los casos en que estimare suficiente la imposición de una pena no mayor a un año de privación de libertad, de multa o de inhabilitación- del procedimiento monitorio. Acto seguido, el tribunal del procedimiento intermedio debía oír al imputado; y si él admitía la vía solicitada, habría de dictar la resolución. No se requería confesión, reconocimiento ni expresión alguna de responsabilidad.

Acertadamente, señaló en una obra posterior el propio Maier la innecesariedad de una confesión para que se admita -en abstracto- el juicio abreviado: “Antes bien -indicaba el procesalista cordobés- interesa que la defensa, que admite la base de la acusación” cuente también con que “la investigación practicada le concede base para su propia defensa, si desea agregar circunstancias que, inclusive, pueden conducir a la absolución o a una valoración distinta y favorable al imputado respecto de la postulada por el fiscal...”.

En otras palabras: no estoy en contra de un juicio abreviado, en el que las partes se conformen con las pruebas de la fase preparatoria, se renuncie a la producción de nuevas medidas de tal índole y se pueda alegar sobre el bien probado.

Sí, en cambio, estoy en contra de la exigencia de una confesión llana y circunstanciada de culpabilidad, tal como lo ha establecido el Art. 415 del subsiguiente Código de Procedimientos de la Provincia de Córdoba (Ley 8023), reemplazante del célebre cuerpo de leyes vigente durante medio siglo. Sí estoy en contra de un juicio suprimido y de una condena “rápida y barata”, sobre todo cuando se logra el avenimiento del imputado en circunstancias en que él se encuentra sometido a prisión preventiva, sin fecha cierta para la celebración del juicio oral, y se doblega su vocación de defensa, persuadiéndolo acerca de las ventajas de una autoincriminación, como única manera de lograr alguna certeza sobre su situación y -en especial- sobre la posibilidad de avizorar un término para el cese de la privación de su libertad ambulatoria y de todas las que le son anejas.

Luego, con el invariable respeto con que vengo pronunciándome, no encuentro satisfactoria la confección de este instituto en nuevas expresiones legislativas como las mencionadas reiteradamente a lo largo de esta exposición.

Considero indispensable, pues, repensar los mecanismos simplificadores del proceso, y sugiero una verdad de Perogrullo: que el juicio abreviado, ante todo, sea un juicio, con renuncia a nuevas pruebas, pero con posibilidad de acusación y defensas previas al momento jurisdiccional por excelencia.

También me pronuncio a favor de incorporar en todos los ordenamientos normativos de la región otros institutos como la conciliación y la reparación del daño causado, de feliz recepción en el código de Costa Rica. Se echa de menos, por lo demás, la regulación específica del procedimiento de mediación en materia penal.

Todos los mecanismos citados tienen en común la posibilidad de lograr una solución al conflicto generado por el hecho que se reputa ilícito, devolviendo algún poder decisorio a las víctimas y posibilitando que los inculcados colaboren activamente en el acuerdo; incorporando a su existencia, en definitiva, valoraciones que la “torpe cucharada de dolor” de las prisiones, al decir de Nils Christie, no está en condiciones de engendrar.

En este sentido, la experiencia personalmente recogida tras innumerables audiencias de suspensión del proceso a prueba deja a las claras que, en muchas ocasiones, cuando el damnificado recupera ese relativo protagonismo y, a la vez, redimensiona al imputado como un ser humano con dificultades de diversa índole, llega a rechazar el ofrecimiento de reparación, conformándose con la actitud de avenimiento de aquel a quien oportunamente denunciara y con el mero propósito por él explicitado de compensar el daño padecido.

En términos zaffaronianos, es imperioso abandonar la era de la *inquisitio*, mas no para conformarnos con la *accusatio* sino para inaugurar definitivamente la era del *dialogus*.

Sé que, en toda América, y también allende los mares, los jueces tropiezan con las críticas de la opinión pública y de ciertos medios masivos de difusión a la hora de dar vía libre a estas alternativas. Será cuestión de hacer docencia cívica. Lo inadmisibles es que esas presiones innobles maniaten a quienes deben cumplir con una legislación que, por una vez, interpreta con la mayor claridad conceptual lo que una Ley Fundamental consagra cuando se refiere a una organización republicana, como sucede entre nosotros. Porque “república” implica “racionalidad de los actos de gobierno”, y nada hay más racional que ensayar una vía diferente a la previamente adoptada cuando los resultados obtenidos han sido proverbialmente inhumanos e ineficaces. Y cuando esa magna Carta exige idoneidad en la función pública deja poco margen para quienes trepiden en la aplicación de la legislación constitucionalmente válida, por temor a las posibles consecuencias de su recto actuar.

- En estrecha relación con lo precedentemente expuesto es bienvenido el cuarto propósito de la reforma: ampliar los derechos procesales para las víctimas de un delito.

Claro que, también aquí, hay que efectuar algunas matizaciones: no se trata de privatizar la justicia penal, ni de pasar de la confiscación del conflicto de cara a la víctima a su encubramiento como figura estelar de la persecución punitiva.

En este sentido, me parece excesivo dar poderes recursivos, como lo prevén tanto el código costarricense en diversos preceptos, como el de La Pampa, frente a decisiones jurisdiccionales tales como el sobreseimiento, el archivo de las actuaciones o la adopción de criterios de oportunidad, a quienes, instruidos oportunamente respecto de los derechos pasibles de ejercer en el proceso, hubieren decidido mantenerse al margen de tal empresa.

Si el agente fiscal se erige como figura procesal por antonomasia en toda la fase preparatoria, si ha de ejercer la acción penal en la forma preestablecida por la ley, en procura de confirmar o descartar la existencia de un hecho que se presume delictivo, si para ello ha de tener a su cargo la dirección de la fase

de investigación preparatoria, con el obvio control judicial respecto de todos los actos que lo requieran, si deberá evacuar cada uno de sus requerimientos, dictámenes y resoluciones en forma motivada, en las que deberá primar la objetividad como criterio rector, no encuentro base para forzar mayor enjundia acusadora reclutando a quien no se hubiere manifestado afín a incorporarse a la lid procesal.

- Prosigamos. Será bienvenido, en cualquier reforma procesal venidera, entre los ítems de oportuna y conveniente introducción, empleando los mismos términos de la convocatoria ministerial a la comisión reformadora del código argentino, “el establecimiento de parámetros para desformalizar la etapa de instrucción”, fijando términos procesales adecuados a la naturaleza y grado de complejidad de los ilícitos que se investiguen, así como la imposición de la oralidad, como regla, en la fase del proceso previa al juicio.

Me inquietan, en tal sentido, disposiciones como la del código procesal costarricense, que, en dicho aspecto, no fija términos al ministerio público fiscal para la etapa de la investigación preparatoria, aludiendo escuetamente, en su artículo 171, a un “plazo razonable”, con el añadido de que deba ser el imputado quien, en caso de estimar que dicho lapso se ha prolongado indebidamente, solicite al tribunal la fijación de un término para la finalización de su tarea; moción que, aun en caso de ser atendida favorablemente, permitirá al órgano jurisdiccional dispensar hasta seis meses más de prórroga al funcionario en cuestión.

Si se compara ese difuso mecanismo con los cuatro meses a contar desde la indagatoria del código federal vigente en Argentina para el fin de la instrucción ordinaria, prorrogables por otros dos, y sólo excepcionalmente pasibles de ampliación, como lo estatuye el Art. 207 actual, y con los quince días que otorga al fiscal el Art. 353 bis del mismo plexo regulatorio para la instrucción sumaria, todo lleva a estimar que luce preferible la modalidad tradicional de fijación de hitos cronológicos para el desarrollo de la fase preparatoria.

Es preciso recordar que el requisito de la razonabilidad del plazo no se limita a esa primera etapa, sino a todo el proceso, por lo que también luce preferible la imposición de vencimientos en tal sentido.

- Lo antedicho se vincula con otra plausible pauta programática, consistente en rediseñar el sistema de recursos y nulidades que impidan la distorsión del trámite del proceso. Partiendo de una fase preparatoria informatizada y ágil, y contando con un debate dinámico, aparece propicio, salvo en caso de nulidades absolutas de orden general, diferir toda incidencia de tal carácter para su resolución en el momento de sentenciar, posibilidad que el Art. 377 del código federal argentino vigente ya incluye como alternativa.

- Continuando con la reseña, celebraré toda iniciativa de integrar de forma variable los tribunales de juicio para aprovechar mejor los recursos humanos disponibles.

Nada perjudica más la sana misión de deliberar que encontrarse durante décadas con los mismos interlocutores. Muchos magistrados, al cabo de tantos años de rutinaria estructura, decaen en esa augusta tarea, anticipándose a lo que puede ser sostenido por los dos tribunales restantes, con claro desmedro para el cruce de ideas que garantiza una búsqueda imparcial y ponderada de la verdad que las partes han pugnado por demostrar. Paralelamente, encuentro digno de reconocimiento la inclusión de un sistema de relevos de dicha índole implantado por la defensoría general en Argentina. Sucede que, también con relación a los fiscales generales y a los defensores públicos, la monotonía del diario trajín acaba produciendo acostumbres, familiaridades cercanas a la concupiscencia, o bien, latentes animadversiones, situaciones que nada bueno deparan en punto a la transparencia y la ausencia de prejuicios en las actitudes funcionales de cada interventor en el drama del proceso.

- Fortalecer los órganos judiciales de control de la ejecución de la pena y de los institutos que sustituyen su aplicación es la última pauta que he de glosar aquí, y dista de ser la menos trascendente.

La defectuosa implementación de figura tan importante para la auténtica configuración del debido proceso como la justicia de ejecución ha hecho fracasar en la praxis judicial las más ambiciosas declaraciones de derechos de la parte general de cualquier código procesal latinoamericano.

Incluirla en el articulado a sabiendas de su escasa o nula estructuración en el esquema institucional pertinente es una hipocresía frecuente de los poderes políticos que no me cansaré de denunciar, como lo hice, muchos años atrás, en la hermana República Bolivariana de Venezuela, en ocasión de una reforma integral del proceso penal.

Finalizo reiterando una observación que no procura ser original. Ningún cambio legislativo nos redimirá del malestar en la cultura penal que provoca la crueldad y la ineficacia del funcionamiento real de los sistemas en los que servimos, si no varían las mentalidades de los operadores de dichos sistemas.

El más avanzado conjunto de normas servirá de poco, o aun se tornará disfuncional a los propósitos explicitados, si los fiscales pasan a convertirse en los personajes todopoderosos otrora encarnados por los jueces de instrucción, o delegan sus atribuciones en las fuerzas policiales; o bien, si los jueces y magistrados no cobran conciencia de la magnitud de su papel de garantes inexcusables del debido proceso, y se aferran prejuiciosamente al desopilante rol de detectives *ad hoc*.

De nosotros depende que los cambios trabajosamente impresos a las legislaciones procesales latinoamericanas dejen atrás los vestigios de tantos siglos de cultura inquisitorial.

4. EL OBSERVATORIO DE JUSTICIA PENAL EN CENTROAMERICA

LUIS RAMÍREZ GARCÍA

Miembro y ex-Director del Instituto de Estudios Comparados en
Ciencias Penales de Guatemala (ICCPG)

REFORMA JUDICIAL EN CENTROAMÉRICA. UN ESTADO DE SITUACIÓN

En la región Centroamericana, después de décadas de regímenes autoritarios, se ha iniciado un proceso de democratización, el cual requiere, para garantizar su sostenibilidad, la transformación profunda de sus institucionales. En mayor o menor medida, con excepción de Costa Rica, las características generales son las siguientes: sociedades postconflicto, período en el cual se produjeron graves violaciones a los derechos humanos atribuidas en su mayoría a instituciones del Estado. La incapacidad del sistema de justicia para hacer frente a estas violaciones es evidente, incluso se le atribuye, en algunos países, ser co-responsable de las mismas.

La reforma del sistema de administración de justicia adquiere, en este momento histórico postconflicto y de transición, una importancia trascendental en la búsqueda de la paz, en especial para los más vulnerables económica, cultural y socialmente. Esta importancia puede ser expresada en diversos aspectos: en primer lugar, porque existe una fuerte demanda para que la justicia se constituya, en condiciones de igualdad, en un escenario de gestión de la conflictividad social, con la capacidad de sustituir a los métodos violentos del pasado; en segundo lugar, su intervención deberá realizarse con el respeto a los derechos reconocidos en la Constitución y tratados en materia de derechos humanos; y en tercer lugar, con la capacidad real de enfrentar a los poderes tradicionales, en especial los sectores políticos, económicos y militares, que han convertido a la justicia en ineficaz para garantizar sus privilegios.

La complejidad de la transformación del sistema de justicia es enorme, si nos proponemos su transición en los aspectos descritos. Esto por la razón fundamental de que existen variables vinculadas a los procesos de reforma que permiten que ésta avance, se detenga o quede instalada en un nivel superficial sin provocar verdaderos cambios que espera la población. Entre estas razones podemos apuntar las siguientes:

Voluntad de cambio por parte de los dirigentes de las agencias del sistema de justicia (que se expresa por la inercia histórica colonial, no resuelta en el período de independencia y reforzado durante la época de consolidación de los regímenes autoritarios), como lo es la conformación de estructuras judiciales rígidas fuertemente vinculadas al poder centralizado, que provocó la discordancia básica entre instituciones judiciales y las formas republicanas y democráticas de gobierno expresadas en las constituciones, pero poco desarrolladas por las normativas ordinarias y menos manifiesta en las prácticas del ejercicio del poder. Este factor conformó al sector judicial con una cultura organizacional conservadora, con poco o ningún relacionamiento con sectores de la sociedad civil y por lo tanto sin disposición al cambio. Esto facilita que, aún cuando pudiera existir alguna voluntad de cambio, la problemática de la justicia no sea percibida en la misma forma que se observa desde una percepción fuera del sistema judicial.

Preeminencia de los intereses corporativos de la profesión jurídica. Esto debido a que los profesionales del derecho privilegian la resolución de sus casos concretos antes que la transformación del sistema. Si bien es cierto que entre el sector profesional existe una fuerte crítica sobre el funcionamiento del sistema, su interés particular y su formación universitaria, los condiciona a la necesaria adaptación hacia las rutinas judiciales. Este sector ha contribuido a la toma de conciencia sobre los defectos de la

justicia, pero al momento de presionar para que los cambios se profundicen, sucumben ante la urgente necesidad de resolver sus casos concretos o bien no están dispuestos al cambio que implica en sus propias prácticas profesionales. Las demandas sociales sobre el contenido de la reforma judicial no impactan en la solución de los problemas estructurales. La mala imagen que los distintos sectores sociales tienen sobre la justicia, constituye un factor que motiva, sin lugar a dudas profundizar en la transformación del sistema judicial. Su percepción no está lejos de la realidad. Sin embargo, está condicionada por varios factores que le impiden tener una apreciación objetiva, como lo es la dependencia que se tiene de los medios masivos de comunicación sobre los temas judiciales, lo que facilita las posibilidades de manipulación sobre la problemática estructural. Y en segundo lugar, la poca utilización de los instrumentos jurídicos para canalizar sus demandas más concretas y sectoriales. De esta cuenta, la crítica judicial se vuelve difusa dentro del contexto de demandas sociales sobre el funcionamiento de la justicia y por lo tanto, espontánea.

Una cuarta variable se refiere a los ritmos de la cooperación internacional en el apoyo de los procesos de reforma. Es innegable que una de las preocupaciones centrales de la comunidad internacional, en especial en sociedades postconflicto, se refiere a la necesidad de normalizar los sistemas políticos de todos los países sobre ciertas bases de libertad y respeto con el fin de consolidar determinado nivel de democracia, garantizar el respeto a las inversiones extranjeras, consolidar el intercambio comercial y evitar que se instalen nuevamente estallidos sociales que pongan en riesgo gobiernos legítimamente constituidos. La comunidad internacional, a pesar de que su intervención en el sector justicia es novedoso, con acierto ha considerado que éste podría contribuir a los fines propuestos. Sin embargo, su introducción no ha considerado lo suficiente que el proceso de reforma está inmerso en una dinámica con distintos intereses de sectores sociales que hacen incompatible muchas transformaciones deseadas y por lo tanto, pretender resultados profundos a corto plazo resulta muchas veces imposible.

A pesar de estas variables que condicionan la transición judicial, se encuentra una amplia variedad de propósitos, comunes en todos los países de la región, que los actores del cambio ineludiblemente deben considerar y que marcan su contenido de transformación: conseguir que los sistemas judiciales sean accesibles para recibir las denuncias y demandas de todas las personas especialmente de los más débiles, que sean rápidos en resolver las cuestiones planteadas, que sean predecibles en sus decisiones, que sean eficaces en el control del crimen, que sean respetuosos de las garantías judiciales y que repriman a quienes vulneran los derechos humanos, que sean eficientes en su gestión administrativa, que sean eficaces en la determinación de los derechos de propiedad, que controlen la corrupción y que sean transparentes entre los más comunes. Esta gama de propósitos nos llevan a la conclusión, que en definitiva, la reforma judicial se conforma como un elemento central para la legitimación del sistema democrático.

La participación de la sociedad civil dentro de este proceso es fundamental, no solo por el factor de legitimación de los cambios, que ya de por sí constituye un aporte central que fortalece la democracia, sino también porque las instituciones del Estado responsables de su transformación han demostrado, hasta el momento, incapacidad de transformarse a sí mismos. De esta forma, la sociedad civil, además de constituirse en un ente con capacidad de monitorear el proceso, deberá proveer propuestas viables que enriquezcan y acompañen los cambios estructurales para satisfacer sus demandas de justicia.

Los modelos normativos definidos, que dan paso en los últimos diez años al inicio de la reforma judicial en la región, llevan implícito la posibilidad de materializar estos contenidos, pero corren el riesgo de que las variables descritas faciliten su instalación superficial sin posibilidades de cambio real. Una de las posibilidades de disminuir estos riesgos, lo constituye la acumulación de fuerza política necesaria que de respaldo a los cambios iniciados. Esta puede construirse a partir de la identificación de los sectores sociales motivados en la transformación del sistema judicial por sus contenidos descritos, a los cuales habrá que dotarlos de información oportuna y convocarlos para la incidencia a partir de

sus intereses sectoriales sin perder la visión de conjunto: académicos, profesionales, movimientos de derechos humanos, empresarios, movimientos sociales de sectores vulnerables, periodistas y funcionarios judiciales entre otros.

No menos importante en los procesos de acumulación de fuerza política, lo constituye la visión regional de la reforma de la justicia. Esto por tres razones: a) la primera tiene connotaciones históricas, en el sentido que Centroamérica constituyó en sus orígenes coloniales un espacio de administración unitaria, lo que significó, en muchos aspectos, pero en el tema de justicia en lo específico, la incorporación del modelo inquisitivo que moldeó las prácticas jurídicas burocráticas y autoritarias, que a pesar de los cambios normativos, todavía perviven; b) la segunda razón, es que ha existido durante toda la etapa republicana, por diversas razones y diversas vías, una intención de integración regional, infructuosa desde los inicios del Federalismo Centroamericano, pero que sin embargo pervive cada vez con mayor fuerza, pero ahora en sentido más económico y comercial que moldea los pequeños acercamientos políticos, en materia de seguridad y de justicia, como expresiones de un mundo globalizado y por lo tanto interdependiente; c) y por último, la existencia de diversas organizaciones que participan en el proceso de reforma, que son uno de los ejemplos de intercambios de experiencias, debido a la similitud de las problemáticas y propuestas de solución.

Esta visión bajo ningún punto de vista pretende construir una propuesta unidimensional para la región, por el contrario, constituye una oportunidad de enriquecer las propuestas locales. Por este motivo, la acumulación de fuerza política regional en materia de seguridad y de justicia, expresada como movimiento social, constituye una alternativa de disminución de riesgos que puede ser aprovechada tanto en los espacios de transparencia e incidencia nacional como en los espacios regionales existentes. Esto es fundamental si consideramos: en primer lugar que Centroamérica inició su proceso de transición democrática después de superar en la década del ochenta y noventa procesos de conflicto interno que, debido al esquema de la guerra fría, adquirieron riesgo de convertirse en conflicto bélico regional, el cual fue detenido gracias al esfuerzo de iniciar procesos de pacificación en el encuentro regional conocido como Esquipulas en 1988; en segundo lugar, estos esfuerzos de pacificación incorporaron como estrategia el fortalecimiento de la justicia y la seguridad, sin embargo, su implementación se ha encontrado con serios obstáculos, en especial el fenómeno de inseguridad ciudadana, el cual, debido a la inercia autoritaria de los sectores gubernamentales y sociales hegemónicos, tiende a retomar esquemas de la doctrina de la seguridad nacional, que acompañó las graves violaciones a los derechos humanos cometidos durante el conflicto armado interno; y en tercer lugar, el riesgo hemisférico que significa el fenómeno del 11 de septiembre y el narcotráfico, con el que se pretende que el esquema militarista vuelva a tomar protagonismo perdido en el proceso de democratización.

Con lo descrito, es posible afirmar que las estrategias de reforma judicial adoptados en la región: nuevas normativas, capacitación a funcionarios judiciales, ampliación del acceso a la justicia y fortalecimiento institucional, se encuentran en un proceso de agotamiento y tienden, bajo la perspectiva del activismo unidimensional, a quedar estancadas debido a la falta de penetración en los problemas estructurales heredados de las prácticas coloniales que subsisten.

De esta cuenta, sin abandonar las acciones originarias, es indispensable incorporar nuevas estrategias de intervención que incluyan, en primer lugar, la construcción de fuerza política nacional y regional necesaria que tenga la capacidad de sustentar la propuesta normativa originaria, evitar retrocesos legislativos hacia los viejos esquemas, identificación de los problemas estructurales y capacidad de propuestas de solución. Esto es posible, en la medida en que se desarrollen, desde una perspectiva independiente del Estado, sistemas de monitoreo sobre el proceso de reforma judicial que puedan evidenciar el estado de situación, sus problemas estructurales y su evolución en el tiempo. Si este monitoreo se realiza desde una metodología conjunta, permitirá el intercambio de experiencias que enriquecerán la propuesta nacional.

Contenidos de la Reforma de la Justicia Penal

La reforma judicial en la región es compleja y resulta imposible abordarla únicamente desde la perspectiva del discurso tradicional del derecho, pues sus alcances, por lo menos en el ámbito penal que es la que nos preocupa en esta oportunidad, rebasan a las propuestas de cambios de modelo inquisitivo, mixto o acusatorio del proceso penal. Es más, a este discurso, importante al momento del diseño normativo, se requiere dotarle de la fuerza política necesaria que provoque la sostenibilidad de los cambios, de tal manera que las prácticas judiciales tradicionales heredadas del régimen colonial y enraizadas en el mundo jurídico, no conviertan a la reforma judicial, en un cambio superficial y nominal de las instituciones jurídicas.

Este riesgo, latente en todo proceso de reforma de esta envergadura, nos coloca en términos históricos, en profundizar la crisis de credibilidad, y por lo tanto de legitimidad de las instituciones de seguridad y justicia y, peor aún, riesgos relacionados con profundizar los niveles de violencia y conflictividad social y la imposibilidad, nuevamente como pasó con los procesos de transformación de nuestras instituciones republicanas del Siglo XIX, convertir el discurso de nuestras constituciones en inoperante e ilusorio, presa de la demagogia de nuestros políticos tradicionales, y carente de la fuerza necesaria para hacerla efectiva y respaldada por la ciudadanía.

Los objetivos de la reforma de la justicia penal iniciada y los riesgos latentes que ella implica, nos obliga a identificar sus contenidos más importantes, así como también las condiciones coyunturales que permiten su desarrollo, que en definitiva deberían determinar las acciones de cambio estructural.

La importancia de determinar estos elementos para la construcción del observatorio judicial son vitales, pues permite ubicar esta valiosa herramienta de la sociedad civil, dentro de la dinámica social que implica la puesta en marcha de la transformación del sistema de justicia penal. Entre los contenidos resaltan los siguientes:

a) Político

Un fenómeno recurrente en la mayoría de los países de Centroamérica es el débil equilibrio de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial que caracterizan a un régimen republicano, de los cuales el poder judicial ha sido el más afectado. Esta debilidad de ninguna manera es ingenua, pues es por su medio que se facilitó la consolidación de regímenes autoritarios expresados en gobiernos netamente militaristas, caudillos y gobiernos con fachada democrática. Los poderes judiciales se mantuvieron subordinados a los intereses de los sectores poderosos, ya sean estos de corte militar, de los partidos políticos, económicos o de potencias extranjeras.

Uno de los contenidos de la reforma es dotar de capacidad institucional al poder judicial para consolidar el régimen republicano, convirtiendo a lo judicial en un poder con la capacidad de diluir a los poderes fácticos de distinta índoles, en este sentido convertirlo en un contrapoder. Esta característica implica tanto en su visión externa, frente a los otros poderes descritos, como interna, dotar de independencia a los jueces en concreto frente a las influencias del propio poder judicial. Es el juez en concreto (no importa el ámbito de competencia), quien es independiente e imparcial. En este sentido, es en el caso concreto en donde se debe materializar la función republicana de poder jurisdiccional sin ninguna presión externa ni interna, únicamente dependiente de los principios constitucionales y facultades que la ley le otorga.

b) Normativo

Para la transformación del sistema de justicia penal se requiere adecuar los principios constitucionales a las normas ordinarias. Si bien es cierto que la proclamación de estos principios está

más o menos difundida en el ámbito jurídico, los funcionarios del sistema de justicia y los abogados en general, al momento de intervenir en los casos concretos, en su mayoría obvian la jerarquía de las normas y subordinan la interpretación a la exégesis del subsistema normativo ordinario, reglamentario o incluso a las circulares, olvidando que en un régimen de derecho la interpretación de la ley debe realizarse incorporando la constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Esta razón, además de aclarar conceptos, distribuir competencias entre los actores clave dentro del proceso y efectividad en su intervención, son entre otras las que motivan la creación de un nuevo modelo normativo procesal penal.

El contenido normativo del proceso de reforma judicial, contempla la puesta en marcha de nuevas normativas procesales, que adecuan las garantías constitucionales y normativa internacional en materia de derechos humanos, incorpora la experiencia de las reformas judiciales en la materia que se realizan en América Latina durante la década del noventa, a través de la adecuación del Código Procesal Tipo para América Latina y las distintas propuestas normativas de la región, tomando en cuenta las necesidades de cambio y la realidad centroamericana. Las normativas desarrollan: juicio oral y público como centro del proceso, investigación a cargo del ministerio público, jueces responsables de controlar los derechos durante la etapa de investigación, mayor participación de la víctima durante el proceso, incorporación de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, derechos de defensa técnica durante todo el proceso, la prisión preventiva como recurso excepcional y juez responsable de verificar que el cumplimiento de la pena no se vulneren los derechos del condenado.

c) Institucional

La implantación de esta novedosa normativa, requiere una transformación profunda de las instituciones de la justicia penal (judicatura, ministerio público, defensa pública, policía y sistema penitenciario). Esto implica distribuir competencias claramente definidas, organizar su funcionamiento para optimizar sus recursos, coordinar despliegue en todas las regiones del país y garantizar el efectivo acceso a la justicia en forma pronta, continua, de acuerdo a las características de la población y en forma gratuita. Esta transformación institucional está orientada a disminuir los niveles de burocratización que en forma tradicional configuró el funcionamiento de la justicia, a través de la incorporación de métodos modernos de administración que garanticen su transparencia, eficacia y eficiencia.

d) Cultural

La forma en que una sociedad administra justicia, o en otros términos, gestiona su conflictividad desde el poder, constituye una de sus expresiones culturales más importantes, pues junto a otros aspectos relacionados con el cumplimiento de los derechos humanos individuales, colectivos y económicos y sociales, refleja los niveles de libertad e igualdad en que se desenvuelven sus habitantes. El derecho penal moderno, que limita el ejercicio del poder y efectiviza su intervención en la conflictividad y violencia social, constituye un instrumento evolutivo de la cultura política republicana, producto de distintos movimientos históricos de lucha por la libertad e igualdad durante muchos siglos. El sistema de garantías que proclama, expresado en la fragmentación del poder punitivo y su intervención mínima, son producto de llegar a comprender, como bien sintetiza Luigi Ferrajoli¹⁶¹, que la potestad de castigar y juzgar es seguramente el más terrible y odioso de los poderes, pues se ejerce de la manera más violenta y directa sobre las personas y en el que se manifiesta la forma más conflictiva la relación entre estado y ciudadano, entre autoridad y libertad, entre seguridad social y derechos individuales.

¹⁶¹ Ferrajoli Luigi, Derecho y Razón, Editorial Trota, España, 1995, Pág. 21

A pesar de que nuestras constituciones, producto de las luchas republicanas del Siglo XIX, incorporan hasta nuestros días esta concepción cultural sobre la justicia penal, no es la forma en que se materializa en nuestras prácticas judiciales. Las razones políticas y normativas son de diversa índole, pero en definitiva, la falta de compromiso con la realización del régimen republicano pleno, con el fin de proteger intereses hegemónicos, produjeron que la inercia cultural del sistema inquisitivo en materia de justicia se reinstalara a través de normativas ordinarias de diversa índole en toda la región centroamericana. De esta forma, la cultura del trámite, el expediente, la concentración de funciones del juez en investigador y garante de derechos, entre otras, conformaron prácticas judiciales que consolidaron una percepción de los ciudadanos respecto al derecho y al sistema de justicia en algo ajeno a su cotidianidad; como una cosmovisión diferente a la suya, impenetrable, técnica, y de la que es mejor mantenerse alejado, y además, que cuando tienen un problema con la ley se sienten indefensos, incluso con la actuación de sus propios abogados¹⁶². Esta percepción es alimentada por las instancias universitarias y de formación profesional, quienes se convierten en reproductoras ideológicas del sistema inquisitivo. Por esta razón es que una tarea fundamental que propicia la reforma de la justicia penal en toda América Latina y el Caribe, es el desmontaje cultural del sistema inquisitivo que incorpora, además de la eficiencia y eficacia de la justicia y el cumplimiento de las garantías, la legitimidad de su funcionamiento en la ciudadanía.

CONDICIONES QUE PROPICIAN LA REFORMA DE LA JUSTICIA PENAL

Dentro de los alcances de la reforma judicial, es importante identificar las condiciones coyunturales que en la actualidad propician y potencian los cambios. Ello con la simple finalidad de encontrar el sentido del cambio y aprovechar dichos factores para profundizar el desarrollo de los contenidos de la reforma. La multiplicidad de factores pueden ser agrupados en tres categorías: Internas, históricas e internacionales.

Internas

Como se expuso con anterioridad, el funcionamiento de la justicia ha provocado que el ciudadano no crea en la ley y menos en quienes la aplican. Someter un conflicto al sistema judicial significa altos costos y una profunda inseguridad de que la tutela de sus derechos no se realice. Las consecuencias de este descreimiento son serias para sostener un modelo de Estado democrático cuya finalidad es garantizar los derechos de sus habitantes a través de hacer cumplir la ley. ¿De qué le sirve al ciudadano sostener una burocracia (parlamentos, poderes judiciales, policía, cárceles, fiscales, etc.), si frente a un reclamo concreto queda atrapada en trámites engorrosos inexplicables y carentes de “sentido común”? Esta es una de las razones por las cuales las encuestas regionales reflejan un desencanto de la transición democrática. En definitiva, la ley ha perdido fuerza política, lo que trae como consecuencia reclamos sociales a mecanismos autoritarios de gestión estatal e intervenciones con mayor carga de violencia por parte de particulares y del Estado para la resolución de los conflictos sociales (armas, seguridad privada, linchamientos, detenciones arbitrarias, jueces sin rostro, clientelismo etc.), en donde se ponen de manifiesto con mayor intensidad las desigualdades sociales y el crecimiento de la espiral de violencia.

Existe un reclamo legítimo de seguridad por parte de los ciudadanos, situación que no ha sido claramente interpretada como un reclamo de dotarle fuerza al cumplimiento de la ley, por el contrario, la respuesta del sector político ha sido la del endurecimiento del sistema penal: aumento de las penas,

¹⁶² Binder Alberto y Jorge Obando, De las “Repúblicas Aéreas” al Estado de Derecho, Editorial Ad-Hoc, Argentina, 2004, Pág. 648.

mayor discrecionalidad de intervención de la policía, tolerancia a las violaciones a los derechos humanos, etc. Este reclamo no es unilateral, se expresa en distintos sentidos según la riqueza de organización social, la cual puede ser agrupada en tres ámbitos: a) dotar de mayor independencia a las instituciones de justicia, en el sentido de mayor profesionalismo en su intervención, lo que significa desligarlo del tradicional clientelismo político en que nuestras instituciones de justicia realizan su función al servicio de los políticos de turno; b) reducir los niveles de impunidad, en especial de los hechos que concentran mayor violencia y daño social como la corrupción, pues detrás del burocratismo del funcionamiento de la justicia, se esconde la ineficiencia en la resolución de los conflictos sociales. Para nadie es un secreto que una mínima cantidad de casos que ingresan al sistema reciben una respuesta efectiva, pues nuestros sistemas de investigación criminal carecen de las técnicas e instrumentos adecuados para cumplir su misión, o bien cuando, a pesar de esas limitaciones, proveen resultados efectivos, se encuentran con los límites del proteccionismo político cuando dichos resultados se dirigen hacia un sector social de poder; y c) reducir los niveles de arbitrariedad policial y judicial. Frente a la ineficiencia que provocan los altos índices de impunidad, nos encontramos con la evasión del sistema de justicia a dotar de alguna respuesta social, que se efectiviza con detenciones masivas, utilización de prisión preventiva como anticipo de pena o bien como una pena directa, sobrepoblación carcelaria, duración excesiva de los procesos, y abusos policiales en el maltrato durante la detención y en las prisiones.

Esto implica que nuestro sistema judicial configura su función en base a constantes violaciones a los derechos humanos. La explicación de los altos índices de arbitrariedad del sistema se debe a la pérdida del juicio previo como garantía fundamental, pérdida que explica también los altos índices de impunidad. La justicia ya no comunica sus decisiones por medio de los juicios, lo hace por medio de las detenciones y el uso arbitrario de la prisión preventiva, lo que desencadena un desmontaje de todo el sistema de garantías e incrementa también los niveles de impunidad. Recuperar el juicio previo como garantía fundamental, que irradie sus consecuencias en las etapas previas y posteriores, así como también dotar de la capacidad de eficacia en la investigación criminal, constituye una estrategia central de la reforma judicial, para responder a la demanda legítima de seguridad y justicia de la población.

Históricas

Los procesos de transformación del sistema de justicia se presentan en forma cíclica en la historia, por lo regular acompañando procesos políticos de gran envergadura. En general pueden identificarse tres momentos en América Latina y el Caribe: el primero se refiere a la instauración del régimen colonial después de los procesos de descubrimiento y conquista; el segundo momento a la instauración del régimen republicano, después de los movimientos de independencia; y el tercer momento que se inicia con los procesos de democratización luego de largas dictaduras durante las décadas del ochenta, noventa del Siglo XX e inicios del presente.

La instauración de la justicia colonial tenía como finalidad garantizar los intereses de la monarquía absoluta, la que a finales del siglo XV terminó un proceso de unificación española y reinstaló la inquisición. La administración de justicia, junto con otras instituciones de administración pública, fue trasladada a los “nuevos” territorios con sus características burocráticas, escritas, secretas, centralizadas y con un esquema de delegación de funciones con el fin de garantizar el carácter devolutivo hasta el rey. Por las características culturales y la imposibilidad de un control absoluto se organizó un régimen de control social de segregación: pueblos de indios, y criollos junto a peninsulares. Los primeros podían ejercer cierto nivel de administración de justicia, siempre y cuando no afectara el régimen colonial; y los segundos bajo el régimen de la justicia colonial. Aún cuando formalmente las leyes de Indias son un reflejo del régimen monárquico, en la práctica social se generó una cultura de incumplimiento de la ley,

esto por la razón fundamental de la disputa de los privilegios de enriquecimiento y explotación, entre la monarquía y las autoridades coloniales, que pesaba sobre los habitantes originarios. La herencia del régimen colonial es tan profunda, a tal grado, como explicamos anteriormente, moldea nuestra cultura jurídica y política en prácticas altamente burocráticas y de desprecio por el cumplimiento de la ley.

La crítica del funcionamiento al régimen colonial, y al sistema inquisitivo que le inspira, constituye una de las fuentes centrales en el inicio del régimen republicano. Las ideas del iluminismo, que inspiraron la Revolución Francesa y Norteamericana en el Siglo XVIII, se trasladaron a las luchas por la independencia en América Latina y el Caribe. Una de sus preocupaciones fue la consolidación de una reforma de justicia integral que propiciara las ideas de libertad e igualdad. Estas proclamas inspiraron nuestras constituciones, pero no a nuestra legislación secundaria y menos aun a las prácticas judiciales. Estas últimas continuaron el ritualismo colonial e incorporaron la cultura jurídica del nuevo imperio bonapartista a mediados del Siglo XIX, relegando a segundo plano los juicios orales, la publicidad, inmediatez y los jurados, características fundamentales de la justicia republicana. Las razones son de diversa naturaleza, pero en especial sobresalen: a) la reaparición de sociedades estratificadas por los privilegios de algunos caudillos, quienes ya liberados de la disputa por el control local con el régimen monárquico español, reinstalaron el trabajo forzado y el enriquecimiento sin límites; y b) la preexistencia de una burocracia jurídica, formada durante el régimen colonial, incapaz de absorber los cambios, que detrás de los rituales y formalismos excesivos, reinstaló sus privilegios poniendo la justicia al servicio de los nuevos agentes de poder. En otras palabras, se instauraron las repúblicas pero sin republicanos.

El régimen político de finales del Siglo XIX, con sus privilegios y prácticas judiciales heredadas de la colonia, nos legó un sistema de justicia dócil y por lo tanto fácil presa de los regímenes autoritarios que gobernaron la mayoría de nuestros países hasta las postrimerías del Siglo XX. La fenomenología de la justicia, pendiente aún de estudios profundos, es más conocida por su omisión para enfrentar poderes fácticos. La debilidad de sus instituciones, su falta de independencia del poder político y sus prácticas burocráticas, apoyaron la consolidación de regímenes policiales y militares, causantes de graves violaciones a los derechos humanos. De esta manera, la crítica que inspira la reforma judicial en Centroamérica, y en general en América Latina y el Caribe en esta época, incorpora tanto la herencia colonial como los privilegios consolidados a través de regímenes policiales y militares autoritarios durante el Siglo XX.

Esta crítica parte de la consolidación de una justicia acorde al régimen republicano y la incorporación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos. La instauración de la democracia en la región, permite en esta época convertir a la justicia y la seguridad en un tema que se incorpora en distintos sectores de la sociedad civil, situación que favorece su transparencia y su inclusión en distintas agendas: pobladores, trabajadores, empresarios, organizaciones de derechos humanos, defensas de intereses difusos, etc. Esta circunstancia enriquece el discurso, las propuestas de solución y el respaldo político necesario para el cambio, tradicionalmente dominado por el ámbito jurídico.

Internacionales

La lucha porque la relación entre el poder coactivo del Estado y las personas se realice dentro del esquema de la dignidad humana y la limitación mínima de la libertad de los individuos sometidos a su poder, ha sido una constante en la historia. Esta también nos muestra que, generalmente, ningún derecho trascendental ha sido otorgado por benevolencia de los que detentan el poder. La eliminación de modelos extremos de dominación esclavitud, siervos y la explotación de trabajadores, han sido objeto de movimientos sociales que provocaron, y aun provocan, miles de muertes, torturas, privación de libertad arbitraria y destierro.

La aplicación de una pena, o bien, su amenaza constituye el espacio de poder en donde esta coacción puede manifestarse con mayor crudeza, pues es la justificación para organizar toda una institucionalidad

de control social. Esta realidad universal, independientemente de las finalidades que quiera otorgarse a la aplicación de una pena, constituye una de las razones por la cual se ha instalado la universalización de los derechos humanos. Los principios de la Revolución Francesa, que inspiraron la lucha por la libertad en el Siglo XIX, han sido incorporados en el Siglo XX, en especial después de las dos guerras mundiales que dejaron millones de muertes. Es así como desde la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948), se han instalado una serie de instancias internacionales que tienen como finalidad, ya sea en el ámbito mundial o regional, el respeto de los derechos humanos de las personas por parte de los Estados: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención (europea) sobre Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales entre otras. Estos instrumentos enriquecieron el derecho internacional y conformaron además instancias jurisdiccionales que velan por su aplicación. La última de estas instancias es la Corte Penal Internacional, que intenta el juzgamiento de delitos de lesa humanidad.

En forma paralela a este fenómeno universal sobre los derechos humanos, el derecho penal, en sentido amplio, ha instalado en forma todavía muy incipiente, gracias al desarrollo de las ciencias empíricas, una crítica profunda al fracaso de las finalidades preventivas especiales y generales de la pena de prisión. Este desarrollo de las ciencias penales, ha traído como consecuencia, congruente con el origen del derecho penal provocado por el iluminismo, la necesidad de utilizar la pena o su amenaza como último mecanismo de intervención en la conflictividad social, así como también propuestas sobre la necesidad de incorporar alternativas menos violentas y más efectivas que la privación de libertad, todavía centro de gravedad del sistema penal. No escapa en este análisis la pervivencia de la pena de muerte, claro resabio del sistema punitivo medieval, tal el caso de Guatemala y Cuba.

La universalización de los derechos humanos y el desarrollo de las ciencias penales en el sentido descrito, constituyen la base teórica de los procesos de reforma judicial en América Latina. Su fundamento político e histórico lo conforman los procesos de transición hacia la democracia iniciados en las últimas dos décadas en toda la región. A estos aspectos debe agregarse, el hecho de que la comunidad internacional, por distintos intereses, ya sea por la observancia de los derechos humanos o la necesidad de seguridad jurídica en las transacciones comerciales, han volcado su interés en fortalecer los procesos de transformación de las instancias tradicionales de administración de justicia.

El desarrollo de los derechos humanos y de la ciencia del derecho penal está impregnado también de intereses mundiales, regionales y nacionales contrarios que ven en la transformación de estas instancias la oportunidad de incorporar nuevos mecanismos de instalación de regímenes policiales fuertes. Los motivos son diversos, pero en general confluyen visiones de inseguridad ciudadana, terrorismo internacional, después del fenómeno conocido como 11S en Estados Unidos, narcotráfico, migración y corrupción entre otros. Esta confluencia de intereses contrapuestos significa un riesgo de retorno a políticas autoritarias del derecho penal locales, regionales y mundiales, que tienen en la visión de la inseguridad una justificación para reimplantar los viejos métodos de la seguridad nacional, política causante de tantas violaciones a los derechos humanos en la región. De esta cuenta, la crisis del derecho penal ya no solo se concentra en la búsqueda de salidas alternativas a la prisión, sino también la discusión de romper los límites que la tradición del Estado de derecho ha establecido para “facilitar” la respuesta coactiva a fenómenos sociales complejos, que por falta de creatividad, han provocado su criminalización, innecesaria en algunos casos e ineficiente en otros, siempre y cuando no se tengan respuestas conjuntas o previas a recurrir al derecho penal, esto por la sencilla razón de mantener este instrumento violento del Estado como ultima ratio a la conflictividad y violencia social.

Reforma Judicial y Participación Ciudadana

Los alcances, contenidos y condiciones que propician la reforma de la justicia penal, expuestos en forma sucinta, la configuran como un fenómeno complejo de especial trascendencia social. Fenómeno complejo, por las distintas relaciones e intereses en juego de los actores sociales que propician el cambio; y de trascendencia social, por su importancia política e histórica que implica y por la expectativa generada, en el sentido de que la justicia cumpla su misión de limitadora del poder coactivo del Estado y sea al mismo tiempo efectiva en la intervención de la conflictividad y violencia social. En otras palabras, fenómeno complejo por mantener una tensión permanente entre eficacia y garantías.

La complejidad y trascendencia social tiene implicaciones directas en el diseño de las estrategias de transformación, en las que hasta el momento se ha puesto de manifiesto la incapacidad de que el sistema de transforme a sí mismo. Esto se explica en dos sentidos: en primer lugar porque los intereses de la burocracia jurídica se han privilegiado siempre que se intentan cambios de trascendencia en la justicia; y en segundo lugar, porque las implicaciones de la transformación de la justicia penal requiere incorporar nuevos discursos, de lo cual carecen nuestros sistemas judiciales. De esta cuenta, la participación ciudadana en el proceso de reforma judicial tiene sentido, en la medida en que se convierta en un actor clave que provea energía para alcanzar la credibilidad que requiere el sistema y apoyo en la sostenibilidad de los cambios estructurales. Esto significa, canalizar las demandas legítimas de los distintos sectores sociales hacia la justicia, y acompañar, con propuestas y respaldo político, las acciones de cambio.

Reforma judicial y participación ciudadana, como componente que provee legitimidad al sistema de justicia, puede ser analizado desde dos dimensiones: niveles de participación y actores determinados. En cuanto a los niveles pueden identificarse tres tipos de acciones: a) transparencia, que significa aquel conjunto de acciones tendientes a poner en conocimiento público el estado de situación de la justicia o el tratamiento de casos específicos; b) litigio judicial, en el que se incorpora el acompañamiento en casos concretos ante la justicia, ya sea a víctimas concretas cuando tienen que enfrentar a sectores poderosos, o bien apoyar a la defensa pública para grupos sociales vulnerables, litigio estratégico y a la prestación de servicios generales dentro de la administración de justicia; y c) definición de políticas públicas, que se refiere a la construcción de propuestas y acciones de incidencia para la solución de problemas estructurales de la justicia.

La determinación de actores presenta algunas complicaciones, que nacen desde la definición de sociedad civil en su concepto clásico, que la diferencia en términos generales de la sociedad política. Su composición queda difusa y puede generar confusiones, en especial cuando se le asocia al sentido de representación y especialidad en el campo de la justicia. Bajo estos criterios, que no necesariamente implica representar a un grupo de personas, sino que también incluye una ideología determinada, los distintos componentes de la sociedad civil, en el campo de la justicia que nos preocupa, puede realizarse una taxonomía referida al sector académico, los medios de comunicación, sector empresarial, organizaciones no gubernamentales y movimiento popular.

Cada uno de estos grupos desarrolla diferentes acciones dentro de los niveles descritos y naturaleza de representación. Su participación, en sentido articulado y especializado, está todavía en construcción y constituye uno de los retos fundamentales de la reforma. La causa de este vacío se debe, entre otras razones, a que el tema de la justicia no había sido incluido dentro de sus agendas, precisamente porque la justicia, en el caso de las organizaciones no gubernamentales y movimiento popular, tradicionalmente la han visto como ajena a su cultura a causa de su discurso y prácticas burocráticas incomprensibles, reservada, por tanto al, círculo de los abogados. A pesar de esta situación, sus niveles de participación, en especial durante las épocas dictatoriales, ha sido significativa en el campo de la transparencia de casos y gestión judicial de procesos concretos en materia de derechos humanos.

El sector de la prensa y académico, las razones de su débil participación son distintas, el primero, porque el periodismo judicial es incipiente o bien inexistente, reduciendo el tema de la justicia a las notas rojas de los medios. En el caso del sector académico, su función ha consistido, con excepciones, en ser reproductor ideológico de la inercia cultural inquisitiva, en especial las universidades, que prácticamente están ausentes del proceso de reforma.

La imposibilidad de que el sistema de justicia se transforme a sí mismo y la falta de legitimidad de la justicia ante la población, convierten a la sociedad civil en un actor clave dentro del proceso de reforma. Su fortalecimiento de participación en los tres niveles descritos (transparencia, litigio judicial y políticas públicas), es posible en la medida en que aproveche el trabajo en equipo en base a las distintas especialidades existentes, su naturaleza de representación y construya instrumentos comunes que le permita focalizar su intervención en problemáticas clave que desencadenen cambios sostenibles.

Una de estas herramientas lo constituye el observatorio judicial, que comprende un programa de investigación-acción permanente sobre los aspectos más importantes del proceso de reforma judicial, realizado desde la sociedad civil, con la finalidad de democratizar los cambios en la administración de justicia, transparentar su funcionamiento, incluir un discurso crítico y propuestas viables e incorporar las demandas de los sectores sociales tradicionalmente marginados de la tutela judicial.

El observatorio de la justicia penal tiene como producto central: proveer información para la toma de decisiones oportunas sobre los avances y retrocesos del proceso de reforma, de tal manera de vitalizar la discusión, convierta las crisis de funcionamiento que, en forma inevitable se presentan, en oportunidades de cambio e incorporen nuevos actores que en forma crítica construyan propuestas. El análisis de la información que produce permite identificar la evolución del proceso de reforma judicial en las instituciones del sector justicia, en las prácticas judiciales, en los niveles de impunidad de conflictos graves y en la arbitrariedad de su funcionamiento.

Que el observatorio judicial sea un programa de investigación no implica que se convierta en un esfuerzo de académicos en búsqueda del último sentido de las normas y con la repetición de discursos abstractos poniendo de manifiesto su erudición jurídica con la mayor cita de tratadistas, pero olvidando para qué y a quién sirve la justicia, ni en producción de conocimientos dispersos en libros olvidados en estanterías de bibliotecas o anaqueles de las oficinas judiciales, ni en presentaciones suntuosas en hoteles para luego olvidar la discusión. La intencionalidad de “conocer”, en el sentido científico que implica, tiene como objetivo develar lo que se esconde en la burocracia de nuestras prácticas judiciales, poner de manifiesto la materialización de la voluntad política de cambio, transparentar el carácter desigual en la selección de conflictos del sistema, mostrar los éxitos logrados y difusión, con un discurso comprensible a todos los sectores sociales, sobre los avances y retrocesos en el proceso de reforma judicial. La intención de conocer también implica orientar la acción de incidencia, de construcción de demandas, de construir un diálogo con propuestas concretas, de acompañar procesos e incluso de construir conjuntamente con sectores del Estado soluciones a problemas concretos, tanto a nivel local como regional y nacional.

La construcción del observatorio judicial, por su complejidad metodológica, altos costos iniciales y las distintas relaciones que implica desarrollar con instituciones del Estado para obtener la información necesaria, requiere del esfuerzo de distintas organizaciones y del trabajo en red. La diversidad de la sociedad civil constituye una fortaleza, pues enriquece la participación, pero al mismo tiempo puede significar una debilidad cuando se intenta impulsar una propuesta de política pública en forma aislada. El trabajo en red es un método de trabajo democrático efectivo, que permite obtener resultados importantes con escasos recursos y superar las debilidades de una organización en concreto con las fortalezas de otras organizaciones. Su estructura horizontal y sin un centro definido, le permite mucha flexibilidad y disminuye los riesgos de hegemonía. Sus conexiones formales e informales le permiten poner en circulación información en distintas vías y movilizar a sectores sociales en el menor tiempo posible con

objetivos claros y precisos. Esta estructura es básica para el funcionamiento del observatorio judicial, pues permite poner en circulación la misma información en distintos sentidos: organizaciones locales, regionales y del centro de la ciudad.

ASPECTOS DE EVALUACIÓN DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL

La experiencia de los procesos de reforma judicial iniciados en América Latina reflejan la ausencia de estudios que nos pongan en perspectiva histórica la función de la justicia. Esta debilidad, facilita que el debate sobre el avance de la justicia se realice muchas veces en forma descriptiva, sin profundizar en el análisis del impacto a largo plazo de las acciones realizadas. Por lo anterior, resulta importante hacer algunas precisiones conceptuales sobre reforma judicial, entendida como “un proceso específico, históricamente acotado y con características especiales, que busca remover estructuras arcaicas de las instituciones judiciales, en consonancia con otros procesos sociales y políticos también específicos, y procura armonizar el funcionamiento de ese sistema judicial con los principios constitucionales, las normas de los pactos internacionales de derechos humanos, las reglas de la economía moderna e integrada al contexto mundial, nuevos principios de gestión y eficiencia del Estado, reglas de control y separación de poderes propias de la República y los principios generales de la democracia y el Estado de derecho”¹⁶³.

Esta precisión conceptual nos permite visualizar a la reforma judicial como objeto de conocimiento y como un proceso en marcha. En su primera acepción resulta necesario identificar los distintos elementos que la componen, de tal manera de visualizar sus cambios en el tiempo. En su segunda acepción, como proceso en marcha, la reforma judicial constituye en esencia la implantación de un modelo de administrar justicia determinado que, como tal, tiene un inicio y un final. Ello implica que las acciones deberán realizarse en base a una estrategia tomando en cuenta una situación inicial dada y la esperada en un tiempo determinado.

Para identificar los aspectos que conforman el proceso de reforma judicial, como objeto de conocimiento, es importante hacer una precisión en el sentido de que la determinación de estos aspectos es convencional, es decir, de conformidad con la intencionalidad de ubicar las acciones importantes de cambio en determinadas categorías e identificar dichas categorías. Esta situación es importante, pues estos aspectos son un punto de partida, que deberá con el tiempo reducirse o bien ser ampliada de conformidad con la intencionalidad de los actores que intervienen en el proceso de reforma. Otra idea en su identificación es la relación entre modelo y realidad, en el sentido de que los modelos normativos constituyen expectativas sociales que se materializan en la realidad de una u otra forma, y nunca en forma exacta. Los aspectos de evaluación del proceso de reforma surgen de identificar aquellos que incluyen: los elementos esenciales del modelo, su materialización en la realidad y aquellos aspectos que provocan que este modelo se manifieste de una u otra manera en la realidad.

Aspectos de evaluación:

Modelo normativo: Muchos de los esfuerzos de reforma tienden a la creación de nuevas leyes. Un hecho sin precedentes es la constante de que existe la percepción en los distintos sectores políticos y sociales, que el fenómeno creciente de la delincuencia pasa necesariamente por la creación o modificación de leyes criminales. De esta cuenta, verificar el grado en que un sistema normativo se adecua a la Constitución y a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, constituye un aspecto fundamental de evaluación permanente.

¹⁶³ *Ibíd.*, Pág. 40

Funcionamiento: El sistema de justicia penal cumple una función social: reducir la conflictividad y violencia social. ¿En qué medida, como sector, se cumple esta función? La respuesta es compleja, en primer lugar porque es necesario reconocer que todo sistema de justicia es selectivo, es decir que no absorbe todos los conflictos de carácter punitivo que se plasman en la ley y se desarrollan en la vida social. En este sentido, podemos afirmar que todo sistema de justicia es impune por naturaleza. También es importante reconocer que no siempre se cumple con las formas legales para la toma de decisiones, lo que implica arbitrariedad. De esta manera, impunidad y arbitrariedad constituyen fenómenos recurrentes en los sistemas penales. Definir aspectos que nos permitan conocer el grado de impunidad y arbitrariedad del sistema de justicia es fundamental para demostrar en qué medida el esfuerzo social por el fortalecimiento de la justicia se plasma en la realidad de su funcionamiento.

Acceso a la Justicia: Podemos tener las mejores leyes que desarrollen los derechos humanos, pero la imposibilidad de poner a disposición de las personas (en especial los más vulnerables económica, cultural, política y socialmente), los servicios de la justicia constituye un aspecto de vital importancia para hacer realidad el principio de igualdad ante la ley. Muchas veces las barreras de distancia, idioma y carencia de recursos humanos constituyen los principales obstáculos para que las personas hagan valer sus derechos.

Cambio cultural: La transformación de la forma de administrar justicia y proveer seguridad a las personas, en especial para las sociedades en transición, es también una transformación cultural que involucra tanto a los funcionarios como a los ciudadanos. El proceso de reforma ha desencadenado en los países de la región la creación de unidades de capacitación para los funcionarios del sistema de justicia, reformas curriculares en las universidades, inclusión de nuevos actores sociales preocupados por la justicia y el abordaje de los temas judiciales en forma distinta por los medios de comunicación. Estos actores deberían, en principio, estar actualizados sobre los contenidos esenciales de la reforma y los procesos que implica.

Gestión: El sistema penal está constituido tanto por el conjunto de leyes que materializan en forma coherente los principios constitucionales, como por las instituciones que deberán cumplir una función determinada dentro del mismo (poder judicial, ministerio público, sistema penitenciario, defensa pública penal y policía). Aun cuando en su conjunto configuran el monopolio del poder punitivo del Estado, su fragmentación en democracia es básico para garantizar el equilibrio de sus funciones. Este aspecto pretende identificar los principales problemas que facilitan la burocratización, el grado de interrelación entre las distintas instituciones del sistema de justicia, el nivel de transparencia en sus actuaciones y la incorporación de nuevas tecnologías para facilitar su funcionamiento en general.

Económico: La voluntad política de la transformación de la justicia debe tener su correlación con la aportación de los recursos financieros indispensables que garanticen su funcionamiento efectivo. Este período de transición hacia la democracia se presenta en épocas en que también se aplican políticas de ajuste estructural, y la limitación del Estado para intervenir en el desarrollo es una de sus principales estrategias. El aporte de recursos económicos y la determinación de los costos de funcionamiento del sistema, constituyen formas de ampliar o reducir la capacidad de respuesta del Estado en materia de justicia.

La combinación de los distintos aspectos de evaluación sobre el sistema de justicia penal, nos pueden proporcionar una visión integral del proceso de reforma judicial. Podemos avanzar en algunos aspectos y retroceder en otros, sin embargo, en su conjunto se puede apreciar la sinergia que generan determinados esfuerzos, ya sean estos estatales, no gubernamentales o del apoyo internacional.

ESTRATEGIA DE EVOLUCIÓN DEL OBSERVATORIO JUDICIAL

Introducir “nuevas” metodologías de investigación y participación ciudadana dentro del sector justicia y seguridad constituye un proceso lento pero necesario, en especial cuando la improvisación ha sido la constante en la toma de decisiones estratégicas de política judicial. Producto de lo anterior, lo constituyen los sistemas deficientes de información del sector justicia y seguridad, que junto a la falta de transparencia a la que están acostumbrados los funcionarios públicos en general para manejar su gestión, constituyen obstáculos para la realización de investigaciones empíricas sobre el funcionamiento de la justicia.

En estos últimos años se ha iniciado la producción de información en cada agencia del sistema sin que exista un mecanismo para recopilar, sistematizar y analizar los datos producidos. Esta sería una de las tareas iniciales y permanentes: contactar las fuentes de información (estadísticas, planes de trabajo, memorias de labores, presupuestos, estructuras organizacionales, etc.), que nos permita tener una visión sobre los límites de la información existente y su producción para la elaboración de investigaciones. Para superar estas deficiencias, es importante realizar contactos con actores claves del sistema de justicia y seguridad para generar compromisos que permitan mayor precisión en la obtención de información. En el mismo sentido, es importante recopilar las investigaciones y producción de información realizadas desde la sociedad civil y organismos internacionales.

El hecho de que el observatorio de la justicia penal sea definido como un programa permanente, implica el diseño de un plan estratégico que en un período determinado, al menos tres años, logre como objetivo específico la construcción de un conjunto de metodologías, técnicas y prácticas de trabajo de distintas organizaciones de la sociedad civil, que en forma sistemática develen el funcionamiento del sistema de justicia penal para incidir, con propuestas concretas, en la implantación de políticas públicas acordes con las finalidades que persigue la reforma de la justicia penal.

Este objetivo específico deberá desarrollarse a través de la consecución de resultados concretos:

Conformación de un equipo de trabajo con conocimientos necesarios sobre los objetivos que persigue la reforma judicial en concreto y con las capacidades necesarias en materia de investigación empírica y liderazgo político, para convocar a los diferentes sectores de la sociedad civil en el acompañamiento de las propuestas de política pública, y a los sectores gubernamentales en la toma de decisiones de cambios estructurales del sector justicia. Este equipo de trabajo debe aprovechar las fortalezas de las distintas instituciones que conforman la red de justicia.

El diseño e implementación de una investigación inicial que revele el estado de situación del proceso de reforma de la justicia penal, en la cual se pongan de manifiesto las problemáticas y avances más importantes durante el período de vacatio legis, los retos que debe enfrentar el proceso e información sobre niveles de impunidad y arbitrariedad más importantes. Los resultados de la investigación inicial comprenden la línea base.

De la línea base, se definirán los aspectos de evaluación permanente y sus indicadores para verificar los avances y retrocesos, lo que permitirá producir investigaciones periódicas.

De las investigaciones, tanto inicial como las periódicas, se desarrollan estudios específicos para profundizar, cuando sea necesario, en las problemáticas detectadas. De los distintos informes de investigación, tanto de las periódicas como de los puntuales, podrán diseñarse propuestas de políticas puntuales.

Los distintos resultados del observatorio judicial, facilitan el diseño e implementación de estrategias de participación de los distintos sectores sociales, con inclusión específica de los actores clave interesados en el tema, sectores gubernamentales que toman la decisión y los medios de comunicación para la transparencia sobre el sistema de justicia penal.

V. EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS GARANTÍAS PENALES Y PROCESALES

SERGIO GARCÍA RAMÍREZ,

Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004-2007).

Profesor e investigador de la Universidad Nacional Autónoma de México

Muchas gracias a quienes me hicieron el favor de formular esta invitación. Gracias, también, por la amabilísima presentación que ha hecho de mí Don Elías Carranza. Me halaga la presencia de este grupo selecto de juzgadores, fiscales y defensores, convocados por el ILANUD. Es muy honrosa para la Corte Interamericana y para mí en lo personal.

Me complace participar de nuevo en un programa del ILANUD. Tengo con éste un antiguo compromiso, que data de los años de fundación en Costa Rica, alentada por entusiastas de la causa a la que sirve el Instituto. Me cuento entre ellos, desde siempre. Hoy ILANUD trabaja bajo la competente dirección de Don Elías Carranza, persona a la que quiero y respeto, que ha desarrollado una excelente conducción de este organismo.

Tengo aquí un papel en cierta forma doble: expositor en esta primera etapa, a la que seguirá una sesión de preguntas y respuestas, y anfitrión en la Corte de la que formo parte. Este tribunal interamericano de derechos humanos ha caminado también con buen paso durante sus no muchos años de existencia. Pronto cumplirá treinta, que no son demasiados. Es una institución con características especiales, creada por voluntad de los Estados americanos, no impuesta a ellos. Suelo subrayarlo. Su competencia en asuntos contenciosos ha sido reconocida por todos los Estados latinoamericanos y por algunos otros del hemisferio. Ahora acude a esta sala un grupo de latinoamericanos, compatriotas de nuestra América, en el sentido “martiano” de la expresión.

En ocasiones se afirma que el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, está integrado por dos organismos: la Comisión y la Corte Interamericanas. Ciertamente, ambas forman parte del Sistema, pero éste no se agota en ellas. Dos instituciones integradas por siete comisionados y siete jueces no podrían ser el factor fundamental de la defensa de los derechos humanos en un continente como el nuestro, en el que viven más de quinientos millones de seres humanos. El Sistema es mucho más que la Corte y la Comisión. En él figuran, ante todo, los Estados, primera línea de defensa de los derechos humanos. Muchos de ustedes son funcionarios públicos y militan en esa trinchera.

La lucha en favor de los derechos humanos comienza y termina, espero que siempre favorablemente, dentro de las esferas de los Estados nacionales, que son los constructores de la jurisdicción internacional. La Organización de los Estados Americanos, compuesta por todos nuestros Estados, es otro protagonista del Sistema Interamericano. Lo es, asimismo, la sociedad civil: los pueblos de los países americanos, nuestras sociedades, con las instituciones que han generado.

A esta relación agregaré una serie de actores emergentes que en los últimos años han venido a sumarse a la tarea protectora de los derechos humanos. Cumple un papel protagónico el Ombudsperson, que existe en la mayoría, o acaso en la totalidad de nuestros países; con diversas denominaciones. Aquí figuran, igualmente, las defensorías públicas y privadas, cuya actividad es esencial para la tutela de los derechos humanos; además, los comunicadores sociales y la academia --representada por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, que seguramente algunos de ustedes conocen, y desde luego el

propio ILANUD, que ha sido y sigue siendo un factor de enorme importancia en el desarrollo de las ideas penales, criminológicas y penitenciarias en este continente.

ILANUD ha librado una batalla enérgica y constante, verdaderamente admirable, en sucesivas etapas. No siempre ha contado con los recursos que serían deseables. Ha tenido que luchar, como otras instituciones americanas, contra la penuria, las estrecheces presupuestales. Sin embargo, ha desplegado una férrea voluntad de progreso. ILANUD es también, para nuestro beneficio, un factor importante en la tutela de los derechos humanos. Esta Corte y el Instituto tienen celebrado un convenio, en cuyo marco opera el programa que ahora desarrollamos.

Por ello me es muy grato, amigas y amigos, compatriotas americanos, acompañarles en estas reflexiones y recibirles en esta Corte, que es de ustedes. En la charla que se me ha encomendado abordaré las garantías penales desde la perspectiva de un juez de la Corte y conforme a la jurisprudencia de este Tribunal.

Espero que convendremos en que estos temas deben ser vistos dentro de un sistema: el sistema penal, o mejor todavía, el sistema de justicia penal. Hablar en forma aislada de instituciones o figuras penales, procesales o penitenciarias es despojarlas de su radical identidad, su sentido, su función. Por ejemplo, aludir a la prisión preventiva, a los procesos orales, a los fiscales y juzgadores, sin hacer referencia al mundo en el que habitan estos personajes o se desarrollan estas figuras jurídicas, es despojarlos de su espíritu y su sentido.

Es necesario, pues, tomar en cuenta a qué atienden todos estos personajes, cuál es la obra en la que figuran, en qué foro se instalan sus parlamentos y cuáles son los papeles que deben desarrollar. Sólo así será posible entender si han tomado el camino mejor o conviene llevar a cabo, como es preciso hacerlo periódicamente, un ejercicio de revisión.

Sobra decir a ustedes, conocedores y aplicadores de la materia penal, que ésta constituye el escenario crítico de los derechos humanos. Sería difícil encontrar un espacio de la vida social en el que no se ventile el tema de los derechos humanos, y más difícil sería encontrar alguno en el que los derechos humanos queden en mayor riesgo o predicamento que el correspondiente a la justicia --o injusticia-- penal.

¿Por qué es éste el ámbito crítico de los derechos humanos? Porque a diferencia de lo que ocurre en otros campos, aquí entran en contacto, que es conflictivo, el Estado, con toda su majestad y poderío, a veces apoyado por la sociedad que clama justicia o venganza; y el individuo, el ser humano, desprovisto del prestigio o el encanto que pudiera tener cuando forma parte de otros grupos sociales desvinculados de la comisión de delitos. Esta relación con el crimen desvale al individuo, lo coloca en calidad de enemigo social. Si algún título caracteriza al inculcado es precisamente el de enemigo social.

Aunque pugnemos por evitar estigmas y membretes, la persecución penal etiqueta al individuo. Si se observa ese conflicto o contraste entre el Estado todopoderoso, representante o encarnación de la justicia, y el enemigo social que merece ser perseguido y reprimido, se podrá anticipar el riesgo que corren los derechos de ese adversario de la sociedad, rotulado como culpable desde antes de que se le declare tal. Corren peligro su vida, su libertad, su propiedad, su integridad, su honor. En fin, todos sus derechos se hallan en grave riesgo.

Nuestro sistema penal, al que concurren la jurisprudencia de esta Corte y de otros tribunales, y en el que han surgido las leyes que ustedes están llamados a aplicar, es el producto de una múltiple herencia acumulada. Esta se nutre, primero, con el legado de la parte final del siglo XVIII, el don del enciclopedismo, el liberalismo filosófico y jurídico. Ha hecho luminosas aportaciones. No las hemos perdido, pero enfrentan riesgos. Legalidad penal, juicios con garantías, humanización de las penas y otros afanes y esfuerzos, logros y éxitos de la humanidad, son el producto de esa primera porción de nuestra herencia común.

Hay un segundo legado interesante, que aportó el positivismo criminológico: conocimiento de los factores generales de la criminalidad y de la dinámica del delito en cada caso particular, más cierta racionalidad en el enjuiciamiento penal. Estas son aportaciones trascendentes del positivismo criminológicos, al lado de ciertos escarceos autoritarios que no queremos retener: penas gravísimas y juicios generalizantes a propósito de la proclividad delictiva, así como otros males que ensombrecieron el desarrollo del orden penal. Pero separamos evangélicamente la mala hierba de la buena, y recuperemos la herencia positiva del positivismo criminológico.

Andando nuestro camino, tropezamos con las tentaciones y los procesos autoritarios de los países en los que se perdió el principio de legalidad y se introdujeron sistemas transpersonalistas en todos los órdenes de la existencia, entre ellos el penal. Ahí se extremó el procedimiento inquisitivo para alcanzar ciertos objetivos y sentar determinados ejemplos intimidantes, y fueron establecidos sistemas de ejecución con graves afectaciones de los derechos humanos.

Este ha sido el más grave retroceso en la historia reciente de la justicia penal. No hay que olvidarlo. Quiero invocar la expresión de un ilustre y querido colega, Raúl Zaffaroni, cuando dijo que en el fondo del Estado de derecho, en alguna madriguera del subconsciente político, se ha encapsulado el Estado de policía. A veces pugna por aflorar y aguarda la oportunidad de hacerlo. Esta herencia autoritaria también forma parte de nuestras tradiciones secretas o sombrías, y eventualmente reaparece y golpea.

Una síntesis que rescata los datos positivos de este largo camino dialéctico conduce a lo que ahora llamamos, con ufanía, el derecho penal de la sociedad democrática. Reúne diversos elementos distintivos, característicos: mínima intervención del Estado –en todas las fases del sistema penal–, creciente régimen de garantías, derechos y libertades; proceso acusatorio, que es el mejor reducto de esos derechos y garantías; ejecución dirigida a la reinserción social.

No ignoro que se halla cuestionada la idea de readaptación, pero tal vez no tenemos en este momento algo mejor para sustituirla. Cuando se quiere relevar ciertas ideas y prácticas, es preciso tener a la mano lo que colmará el espacio. Llenarlo con el vacío, valga la expresión, invita a la reaparición de tentaciones regresivas. Por eso prefiero mantener vigente la idea de readaptación social, con todos sus defectos, que abrir la puerta a iniciativas que pudieran arrollarnos.

En la serie de tradiciones que han forjado la nueva era figura una síntesis de las corrientes criminológicas: criminología clínica y criminología crítica, que pone el acento sobre los factores institucionales de los delitos. El énfasis no queda en los aspectos personales, como ocurrió bajo los antiguos médicos criminólogos del siglo diecinueve. A ellos se sumaron los factores institucionales, derivados de la política, la cultura, la economía. Con la síntesis de estas corrientes, debidamente concertadas, concluimos el siglo XX.

Sería deseable, pues, que hubiésemos aprendido la lección de la historia, alcanzado la madurez del sistema penal, entronizado en definitiva el espíritu de la democracia en esta región menos transparente del aire, donde la democracia es vista con reticencia. Sin embargo, hay signos que permiten observar que hemos iniciado un retroceso, por lo menos en algunos sectores. El Estado de terror o el Estado de policía, encapsulado por el Estado constitucional, reaparecen en la escena y guiñan un ojo a la sociedad, buscando atraerla y seducirla.

¿Qué es lo que nos precipita en una dirección errónea? Existe una delincuencia creciente, severa, muy lesiva; delincuencia tradicional y criminalidad desarrollada, evolucionada, organizada. El crimen no ha desaparecido. Cabalga en el mundo entero. Recordemos la expresión de Marx y Engels en 1847, en el pórtico de su Manifiesto comunista: el fantasma del comunismo cabalga en Europa. Ahora mismo otro fantasma cabalga en el mundo: el crimen. Este transita con distintas formas, diversas versiones o apariencias. En el planeta entero, y desde luego en muchos Estados americanos.

En años recientes se ha presentado un debilitamiento progresivo de los medios de control social de la conducta no jurídicos o no punitivos. Sabemos bien que el verdadero control de nuestra conducta

en sociedad no deriva de la fuerza pública o las leyes penales, sino de otras instancias, algunas no tan visibles o tangibles, no tan enérgicas, que encauzan el comportamiento desde las primeras edades: la familia, la escuela, las organizaciones sociales, los partidos políticos, las iglesias.

Esas instancias de control orientan la conducta, la gobiernan, no el código penal. No es posible -ni deseable- conducir a la sociedad con el código penal en la mano. Son otras las nociones que se introducen en el caudal cultural de las nuevas generaciones. En suma, las viejas instituciones de control han perdido fuerza y eficacia. Si ésta se ha reducido, es natural que la sociedad preocupada mire en otra dirección y busque alternativas más enérgicas, que a su juicio serían más eficaces.

Muchas de nuestras instituciones preventivas y persecutorias se han desactualizado, vuelto menos eficientes de lo que alguna vez fueron. Tienen que lidiar con problemas a los que no estaban acostumbradas, y no resultan suficientes para satisfacer la demanda social de seguridad y justicia. Obviamente, no quiero negar --sería un error de mi parte, una injusticia-- los esfuerzos, los avances y progresos que existen en muchos países para mejorar las instituciones. Pero tampoco puedo ocultar el hecho de que esas instituciones tradicionales no han dado respuestas suficientes, oportunas y adecuadas frente a la nueva criminalidad. Esta deficiencia tiene un alto precio: exasperación y desesperación, que no son buenas consejeras.

Hace algunos días, en la inauguración del curso organizado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, el Presidente de Costa Rica, un país hospitalario que es el hogar de la Corte Interamericana, formuló algunas reflexiones sobre los grandes temas de nuestra hora. Entre ellos mencionó la violencia social desenfrenada, y lo que este problema sugiere a la sociedad que la padece: mano firme, mano dura. Esto alienta más bien técnicas de eliminación que de conservación o rescate. Reitero: la desesperación y la exasperación son malas consejeras. Para curación de nuestras pesadillas, dureza represiva, rigor punitivo. En este marco se sitúan las leyes, los pronunciamientos jurisdiccionales y los quehaceres de quienes, como ustedes y como yo, trabajamos en el ámbito de la justicia en general, o de la justicia penal en particular.

Paso de la reflexión histórica al examen de los derechos humanos, para introducir a la Corte Interamericana y su jurisprudencia en este torrente de consideraciones. Volvamos a algunas nociones bien sabidas. El ser humano, que fue sujeto del derecho civil, del derecho penal, del derecho constitucional, no tuvo la misma ubicación, salvo expresiones del derecho clásico, en el orden internacional público. El derecho internacional público, formado por y para los soberanos, era el régimen de la paz y de la guerra, de las relaciones diplomáticas y consulares; un sistema establecido por los Estados para guiar sus relaciones como Estados. Si el individuo figuraba en ese escenario, lo hacía como depositario de una función estatal, no como ser humano, sin otros títulos.

Las catástrofes bélicas y la reacción que estas catástrofes generaron --soy reduccionista, para avanzar en esta exposición-- modificaron la consideración internacional sobre el ser humano. El mundo entero, la comunidad de los Estados y la humanidad en pleno debían ocuparse del ser humano. Ya no se trataba de las relaciones entre los Estados, solamente, sino de las relaciones de éstos con las personas más allá de las fronteras nacionales. Es así que emerge una nueva y poderosa rama del orden jurídico internacional: derecho internacional de los derechos humanos, con el ser humano en el centro de la escena.

Este movimiento fecundo es el producto de una nueva cultura que coloca al ser humano en el centro de la creación en general y de la creación jurídica en particular; que pone el Estado al servicio del ser humano, como se proclamó en el siglo dieciocho, y coloca al mundo, finalmente, al servicio de las mayores causas del hombre: sus derechos y sus libertades.

Hay un tema que siempre ronda en los tribunales internacionales, entre los estudiosos del derecho constitucional y del derecho internacional. Me refiero a las prioridades, las primacías, las jerarquías. ¿Qué

predomina: el derecho de gentes, el orden jurídico internacional, o el derecho nacional; constitucional? He aquí un tema complejo, de solución difícil. A mi juicio, lo importante es lo que está por encima de los dos sistemas: el ser humano, razón de ser de ambos sistemas, nacional e internacional.

Si ese es el punto más elevado en la jerarquía de nuestros valores, el orden jurídico que prevalecerá debiera ser aquel –nacional o internacional-- que mejor proteja los derechos y las libertades del ser humano. Por eso aprecio las fórmulas estampadas en ciertas constituciones latinoamericanas. En el constitucionalismo de América Latina hay procesos de reforma muy importantes, que enlazan el orden internacional con el nacional. Algunos textos constitucionales manifiestan la prevalencia de las normas que mejoren la protección del ser humano.

Así las cosas, pasa a segundo término el famoso debate entre derecho internacional y derecho nacional, superado por la jerarquía del ser humano. De esta suerte se han formado los nuevos estándares de protección de los derechos humanos a través de la acumulación de una serie de tradiciones, costumbres e instrumentos que, tomando como eje las grandes declaraciones universal y regional de los derechos humanos, han crecido como un árbol frondoso que a todos cobija. Por esta vía se ha construido el derecho internacional de los derechos humanos en materia penal sustantiva, procesal y ejecutiva --además de otros ámbitos de las relaciones sociales y jurídicas--, que es el espacio más relevante para la preservación de los valores y principios del ser humano.

Si ahora tratamos de construir o reconstruir el sistema penal --y bien haremos en construirlo o reconstruirlo, conforme a las necesidades-- tenemos que plantarlo sobre un doble cimiento: nuestras constituciones liberales, oriundas de la herencia desarrollada desde el final del siglo XVIII, y el derecho internacional de los derechos humanos. Este debe ser tomado en su plenitud, que abarca múltiples vertientes: declaraciones, convenios, estatutos, reglamentos, pronunciamientos, sentencias, opiniones, resoluciones, recomendaciones, en fin, un extenso complejo normativo, no menos poblado que el orden jurídico nacional, que también constituye un complejo normativo con características propias.

El derecho internacional de los derechos humanos no está cifrado solamente en una declaración magna o en cierto tratado relevante, que en el caso de este Continente es la Convención Americana. Hay mucho más que eso. Es preciso releer y reescribir el sistema de justicia penal en las frondas del árbol gigantesco que hemos construido. En algunos países se ha visto así con gran claridad; en otros, todavía no. Aún no se hallan tan claramente informados por las aportaciones de esta segunda columna de nuestra reconstrucción penal, que provienen del derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, cada vez se gana mayor territorio en esta dirección. Las preocupaciones de ustedes lo acreditan.

Abramos otro capítulo en esta breve exposición y veamos las selecciones inherentes al régimen penal, para luego examinar cómo se ha desenvuelto la jurisprudencia internacional de los derechos humanos a propósito de aquéllas. Los constitucionalistas hablan de las decisiones políticas fundamentales, grandes acuerdos nacionales sobre los que se instala la legislación de una república. Los penalistas tienen que establecer cuáles son sus propias decisiones políticas penales fundamentales, que en última instancia son selecciones, opciones para elaborar, a partir de ellas, el derecho punitivo.

En esas decisiones influyen determinadas tendencias universales. Asimismo, tendencias regionales: lo que pasa en una zona del planeta, lo que ocurre en nuestra América, forma parte de los nutrientes de estas futuras determinaciones. Igualmente, viene al caso lo que acontece en nuestros propios países, la circunstancia nacional. Todo esto tributa a las decisiones que adoptaremos.

Considero que dichas decisiones tienen que ver, fundamentalmente, con tres datos de nuestra disciplina: habremos de establecer qué es delito, la expresión más grave de la antisocialidad, la ilicitud extrema, que acarrea consecuencias muy severas. Podríamos llamar delito a la mera disidencia, la diferencia, la distancia con respecto a conceptos o ideas que estimamos “políticamente correctos” u oficiales. O podemos calificar de aquella manera a la afectación de bienes jurídicos primordiales:

privación de la vida, de la libertad, del patrimonio. Esta es una primera decisión indispensable, de la que surgirán determinadas consecuencias.

¿Queremos adoptar un amplio conjunto de tipos penales? ¿Deseamos multiplicar los tipos en nuestra legislación? ¿Preferimos gobernar la sociedad --como ya dije-- con el código penal en la mano? O bien, por el contrario, ¿optamos por reducir al mínimo indispensable el ámbito de las conductas tipificadas, a sabiendas de que sería riesgoso quedar por debajo de ese mínimo? Esta es una decisión que deben proveer la sociedad y el Estado.

Otra gran decisión penal tiene que ver con las consecuencias del delito. En otros términos, debemos seleccionar la sanción: ¿cuál será la consecuencia de una conducta ilícita grave? ¿Para qué servirán las sanciones? ¿Qué fin se querrá alcanzar con ellas? ¿Cómo se ejecutarán? La tercera selección fundamental corresponde al método para saber que se ha cometido un delito y definir la sanción que es debido imponer. Esto entraña la decisión acerca del procedimiento penal. Creo que esos son los tres grandes espacios a los que atenderán las decisiones político-penales fundamentales. Trabajaremos a partir de ellas.

¿Cómo ha visto estas cuestiones la Corte Interamericana? Este órgano es un tribunal, no una instancia legislativa. No dicta normas. Emite opiniones o sentencias. Aunque no constituye, pues, una instancia legislativa en el sentido tradicional, formal de la expresión, se asemeja mucho a ella, como también se asemeja a ésta una Corte Constitucional. En algunos países de los que ustedes provienen hay Cortes Constitucionales o Salas Constitucionales de Cortes Supremas, o éstas son verdaderas Cortes Constitucionales.

No exploraré detalladamente este tema, pero recordaré lo que se propone un juez constitucional, independientemente de la designación que se asigne al tribunal en el que actúa. Pretende releer la Constitución, leer de nueva cuenta los viejos textos, reexaminar los textos permanentes con ojos contemporáneos. Mira las palabras que fueron escritas hace doscientos años (si nos referimos a la Constitución de los Estados Unidos de América, muy escasamente reformada en términos formales y profusamente reformada por obra de la jurisprudencia) y les reconoce un significado moderno, operativo en nuestros días.

Esto es bastante más que la misión atribuida al juez tradicional después del absolutismo. Se supuso que sería la boca que pronunciara las palabras de la ley. Pero el relector de la constitución no opera apenas como la boca que pronuncia las palabras de la ley. No practica una lectura fiel de los textos, para invocar solamente la interpretación que les dieron sus autores, hace diez años, cien o doscientos, y aplicarlos como lo harían los tribunales de ese tiempo.

El juez constitucional posee una vena inevitable de legislador. Tiene que asomarse al pasado, desde luego, pero también mirar hacia el futuro para encauzar a través de nuevas interpretaciones la marcha de la Nación. De lo contrario sería indispensable enmendar la constitución todos los días, y esto desplazaría nuevamente el centro de gravedad de los grandes temas constitucionales del juez constitucional al constituyente permanente o revolucionario. No sería funcional. Se requiere, por lo tanto, un tribunal constitucional que ponga las constituciones al día.

Me interné en el tema del tribunal constitucional porque éste guarda semejanza con los tribunales internacionales --o supranacionales-- de derechos humanos. Generalmente la normativa que aplican éstos es menos abundante y ceñida que la legislación constitucional que tienen a la vista los jueces nacionales. Por lo tanto, aquéllos disponen de un espacio más amplio para interpretar. Además, no tienen una instancia superior que los controle, como tampoco las cortes constitucionales, que se hallan sujetas, sin embargo, a las presiones y los vaivenes de la vida política interna, y finalmente también de la vida política internacional.

Los tribunales internacionales deberán interpretar textos aplicables a diversos Estados, e influirán a través de sus decisiones en la marcha de los ordenamientos nacionales. En otros términos, reconstruirán

los órdenes jurídicos nacionales a través de interpretaciones de textos internacionales que inciden en las leyes y en la jurisprudencia internas. De ahí la delicadeza de su misión y la infinita prudencia con que deben actuar.

Hay quienes piensan que el juez constitucional o el juez internacional deben consultar cada día lo que dicte su imaginación, para mover en las próximas horas la frontera del derecho. Esto sería irresponsable. La imaginación no siempre es buena consejera. Más bien habría que consultar a la razón, a la lógica de la sociedad y de la evolución jurídica, y dominar la tentación protagónica de generar, a través de una sentencia espectacular, que pudiera ser caprichosa, un vuelco en la historia de la humanidad. En el caso de estas magistraturas, el “custodio del custodio” tiene que ser el propio magistrado, por medio de su prudencia y su cordura, aunque el espectáculo que ofrezca y la marcha que realice no sean tan dramáticos como algunos pudieran pretender.

¿Qué temas se han presentado ante la Corte que tengan ver con la mencionada selección de las conductas punibles? Se ha planteado en forma reiterada el tema de los tipos penales, su formulación, el principio de legalidad en materia penal. Permítanme una aclaración en este punto. Hablé de planeamientos reiterados. Debo precisar que esta Corte no conoce de muchos casos. La Corte Europea de Derechos Humanos ha conocido, en más de cincuenta años de fecunda trayectoria, millares de casos a la luz de la Convención europea de 1950, y ha provisto una magnífica aportación al desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos. Pero ese tribunal corresponde a otra realidad, ni mejor ni peor, simplemente distinta. La nuestra nos ha encaminado por un rumbo diferente, no en cuanto a la devoción por los derechos humanos y su tutela --que se hallan en el mismo camino--, sino en lo que respecta a la forma de recibir y atender opiniones consultivas y asuntos contenciosos.

La Corte Interamericana no maneja millares de casos, sino decenas. El número no pasa de un centenar en la historia del tribunal, que cubre algo más de veinticinco años. También maneja opiniones consultivas, que no tienen eficacia vinculante. Nuestros buenos amigos de Costa Rica piensan otra cosa: la Corte Suprema de Justicia considera que las opiniones poseen esa eficacia, al menos para el país que las requiere. Ahora bien, esas opiniones suman diecinueve, hasta hoy.

En fin, no existe profusión en las sentencias y opiniones. Enhorabuena que así sea, en mi concepto, porque lo que pretende un tribunal internacional de derechos humanos no es resolver cada caso que se presenta en todos los espacios nacionales, lo cual sería absolutamente inabordable e indeseable, sino marcar las grandes líneas del orden internacional que será recibido por los órdenes nacionales.

Conforme a la Convención Americana y a su propio Estatuto, la Corte Interamericana es la autoridad judicial llamada a interpretar y aplicar esa Convención, que ha sido incorporada --a través de decisiones soberanas-- en el ordenamiento de varias naciones. ¿Qué hace la Corte, pues? Interpreta y aplica una Convención con alcance internacional. Por lo tanto, debería bastar, en principio, con una sola resolución que interprete un precepto de observancia obligatoria para todos los países parte, para que se cumpla la función de tribunal internacional. Todo ello, desde luego, sin perjuicio de que el tribunal internacional vuelva sobre sus pasos y modifique o rectifique el criterio que alguna vez adoptó.

Recuerdo que se me invitó a participar en un coloquio sobre algún tema de la Convención --libertad de expresión: acceso a la información en poder del Estado--, acerca del cual esta Corte acababa de dictar una sentencia. La denominación del coloquio indicó: “Acceso a la información en poder del Estado. Primer precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

Me inquietó la idea implícita en esa expresión: que tuviéramos que establecer muchos precedentes, volviendo una y otra vez sobre el mismo tema. Ni es necesario hacerlo, ni la Corte dispone de los medios para intentarlo. Sería inútil y dispendioso. Una sola sentencia debiera ser suficiente para establecer la orientación general que los Estados acojan y trasladen a los propios espacios jurídicos. Del mismo modo, una Corte Constitucional establece derroteros, grandes guiones normativos vinculantes. A partir de allí, los demás tribunales reciben y resuelven los casos que les conciernen.

Cierro el paréntesis. Hablábamos de los tipos penales. La Corte no redacta figuras punitivas. Esta elaboración corresponde a las autoridades nacionales, aunque el derecho internacional puede aportar datos para la formulación de tipos penales. Lo que se ha planteado al conocimiento de la Corte Interamericana es el imperio del principio de legalidad. ¿Es respetuoso cierto ordenamiento del principio de legalidad en la formulación de tipos penales? ¿Incorre en formulaciones equívocas, ambiguas, que abren la vía para la arbitrariedad y por lo tanto para la tiranía?

En esos casos la Corte ha debido analizar la elaboración de los tipos penales, recogiendo la mejor doctrina penalista. Al examinar las fórmulas penales con rigor jurídico, ha establecido que determinadas normas punitivas contravienen, si tal es el caso, el principio de legalidad consagrado en el artículo 9 de la Convención Americana, y que el Estado sujeto a juicio debe modificar la norma, tomando en cuenta que se ha comprometido a ello, soberanamente, al ratificar la Convención.

Así, el tribunal ha dicho que tal disposición sobre terrorismo y tal otra sobre traición a la patria --por ejemplo-- describen, en realidad, la misma conducta considerada desde dos perspectivas, y que el propósito de esa duplicación normativa es que algunos casos queden sujetos a la jurisdicción militar y otros a la justicia ordinaria, que adoptarán sanciones de muy distinta severidad. Esto implica tratamiento arbitrario y contraviene el principio de legalidad.

También se ha internado la Corte en el análisis de las infracciones administrativas, tema muy controvertido. No me refiero a faltas en los trámites ante las oficinas burocráticas, sino a la infracción de normas de policía y buen gobierno, que ameritan la imposición de ciertas sanciones. La Corte ha entendido que la previsión de tales infracciones y sus consecuencias jurídicas son expresiones del poder sancionador del Estado, y que esta potestad debe hallarse cuidadosamente acotada en beneficio de las libertades. Para ello se requiere una formulación legal y rigurosa de las infracciones administrativas y de sus consecuencias jurídicas.

En ocasiones, el derecho internacional obliga a tipificar penalmente ciertas conductas. En términos generales, la tipificación penal corresponde al Estado. Sin embargo, en determinados supuestos el orden internacional dispone que una conducta, gravemente lesiva de derechos humanos, quede captada en los tipos penales internos. Esto ocurre, por ejemplo, en las hipótesis del genocidio, la tortura y la desaparición forzada.

Tenemos una Convención Interamericana sobre esta última materia, que obliga a los estados suscriptores a tipificar la desaparición como delito autónomo, atendiendo a ciertos elementos que informan, desde el plano internacional, la redacción del tipo penal nacional. Otro tanto se puede decir de la tortura: existe una caracterización en el instrumento interamericano --que suscita debates--, a la que deben atenerse los Estados partes en la convención respectiva. La Corte, por lo tanto, ha dictado sentencias en las que puntualiza el deber del Estado de establecer tipos de tortura o desaparición forzada, en los términos de sus compromisos internacionales.

No se satisface la regla de legalidad penal --que reviste aspectos formales y aspectos materiales-- cuando se sancionan en la misma forma hechos o conductas de gravedad diversa. El orden jurídico penal de una sociedad democrática debe considerar la distinta entidad de los bienes afectados, la forma en que han sido lesionados o puestos en peligro, la culpabilidad del agente, las circunstancias de comisión, entre otros factores. El problema se ha planteado a propósito del homicidio. ¿Son igualmente graves, para los fines de la sanción aplicable, todos los supuestos de privación ilícita de la vida? ¿Un solo tipo y una sola pena sirven para todas las hipótesis? La Corte se ha pronunciado en sentido negativo sobre esta equiparación penal de conductas diversas.

Existe una jerarquía de bienes jurídicos. No es admisible que se sancione de igual manera la afectación del patrimonio que la afectación de la vida; la supresión de una vida y la de muchas vidas; la supresión culposa de la existencia y el homicidio perpetrado en forma cruel o brutal. Por eso existen

distintos tipos legales a propósito de la privación antijurídica de la vida: homicidio culposo, homicidio doloso, asesinato. Las sanciones varían: desde penas moderadas hasta sanción capital. En algunos países existe la denominada “pena de muerte obligatoria”, que se aplica a diversas hipótesis de homicidio intencional, sin miramiento entre ellas. Esto impide --o torna irrelevante-- el análisis de las características del hecho y de la culpabilidad.

Al entrar en este terreno, como en otros, la Corte ha adelantado un gran paso, que interesa a la facultad de los Estados para tipificar conductas delictuosas. Hacerlo, en general, es prerrogativa de éstos, pero no pueden ejercer esa prerrogativa de cualquier manera, que pudiera desembocar en arbitrariedad y traer consigo una saturación penal inconsecuente con el derecho penal de una sociedad democrática. En este orden, la Corte ha observado las diferencias en el trato penal que corresponden a los distintos bienes jurídicos en juego y la diversa afectación que se les impone. Ello implica una frontera relevante en los poderes de tipificación del Estado, en virtud de la interpretación que ha hecho la Corte en torno al principio de legalidad y a otras normas.

En un caso se planteó la posible penalización del acto médico, cuando el facultativo brindaba atención a un delincuente y no denunciaba a la autoridad el hecho criminal del que tenía noticia. La Corte determinó que el acto médico, es decir, el tratamiento necesario para preservar la vida y la integridad de una persona, constituye una conducta esencialmente lícita, independientemente de que el paciente hubiese incurrido en un hecho criminal.

Eso se desprende de la normativa y de la tradición, ancladas en un sistema de cultura. No es lícito que el médico cometa delitos, como miembro de una banda criminal; por el contrario. En contraste, es lícito que brinde atención a miembros de ésta, en el desempeño de los deberes médicos que le conciernen. El médico no está obligado a denunciar a sus pacientes; tiene deberes de curación, no de denuncia o delación, que subvertirían su misión profesional.

Otro tema sujeto a consideración judicial relevante ha sido la invocación legal de la peligrosidad. Como dije, en nuestro legado formativo de la justicia penal contemporánea se halla la tradición criminológica del positivismo. Este acentuó mucho el concepto de peligrosidad: la cantidad de mal que cabe esperar de una persona, tomando en cuenta sus rasgos de personalidad, su conducta pasada, sus inclinaciones. Destaca el hecho futuro que se prevé posible e incluso probable. En ello reside la peligrosidad de un sujeto.

¿Qué se debe hacer frente a la peligrosidad? El derecho penal ha aportado diversas soluciones. Veamos la cuestión desde el punto de vista de los derechos humanos y el principio de legalidad. Se presentó a la Corte un caso --quizás lo recuerden, por su nacionalidad, algunos de los presentes-- en el que se había aplicado una condena muy severa, legalmente prevista, tomando en cuenta el hecho objetivo realizado, la peligrosidad acreditada y la posibilidad, establecida a la luz de esa peligrosidad, de que el agente incurriese en nuevos delitos.

En concepto de la Corte, esa solución atenta contra la legalidad penal. Por supuesto, la Convención Americana no contiene referencia explícita alguna acerca de la peligrosidad criminal. Es preciso, pues, interpretar las normas de ese tratado. Si procede aplicar estrictamente las leyes penales a hechos ilícitos cometidos, la peligrosidad carece de espacio. Implicaría la admisión del derecho penal de autor y no de conducta o acto; se sancionaría en función de una posibilidad que está más allá de la conducta criminal actual del sujeto enjuiciado. Se supondría que alguien va a ser delincuente, anticipando, por lo tanto, la existencia y la consecuencia de ese futuro delito.

En la presente etapa de la evolución penal, aquello contraviene nuestro concepto de legalidad. Así lo entendió y resolvió la Corte. En el caso al que me refiero, la sanción aplicable, en virtud de la peligrosidad del agente, era la pena capital. Empero, la decisión del tribunal no se fundó en la extrema severidad de la pena, sino en la procedencia de instalarla sobre el supuesto de la peligrosidad.

Me referí a otra selección política penal de primer orden: la sanción, que es la rectificación o consecuencia de la conducta ilícita. En este ámbito tenemos una amarga experiencia histórica. En efecto, la historia natural de las sanciones es tan atroz como la de la delincuencia. Difícilmente se podría saber dónde se ha registrado mayor crueldad: en la criminalidad o en la justicia penal, contemplada ésta a través de las sanciones impuestas y del método seguido para aplicarlas. Ha sido una competencia difícil.

Recordemos las primeras páginas de la magnífica obra “Vigilar y castigar”, de Foucault, y consideremos el ajusticiamiento de Damiens --el magnicida que intentó matar al monarca, sin conseguirlo--, y comparemos la conducta de éste, que no culminó en la consumación del homicidio, con la feroz reacción penal del Estado, que infirió al autor del atentado una pena de muerte ejecutada con lujo de crueldad. ¿Dónde hubo la mayor dureza, la máxima impiedad?

Sea lo que fuere, el Estado debe adoptar ciertas decisiones frente y contra la conducta ilícita, que se vuelcan sobre el autor de ésta: ¿qué reacciones jurídicas autorizará, como respuesta al crimen procurado o consumado? ¿Reacciones demolidoras o recuperadoras del individuo criminal? ¿Muerte o rescate? ¿Las más intensas posibles o las más benignas? Conforme a lo que sea verdaderamente indispensable o al impulso del clamor popular, ¿cuáles serán la intensidad y la frecuencia de las sanciones? Esto, en relación con la más grave entre todas, la muerte, pero también a propósito de la pena de prisión. ¿Quedaría acotada la privación de libertad? ¿Habría sustitutivos de ella, sucedáneos, alternativas penales? Este es un asunto de enorme importancia, que ILANUD ha explorado constantemente: racionalidad de las penas.

Más preguntas: ¿con qué propósito se infligirán las penas? ¿Para retribuir? Por su naturaleza, la pena es retribución. Pero, ¿ha de ser éste el único propósito que persiga la pena: golpear al que golpeó, tan fuertemente como lo hizo? O bien: ¿intimidar, para beneficio de la prevención general? ¿Readaptar, contener, reparar? En suma, ¿cuáles son los propósitos razonables, plausibles, admisibles de la pena?

La Convención Americana toma partido a este respecto. Generalmente lo hacen los ordenamientos del derecho internacional de los derechos humanos. Dice el artículo 5 de nuestra Convención Americana que las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados. Señala: finalidad “esencial”. No es la única, pero la incorpora a título de fin esencial de la pena, el principal, central. Puede haber otros designios, a condición de que no sean incompatibles con la finalidad esencial cifrada en la readaptación social. La Convención Americana contempla este asunto como una cuestión de derecho a la integridad. Dejo de lado, por ahora, el debate sobre el agotamiento del objetivo readaptador de la pena. Ya he mencionado que es preocupante desechar esta finalidad y franquear el espacio a otros proyectos penales que sirvan peor las exigencias de la dignidad humana.

En su jurisprudencia, la Corte ha examinado la pena de muerte. Esta es un tema “límite” para el derecho penal, dice el profesor Antonio Beristain, gran penalista vasco. Es como una gota de veneno introducida en un vaso de agua: infecta todo el contenido, envenena el sistema penal. Yo soy abolicionista, y en este momento no me pronuncio como juez de la Corte Interamericana, sino como individuo, a título personal. Creo que la pena de muerte debería desaparecer del catálogo de las sanciones. Ahora bien, debo preguntarme qué dice la normativa que la Corte debe aplicar, porque no se trata de satisfacer las selecciones personales, sino las selecciones políticas del sistema interamericano.

Cuando se suscribió la Convención Americana en la Conferencia celebrada en San José, en 1969, se planteó el tema de la muerte, que siempre surge a la hora de tratar los derechos humanos. En el ambiente había corrientes abolicionistas, pero también muchos temores y reticencias. El Continente americano de 1969 no era, necesariamente, el paraíso de las democracias ni el oasis para la benevolencia penal. Ya era notable que se pudiese fraguar una Convención sobre Derechos Humanos, pero no resultaba fácil ir mucho más adelante y prescindir de la pena capital. No lo habían hecho, de un primer golpe, ni la Convención Europea ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Fue preciso que futuros protocolos abolieran la pena de muerte.

Catorce Estados americanos suscribieron entonces un documento solemne en el que formulaban el propósito de suprimir la pena de muerte. Debía hacerse así, con cuidado y reflexión, en un protocolo adicional al Pacto de San José: protocolo que ya existe, por cierto. La Convención, en sí misma, no prohíbe la pena de muerte; la autoriza. El Protocolo la prohíbe. Ha sido suscrito por nueve Estados, solamente. Nueve, del conjunto de veinticuatro suscriptores de la Convención Americana. ¿Por qué no han suscrito todos los que firmaron la Convención? ¿Se trata de un “as en la manga”? No incursionaré en el laberinto de la psicología política para desentrañar el ánimo de los Estados. El hecho es que ahí están la pena de muerte, por una parte, y el protocolo abolicionista, por la otra.

En la Convención Americana campea, sin duda, una fuerte tendencia limitativa de la sanción capital. Existen limitaciones en cuanto a los delitos sancionables con pena de muerte, que sólo serán los más graves, dice el artículo 4 de la Convención. Por lo que hace a garantías procesales para la imposición de la pena de muerte, se abre la puerta de los remedios extraordinarios o excepcionales, como el indulto, la amnistía, la conmutación, que no deben excluirse de antemano --como ha ocurrido en la legislación de algunos países—. Hay otras consideraciones limitantes relacionadas con la persona del reo; por ejemplo, la edad, el estado de gravidez de la mujer sentenciada.

En litigios sometidos a la Corte se ha planteado un punto al que antes aludí: la denominada “pena de muerte obligatoria”, que se dirige indistintamente a todos los homicidios intencionales, sin reconocer distinciones fundadas en las circunstancias de comisión o en la culpabilidad del autor. En este ámbito, la Corte ha examinado el arduo tema de la gravedad de los delitos y de las penas correspondientes.

Si la Convención señala que la pena de muerte es aplicable sólo en el supuesto de los delitos más graves, es preciso explorar cuáles son esos gravísimos crímenes. Lo ordena la Convención, no sólo el buen juicio del tribunal. Hay que establecer, por ende, cuál es el bien de más alta jerarquía en el catálogo del ordenamiento penal, cuya afectación entrañaría el delito más grave. Evidentemente, se trata de la vida. También es preciso analizar, como antes mencioné, la forma en que se afecta ese bien y la presencia de otros bienes jurídicos afectados por el hecho criminal.

Las legislaciones nacionales suelen distinguir, correctamente, entre un homicidio simple intencional, tipo fundamental o básico, y un homicidio calificado, que se comete con alevosía, ventaja, traición, o con medios devastadores. Las legislaciones prevén sanciones diferentes para los distintos supuestos reconocidos. Tomando en cuenta estos deslindes racionales, la Corte interamericana subraya que el delito de mayor gravedad es la privación dolosa de la vida, cometida en la forma asimismo más grave, que revele mayor culpabilidad y genere mayor riesgo o daños adicionales.

En consecuencia, no es aceptable que se aplique la misma sanción a todos los supuestos de privación intencional de la vida, si queremos honrar las disposiciones de la Convención Americana. Si ésta admite la pena de muerte para los delitos más graves, es preciso reconocer que no se puede aplicar a los que no revisten esa máxima gravedad específica.

La jurisprudencia interamericana ha examinado también el problema que plantea la previsión y ejecución de penas propiamente corporales. No incluyo en este rubro la prisión, que entraña mucho más que una afectación del cuerpo, sino sanciones tales como la flagelación o los azotes. Estas penas prácticamente han desaparecido de nuestras leyes, pero subsisten en algunos países de América, receptores de tradiciones jurídicas inglesas, que han sido muy rigurosas. Inglaterra, como toda Europa, ha dado pasos para la moderación penal. Se ha suprimido la pena capital y se han abolido las penas corporales.

Sin embargo, de la dura tradición penal inglesa provienen algunos ordenamientos vigentes en países del ámbito americano: la región del Caribe. Existe la pena de flagelación, que se ejecuta en condiciones muy severas. A este respecto, la Corte ha estimado que dicha sanción entraña un trato cruel, inhumano y eventualmente degradante. No puede subsistir, por lo tanto, si se considera que la Convención Americana prohíbe los tratos de esa naturaleza.

Otro gran tema de la jurisprudencia interamericana, muy frecuentemente abordado, es la privación de la libertad, sea preventiva, sea punitiva. Como sabemos, existen diversas categorías de privación de la libertad: la que se aplica, en el curso del proceso, mientras el tribunal dicta sentencia; ésta tiene carácter preventivo o precautorio, y la que se dispone y ejecuta con fines de punición; pena de prisión, en sentido estricto.

En torno a estas medidas, la jurisprudencia de la Corte ha examinado cuatro conceptos básicos. Sobre ellos gira el criterio del tribunal a propósito de la privación de libertad en la mayoría de los casos que ha analizado. En este sentido, destaca la exigencia de condiciones de vida digna durante la reclusión, requisito para que la prisión preventiva y la prisión punitiva sean admisibles en el marco de la protección de los derechos humanos. También es preciso retraer las medidas de coerción sobre los reclusos y detenidos; sólo son admisibles las que resulten absolutamente necesarias, sin extremar la intensidad y las implicaciones de la privación de libertad.

En tercer término, el trato general de los reclusos ha de tomar en cuenta que éstos integran un grupo humano especialmente vulnerable. Bajo esta certeza, que no requiere demostración, han de fincarse las medidas de diverso género que caracterizan la vida en prisión. En cuarto término -que podría ser el primero-- figura la asignación al Estado de una condición especial de garante de los derechos de quienes se hallan privados de libertad. Corresponde a aquél respetar y garantizar los derechos humanos de todas las personas sujetas a su jurisdicción. Estos deberes asumen perfil propio cuando se proyectan sobre personas privadas de la libertad.

El Estado debe generar, propiciar, favorecer condiciones razonables para que se desenvuelva la vida individual y colectiva. Esto no significa que el poder público nos “tome de la mano en todo el camino que va de la cuna a la tumba”, como fuera la divisa --rescatable, por supuesto-- del Estado social, respondiendo por todo lo que ocurra, en cualesquiera circunstancias, a todos los individuos. No sería razonable depositar en el Estado tan amplia y pesada responsabilidad.

Ahora bien, en la medida en que el poder público priva de libertad a una persona, regula minuciosamente su existencia, sustituye su voluntad por decisiones del poder, como acontece en una prisión para adultos o para menores o en un centro de internamiento para enfermos mentales, que son “instituciones totales”, el Estado asume una relación singular con esas personas, un deber específico de garantía de sus derechos, que los interesados no pueden ejercer y desarrollar por sí mismos. Se profundiza, pues, la situación de garante del Estado.

Es evidente que el preso o el enfermo mental recluso no pueden tomar decisiones por sí mismos, regular su propio régimen de vida, trabajo, educación, alimentación, recreación. El Estado ha asumido esa autoridad y concentrado las decisiones en su propia voluntad. Si esto es así, el Estado adquiere una gran carga de responsabilidad y se convierte en garante, con perfil especial, de prácticamente todos los derechos y libertades que conserva la persona reclusa, en la medida en que se ha suprimido la posibilidad de que el detenido los atienda por sí mismo. Este es un tema muy frecuentado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Ha transcurrido más tiempo del previsto para el desarrollo de esta exposición. Lamento haber prolongado la charla, quizás excesivamente. Me he extendido en virtud de mi propio agrado por tenerles aquí, huéspedes apreciados de la Corte Interamericana, y de la relevancia que para todos tienen los temas penales a los que me he referido. Agradezco al ILANUD la organización de este encuentro, y a ustedes su asistencia y su paciencia. Quedo a su disposición para responder a sus dudas, observaciones y preguntas, en la medida de mis posibilidades. Muchas gracias.

VI. LA JUSTICIA PENAL Y LOS CONGRESOS QUINQUENALES DE LAS NACIONES UNIDAS

CRISTINA ROJAS,
Experta asociada ILANUD

*“No tendremos desarrollo sin seguridad,
no tendremos seguridad sin desarrollo y
no tendremos ni seguridad ni desarrollo, si no se respetan los derechos humanos.
Si no se promueven todas esas causas, ninguna de ellas podrá triunfar.”*

Kofi Annan
Secretario General,
Naciones Unidas

Considerando que, dentro de las funciones primordiales del ILANUD, se destaca la promoción de los estándares y normas de prevención del delito y la justicia penal de las Naciones Unidas, es fundamental difundir entre los gobiernos de la región comprendidos en su mandato las políticas y directrices adoptadas por los Estados miembros en dichas materias.

En esta medida, los Congresos Quinquenales de las Naciones Unidas constituyen el foro especializado para la adopción de consensos mundiales frente a dificultades globales, referidas al acceso a la justicia y al sistema de justicia penal, que deben ser divulgados ampliamente entre los operadores jurídicos para favorecer la concreción de políticas públicas en el ámbito nacional.

Uno de los retos fundamentales de los mencionados congresos se basa en el fortalecimiento de la cooperación internacional frente al aumento del crimen y la violencia, y en el establecimiento de estándares internacionales y orientaciones en materia de política criminal.

En este sentido, los congresos celebrados durante los últimos cincuenta años registran un impacto positivo en el diseño de políticas públicas y en la implementación de buenas prácticas en temas de justicia penal, prevención del delito y derechos humanos.

Es así que, al considerar la globalización de los problemas contemporáneos, referidos particularmente a temas de seguridad, se evidencia la vigencia e importancia de los congresos, en un contexto en que la cooperación internacional constituye una prioridad sustantiva para atender los fenómenos de conflictividad social y el delito organizado transnacional.

Antecedentes

En 1935, la Sociedad de las Naciones creó la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria con el propósito de reunir estadísticas penitenciarias, fomentar la reforma penal y convocar conferencias sobre la materia. Tanto la Sociedad de las Naciones como la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria sucumbieron a los escollos de los conflictos que llevaron a la Segunda Guerra Mundial. Al terminar la II Guerra Mundial, se crearon las Naciones Unidas.

El mandato de las Naciones Unidas relacionado con el establecimiento de sistemas de justicia penal efectivos, transparentes y responsables, surge del Artículo 55 de su Carta Fundamental, mismo

que exhorta a la Organización a promover: i) niveles de vida más elevados y condiciones de progreso y desarrollo económico y social y ii) el respeto universal de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos sin hacer distinciones y la efectividad de tales derechos y libertades.

Por su parte, los conceptos básicos sobre los que descansa la labor de las Naciones Unidas en materia de Justicia Penal son:

- i) *Respeto universal a los derechos humanos*
- ii) *Respeto a las libertades fundamentales de todos*
- iii) *Progreso y desarrollo económico y social*

Los congresos de prevención del delito y justicia penal

Por Resolución 415 (V) de 01/12/1950, la Asamblea General, aprobó un plan para la transferencia de las funciones de la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria que incluía la celebración de congresos internacionales cada cinco años.

A partir de entonces, los Congresos se realizan de forma quinquenal y en éstos se aprueban todos los instrumentos que pueden considerarse de carácter “legislativo”, en el sentido que establecen reglas normativas aplicables a todos los Estados

Las reglas y normas adoptadas en ellos repercuten en el desarrollo de principios internacionales, vinculantes o no, para la adopción de medidas en el ámbito nacional y regional.

Los instrumentos y directrices adoptadas han brindado un indiscutible aporte al desarrollo de principios internacionales de la justicia penal y al fortalecimiento del concepto del imperio de la ley. Más aún, han contribuido a crear una conciencia universal de respeto a los valores comunes de la Declaración Universal de Derechos Humanos en esta materia.

Dado que el número de menores de edad infractores y de reclusos había aumentado considerablemente en la Europa de la post-guerra, el Primer Congreso, celebrado en 1955, se ocupó del tratamiento de los menores de edad infractores y los reclusos.

En este primer congreso se aprobaron las *Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos*. Con posterioridad el ECOSOC, mediante dos resoluciones posteriores, una de 1957 y otra de 1977 ¹⁶⁴, las convirtió en el prototipo de los modelos, reglas normas y directrices internacionales sobre la administración de justicia penal.

El Segundo Congreso, celebrado en 1960, centró su atención en la delincuencia resultante de los cambios sociales que acompañaron el rápido desarrollo económico. Centró su atención en el análisis de: i) los servicios especiales de policía para prevenir la delincuencia juvenil; y ii) las repercusiones de los medios de comunicación en la desviación juvenil y el papel de la planificación nacional en la prevención del delito, las penas privativas de libertad y el trabajo penitenciario.

El Tercer Congreso, celebrado en 1965, los temas que fueron analizados se centraron en la necesidad de que las Naciones Unidas brindaran a los países asistencia técnica y e impulsaran las investigaciones criminológicas para la prevención del delito y la formación profesional de los funcionarios del sector justicia. Para ello se solicitó el empleo de asesores regionales en materia de prevención del delito y justicia penal y se elaboraron las normas sobre: i) la relación entre la evolución social y la delincuencia; ii) la acción preventiva del delito en la comunidad; iii) la reducción de la reincidencia; iv) el régimen de prueba; las medidas especiales de prevención y tratamiento de menores y adultos jóvenes.

¹⁶⁴ Resolución 663 C (XXIV) de julio de 1957 del ECOSOC y Resolución 2076 (LXII) mayo de 1977

El Cuarto Congreso, celebrado en 1970, en Kyoto, Japón, tuvo como eje central la vinculación entre delito y desarrollo. Este congreso se manifestó sobre la necesidad de incorporar políticas de prevención del delito en la planificación del desarrollo de los países, organizar la investigación para formular políticas de defensa social y prevención basadas en la comunidad y sobre la necesidad también de involucrar la participación comunitaria en las acciones de prevención del delito. Asimismo, se analizó la aplicación eficaz y eficiente de las *Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos*. Una encuesta entre los Estados miembros, determinó que esas reglas habían contribuido a promover los derechos humanos básicos de millones de reclusos.

El papel de la delincuencia organizada en negocios aparentemente lícitos y el análisis de las formas y dimensiones cambiantes del delito y la violencia nacional y transnacional fueron los temas de fondo del Quinto Congreso, celebrado en 1975. Especial atención se brindó en esta ocasión al problema de la delincuencia derivada del abuso de las drogas y al terrorismo.

En este congreso se examinó, por primera vez en el contexto de las Naciones Unidas, los vínculos estrechos de la delincuencia organizada con la corrupción y el abuso de poder desarrollando el concepto de la “*delincuencia como negocio*”, tanto en el ámbito nacional como internacional y estableció las siguientes características de la “*delincuencia como negocio*”: i) comete impunemente actos nocivos abusando de su poder e influencia y lleva a la corrupción tanto a funcionarios de la administración pública en general como de la policía; ii) normalmente sus operaciones son secretas y difíciles de detectar, y los términos aplicados para definirla son vagos y poco precisos. Por recomendación de este quinto congreso, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la *Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* (Res. 3452 de 09/12/1975) y la *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes que entró en vigencia el 26 de junio de 1987*.

La Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobó, asimismo, por recomendación del Quinto Congreso, en su Resolución 34/169 de 17 de Diciembre de 1979, el *Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley*.

El Sexto Congreso, celebrado en 1980, fue el primero en reconocer que los programas de prevención del delito debían basarse en las circunstancias sociales, culturales, políticas y económicas de los países y formar parte de los procesos de planificación del desarrollo¹⁶⁵. En el tema de *Delito y el abuso de poder: delitos y delincuentes que están fuera del alcance de la ley* otorgó especial atención a la delincuencia económica, e indicó que ésta solía actuar como factor incitador y agravante en la corrupción de la administración pública y de los altos cargos.

En el análisis de los delitos de abuso de poder, concluyó que en éstos se disminuye la probabilidad de que sean denunciados o procesados sus autores ante las autoridades competentes, en razón del rango en la jerarquía social, política o económica de sus autores y sus interrelaciones. Concluyó, de igual forma, que la falta de datos sobre ellos disminuye la buena comprensión de los problemas que entrañan y obstaculizan el desarrollo de los medios más adecuados para combatirlos.

En el Séptimo Congreso, efectuado en 1985, se adoptó el Plan de Acción de Milán y se acordó desarrollar un programa global de prevención del delito y justicia penal en el tráfico de drogas, la delincuencia organizada transnacional y el terrorismo y se subrayó la necesidad de que las Naciones Unidas brindara asistencia técnica a los países en desarrollo e identificó la necesidad de llevar a cabo investigaciones orientadas a la acción. Igualmente destacó cómo ciertas formas de delincuencia, entre

¹⁶⁵ Declaración de Caracas refrendada por la Asamblea General en su Res. 35/171 de 15 de Diciembre de 1980

las que está la corrupción, pueden obstaculizar el progreso político, económico, social y cultural de los pueblos y amenazar los derechos humanos, las libertades fundamentales, la paz, la estabilidad y la seguridad.

Por recomendación del Séptimo Congreso la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó: i) *las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores. (Reglas de Beijing)*¹⁶⁶; ; ii) *la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y de Abuso de Poder*¹⁶⁷; *los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura y iv) el Acuerdo Modelo sobre el Traslado de Reclusos Extranjeros* (primer modelo de tratado bilateral) y *Recomendaciones para el Tratamiento de Reclusos Extranjeros*.

El Octavo Congreso tuvo como temas sustantivos el robo de tesoros arqueológicos; el vertimiento de desechos peligrosos en aguas oceánicas; el crecimiento del comercio internacional de drogas ilícitas y la conexión entre el uso indebido de drogas, el VIH/Sida y la población penitenciaria. El Congreso urgió la inclusión de estrategias anticorrupción dentro de los planes nacionales de desarrollo económico y social. Igualmente recomendó que los Estados miembros adoptaran una variedad de medidas administrativas y mecanismos regulatorios para prevenir las prácticas corruptas. Determinó que los medios convencionales de cooperación entre los países para combatir el delito, ya no resultaban suficientes ante la internacionalización de las actividades criminales y, por ende, resultaba imperativa la adopción de nuevos instrumentos internacionales especialmente diseñados al efecto. Por recomendación del Octavo Congreso, la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobó cinco tratados modelo, a saber: i) Extradición; ii) Asistencia Recíproca en Asuntos Penales; iii) Remisión del Proceso en Materia Penal; iii) Traspaso de la Vigilancia de los Delincuentes Extranjeros bajo Condena Condicional, y iv) Prevención de Delitos que atentan contra la Herencia Cultural de los Pueblos. Durante este congreso se aprobó: i) *las Reglas Mínimas sobre las Medidas no Privativas de Libertad (Reglas de Tokio)*; ii) *los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos*; iii) *las Directrices para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad)*; iv) *las Reglas para la Protección de los Menores Privados de Libertad*; iv) *los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*; v) *las Directrices sobre la Función de los Fiscales y vi) los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados*. Igualmente adoptó una resolución sobre la corrupción gubernamental en la que recomendaba la elaboración de lo que luego se convirtió en el *Código Internacional de Conducta para los Titulares de Cargos Públicos*¹⁶⁸.

El Noveno Congreso, celebrado en 1995, resaltó la grave amenaza que plantea para la sociedad las vinculaciones de la delincuencia transnacional organizada y sus actividades conexas con los delitos económicos y financieros y la corrupción, así como por la infiltración de los delincuentes organizados en las economías legítimas. Evidenció los vínculos entre la corrupción y la delincuencia organizada y la utilización del sistema financiero internacional a efecto del blanqueo de dinero, tanto en el ámbito nacional como internacional y consideró que se trataba de un problema de orden público frente al cual ningún país es inmune ni auto suficiente como para prevenir y combatir sus manifestaciones. Sustantivamente analizó el tema de los delitos contra el medio ambiente; la justicia penal y los sistemas de policía, las estrategias contra la delincuencia violenta, la delincuencia urbana, la delincuencia juvenil y la violencia contra la mujer

En el año 2000, se realizó el Décimo Congreso. En éste, los Estados miembros se comprometieron a adoptar medidas decididas y rápidas para luchar contra: i) el terrorismo; ii) la trata de seres humanos;

¹⁶⁶ Resolución 40/33 de 29 de Noviembre de 1985

¹⁶⁷ Resolución 40/34 de 29 de Noviembre de 1985

¹⁶⁸ Resolución 51/59 de 12 de Diciembre de 1996 de la Asamblea General

iii) el comercio ilícito de armas de fuego; iv) el contrabando de migrantes y v) el blanqueo de dinero. Se aprobó la Declaración de Viena sobre la Delincuencia y la Justicia: Frente a los Retos del Siglo XXI¹⁶⁹, mediante la que subrayó la necesidad de instrumentos jurídicos internacionales eficaces contra la corrupción, con independencia de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

En el año 2000, la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la resolución 55/2 de 8 de Septiembre de 2000, adoptó los Objetivos de Desarrollo del Milenio. Relevantes para el tema que analizamos son las siguientes declaraciones:

-“Debe reconocerse la función esencial del Sistema de Justicia Penal en el establecimiento, mantenimiento y fortalecimiento del Imperio del Derecho.”

-“Fomentar el respeto del imperio de la ley se convierte en una inversión, no sólo en el desarrollo de los países, sino también en la paz y la seguridad de la comunidad internacional en su conjunto”¹⁷⁰

-“La democracia y la calidad de la vida sólo pueden florecer en un contexto de la paz y seguridad para todos.

-La delincuencia amenaza la estabilidad y la seguridad del entorno social.

-La prevención del delito y la justicia penal, con el debido respeto de los derechos humanos, son pues, una contribución directa al mantenimiento de la paz y la seguridad”¹⁷¹

El Onceavo Congreso, celebrado en el año 2005, declaró que “El respeto del Estado de derecho y la buena gobernanza y la buena gestión de los asuntos y los bienes públicos en los planos local, nacional e internacional son requisitos indispensables para la creación y mantenimiento de un entorno en el que la delincuencia se pueda prevenir y combatir con éxito”

Durante este congreso, los Estados miembros adoptaron el compromiso de desarrollar y mantener instituciones de justicia penal justas y eficientes, lo que incluye el trato humano de todas las personas detenidas en centros de prisión preventiva y en establecimientos penitenciarios, de conformidad con las normas internacionales aplicables; y declaró la necesidad de abordar en los planes de desarrollo, las estrategias de prevención del delito que combatan las causas profundas y los factores de riesgo de la delincuencia y la victimización.

De igual manera, durante este congreso, se enfatizó en la importancia de seguir elaborando e incorporando en las prácticas de la justicia penal políticas, procedimientos y programas en materia de justicia restaurativa que incluyan alternativas de juzgamiento, a fin de evitar los posibles efectos adversos del encarcelamiento, de ayudar a reducir el número de causas que se presentan ante los tribunales de Justicia. Es importante acotar que la visión desarrollada en el XI Congreso respecto del impacto de los factores sociales asociados con el delito, el crimen organizado y la corrupción sobre la buena gobernanza y el desarrollo socio-económico, fue recogida en el Reporte sobre Delito y Desarrollo en África de junio de 2005, que sirvió de fundamento a la asistencia integral que se acordó para ese continente impulsada por Francia e Inglaterra conjuntamente con el Banco Mundial.

El tema del Doceavo Congreso, realizado en el 2010, coincidió con el 55 aniversario de los congresos de Naciones Unidas sobre prevención del delito y justicia penal. El tema principal de este congreso fue “Estrategias amplias ante problemas globales: los sistemas de prevención del delito y justicia penal y su desarrollo en un mundo en evolución.” En esta ocasión, los asistentes –dentro de los que se cuentan actores políticos, funcionarios públicos, académicos y expertos en temas relacionados

¹⁶⁹ Asamblea General Resolución. 55/59

¹⁷⁰ ASAMBLEA GENERAL Res. 55/2 de 8 de Septiembre de 2000

¹⁷¹ Párrafo 7 de la Declaración de Principios y Programa de Acción de las Naciones Unidas en materia de Prevención del Delito y Justicia Penal. Asamblea General, Resolución 46/152 de 18 de Diciembre de 1991

con la prevención del delito y política criminal-, tuvieron la oportunidad de generar una discusión amplia sobre el sistema de justicia penal, como eje central en la consolidación del Estado de derecho, así como sobre el papel fundamental de las reformas al sistema de justicia penal, y la importancia de una interpretación holística de dichas reformas, particularmente en relación con su capacidad de respuesta frente al progresivo aumento de los índices de criminalidad.

Dentro de los temas abordados con mayor énfasis, se destacaron, entre otros, los siguientes: los niños, niñas y adolescentes frente a la delincuencia y las respuestas de la justicia penal al tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas,, así como los vínculos con la delincuencia organizada transnacional. Asimismo, se hizo hincapié sobre las respuestas de la justicia penal a la violencia contra los migrantes, los trabajadores migratorios y sus familias, la cooperación para combatir el lavado de dinero sobre la base de los instrumentos pertinentes de Naciones Unidas y otros instrumentos, y, finalmente, sobre las nuevas formas delictivas, dentro de las que se hizo referencia al delito cibernético.

Más allá de los acuerdos alcanzados durante cada uno de los congresos, y de los instrumentos jurídicamente vinculantes que estos han promovido, se debe resaltar la importancia de este espacio como plataforma para la adopción de compromisos políticos, así como para el desarrollo de acciones conjuntas que promuevan el diseño de estrategias integradas para la prevención y el control del delito, y la cooperación internacional entre los operadores jurídicos.

VII. CONCLUSIONES GENERALES DE LOS CURSOS INTERNACIONALES DE CAPACITACIÓN EN REFORMAS AL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN AMÉRICA LATINA

ADRIANA LANDER, experta ILANUD,
Coordinadora Técnica del Proyecto de Reformas al
Sistema de Justicia Penal en América Latina

ANA SELENE PINEDA, experta ILANUD,
Relatora de los Cursos de Capacitación en Reformas al
Sistema de Justicia Penal en América Latina

Los temas que se abordan a continuación constituyen una síntesis de los asuntos destacados con mayor énfasis durante las cinco ediciones del Curso Internacional de Capacitación en Reformas al Sistema de Justicia Penal en América Latina, realizados entre los años 2005 y 2010. Como se mencionó en la introducción de la presente publicación, la presentación de los temas y el desarrollo de los contenidos se circunscribe con rigor a la información aportada por los participantes, y a los informes de relatoría de cada uno de los cursos.

En relación con la estructura temática de este apartado, en primer lugar, se presentarán unas breves consideraciones sobre el proceso de reforma a la justicia penal en América Latina guiadas por las reflexiones de los participantes, para continuar con las dificultades y los retos del mencionado proceso, cuya vigencia fue subrayada en el marco del curso. Por último, se incluyen unas notas finales que recogen el criterio de las relatoras como corolario de lo expuesto.

Consideraciones sobre el proceso de reforma a la justicia penal

El movimiento de reforma a la justicia penal en América Latina -según fue delimitado en el marco de las ponencias y de las disertaciones generadas entre los participantes de los cursos- tiene lugar en diferentes países de América Latina, principalmente, a partir de los años ochenta y noventa del siglo XX. El propósito de la reforma consiste, básicamente, en desplazar el modelo inquisitivo que ha inspirado durante siglos el proceso penal en la región, para dar lugar a la configuración de un nuevo sistema fundamentado en el modelo acusatorio.

De acuerdo con el análisis planteado por los asistentes y algunos de los ponentes, la complejidad del proceso de reforma al sistema de justicia penal en América Latina encuentra su correlato en el proceso de democratización por el que transita la región. Entendido éste último, no sólo a partir del fin de las dictaduras militares, sino, fundamentalmente, a partir de la consolidación del Estado de derecho, la reivindicación de las garantías ciudadanas, y la ampliación del espectro de protección de los derechos fundamentales. La condena sistemática y directa a las violaciones de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de todos los seres humanos, sin distinción alguna por razón de su origen nacional o étnico, sexo, color, religión, lengua o cualquier otra condición, constituyen también elementos esenciales en la afirmación de condiciones más democráticas en los países latinoamericanos.

En estos términos, el proceso de reforma a la administración de justicia se entiende como un esfuerzo dirigido a cerrar la brecha que se presenta entre los estándares internacionales en materia de derechos humanos y las realidades de los Estados, particularmente en relación con el sistema penal.

En este contexto, los participantes a los cursos consideraron que el discurso político y jurídico podría caracterizarse –en términos generales y abstractos- como amigable o proclive a la reforma en

la región. Pero no por eso este proceso se presenta más sencillo o con menos tropiezos. Otro aspecto fundamental, en el que también coincidieron los asistentes a los cursos, es que el tránsito de la reforma no responde sólo a un ejercicio de técnica jurídica o legislativa, sino que implica una transformación estructural del sistema penal y un complejo proceso cultural que involucra un cambio de mentalidad de los operadores jurídicos, de la clase política y de la sociedad en general. Al respecto, conviene señalar en palabras de Alberto Binder: “[...que] el proceso de transformación tiene un punto de referencia directo en el sistema inquisitivo, que no sólo es un modelo procesal sino un modelo completo de política criminal y, más aún, una estructura judicial completa, que hunde sus raíces en el estado colonial y que constituye la tradición jurídica dominante en nuestros países”¹⁷².

Según los asistentes, el sistema inquisitivo podría considerarse como el eje neurálgico de la transformación a la justicia penal, en el sentido de ser el modelo a reformar. Sin embargo, se insistió que, en cada lugar, el proceso de reforma responde a intereses y lógicas propias, que matizan las propuestas de cambio más radicales por introducir un sistema de corte acusatorio.

Algunos participantes coincidieron en afirmar que ciertos temas que generan mayor sensibilización social han sido adoptados en diferentes momentos y lugares como pilares fundamentales de la reforma. Entre estas cuestiones, se resaltaron con especial énfasis las políticas de seguridad y de “mano dura”. Al respecto, se observó que la utilización de la reforma como bandera política, para responder a diversas problemáticas sociales, desdibuja los fines de la transformación, y favorece el diseño de contrarreformas que reivindican aspectos del sistema inquisitivo que se pretendía derogar.

Los asistentes fueron enfáticos en considerar que la impunidad, la corrupción, la imperativa necesidad de seguridad y de mayor percepción de seguridad, son algunos de los argumentos que determinan el planteamiento de diversas prioridades en la construcción del nuevo modelo de justicia penal.

Se infiere también de las intervenciones de los asistentes que las relaciones de poder que se establecen entre los diferentes agentes que participan en éste proceso de reforma (léase operadores jurídicos, actores políticos y de la sociedad civil), condicionan el diseño y la implementación de los cambios en el sistema penal. Aunque la diversa y plural participación en los procesos de diseño e implementación de la reforma en ocasiones puede generar mayor dispersión, se consideró que en última instancia esta situación se compensa con una mayor garantía de transparencia e inclusión democrática en el debate. Coincidieron también, tanto los participantes como los ponentes, que la multiplicidad de actores en el diseño e implementación de la reforma es siempre deseable, en la medida que favorece una toma de conciencia más honda, a pesar de la señalada dispersión que un proceso concertado de esta índole puede eventualmente generar.

Crear conciencia sobre la magnitud y la trascendencia de la transformación es para los participantes de los cursos una etapa fundamental dentro de la reforma, ya que permite redimensionar el proceso y entenderlo como una transición que se presenta en diferentes fases, y que debe sortear diversas dificultades. Lo dicho permite matizar las declaraciones fatalistas o edulcoradas sobre los resultados del proceso, más aun si se considera –como lo sostiene Binder- que: “[...] la reforma a la justicia puede comenzar pero no debe terminar.”¹⁷³

¹⁷² BINDER, Alberto. “Reflexiones sobre el proceso de transformación del proceso penal”. En: DAVIS, William E.; LILLO, Marco, A. (ed.). *La implementación de la Reforma Procesal Penal*. [s.n.]. Santiago, Chile. 1996. p. 46

¹⁷³ *Ibíd.*, p. 60

Algunos problemas que subsisten en los procesos de reforma

Se reiteró especialmente, en los planteamientos de los participantes de los diferentes cursos, que el sistema judicial en América Latina cuenta con una imagen deteriorada que no favorece las necesidades de los diferentes sectores de la población, que coinciden en demandar su transformación.

Debido a los altos niveles de ineficiencia y corrupción en la región, los asistentes también coincidieron en que el poder judicial cuenta apenas con límites aceptables de seguridad jurídica que, en muchos casos, no aseguran la igualdad ante la ley, ni facilitan el funcionamiento equilibrado del sistema económico. Este escenario ha generado una predisposición favorable al diseño y sanción legal de reformas penales.

La reforma, considerada como un proceso dinámico, puede decirse –en términos generales y desde la perspectiva de los participantes- que inicia desde el momento en que se instala en el debate público la necesidad de su adopción. Su consagración normativa es sólo el banderazo de partida de un largo recorrido en el que se deberán sortear diversas dificultades. Estas últimas derivadas principalmente de la tensión que persiste entre el sistema penal de bases inquisitivas y el fundado en el modelo acusatorio. Algunas de estas dificultades, destacadas por los participantes de los cursos y vigentes aún en el año 2010, se precisan a continuación:

i) Uso excesivo de la prisión preventiva y escasa implementación de mecanismos alternativos a la pena de prisión

- Prisión preventiva

El instituto de la prisión preventiva concebido como un recurso extraordinario de ultima ratio, se emplea de manera casi sistemática en los diferentes países de la región, a pesar de su carácter afflictivo y de la grave situación de hacinamiento que se presenta en las cárceles de América Latina. Al respecto, los participantes reconocieron que la prisión preventiva no debe constituir en la práctica una suerte de pena anticipada para el procesado, sino que debe responder a criterios específicos -consagrados legalmente-, referidos básicamente a la salvaguarda del proceso. Se señaló, además, que la prisión preventiva no debe imponerse con el único propósito de garantizar la comparecencia de la persona sindicada al juicio, en la medida en que los organismos de seguridad del Estado pueden asistir el requerimiento de la autoridad judicial para procurar la presentación de la persona citada al juicio.

Se insistió, además, en la importancia de limitar la prisión preventiva a un plazo razonable, en el que la persona privada de la libertad debe ser llevada al juicio lo antes posible. Sobre este asunto, los expositores japoneses destacaron que su sistema legal contempla el uso de la prisión preventiva por un periodo de diez días, prorrogables por otros diez -decisión que debe estar motivada debidamente-, tiempo que es estrictamente controlado por los funcionarios judiciales.

- Pena de prisión

Otro tema reiterado en los intercambios entre los participantes durante los diferentes cursos es el relativo a la pena de prisión. En relación con este asunto, las intervenciones se centraron en el carácter violento y afflictivo de la pena privativa de la libertad, que se ve agravado por la precaria situación carcelaria que caracteriza a la región -debido a las altas tasas de hacinamiento y sobrepoblación-. Los comentarios al respecto se centraron en la importancia de implantar con mayor rigor mecanismos alternativos a dicha sanción penal. Respecto del uso de la pena de prisión fue también valioso, en este

punto, conocer la experiencia de Japón, país que en un momento mundial de tasas en ascenso registra una de las más bajas.

Se sugiere también la importancia de ampliar las hipótesis legales que dan lugar al principio de oportunidad –que debería privilegiarse al inicio de la investigación-, al arresto domiciliario, o a la prisión discontinua, para mencionar sólo algunos mecanismos que desplazan el uso de la mencionada medida de prisión. De no ser idónea ninguna de estas alternativas, los participantes consideran pertinente que la decisión judicial sea fundamentada con rigor.

i) Ineficacia de las medidas alternativas en la resolución de conflictos

La utilización insuficiente de mecanismos simplificadores del proceso, fue otro tema discutido entre los participantes. En general, consideraron los asistentes que es imperativa la implementación de medidas alternativas en la resolución de conflictos que faciliten respuestas oportunas y menos violentas a delitos de menor impacto social.

A pesar de que los códigos procesales penales de la región han incluido medidas alternativas, se sostuvo que aún no se han creado las condiciones institucionales y organizacionales adecuadas para su correcta utilización, debido principalmente a la falta de capacitación de los funcionarios de los ministerios públicos de la región sobre dichas medidas.

ii) Altos índices de impunidad en la administración de justicia

Uno de los propósitos más visibles de la reforma a la justicia penal, según el criterio generalizado de los participantes, es procurar mayor eficacia y eficiencia procesal a través de la implementación de procedimientos orales, públicos y contradictorios. Señalan, además, los asistentes, que estos elementos permiten consolidar procesos judiciales más transparentes y eficientes, presupuesto fundamental para contrarrestar los altos índices de impunidad que han deteriorado la percepción general del sistema en la comunidad.

Si bien se ha avanzado en este propósito, de acuerdo con los datos presentados por el Director del ILANUD, Elías Carranza, en su ponencia durante la edición 2010 del Curso, en los países de ingreso medio y bajo el número de funcionarios judiciales per cápita es inferior al número de operadores judiciales en países de ingresos altos. Esta situación explica en buena medida que -a pesar de los innegables avances de la reforma en la consolidación de un nuevo sistema de justicia penal- aún subsisten problemas como la impunidad y la falta de celeridad en los procesos, debido, en buena medida, a la excesiva demanda de trabajo que sobrecarga a los despachos judiciales de la región.

iii) Limitados presupuestos asignados a la administración de justicia y métodos de trabajo ineficientes

Métodos de trabajo ineficientes, recursos materiales y humanos inadecuados o escasos para la gestión de altos y crecientes volúmenes de casos, son otros de los inconvenientes en los que han coincidido los asistentes a las diferentes ediciones de los Cursos. La austeridad presupuestal con la que cuenta siempre la administración pública para gestionar sus funciones es una realidad que no es ajena a la administración de justicia de los países de la región, y que se convierte en un obstáculo para el buen desarrollo de sus funciones.

Con el fin de que las jornadas laborales en los despachos judiciales sean más eficientes, los asistentes a los cursos consideran necesario que se implementen capacitaciones más integrales de sus

funcionarios. Se menciona también la importancia de que los cursos de capacitación y sensibilización se impartan a todos los funcionarios judiciales y no se restrinjan –como sucede en algunos casos- a las máximas autoridades del poder judicial.

También en relación con la eficiencia en la labor judicial, algunos participantes a los cursos coincidieron en señalar la conveniencia de implementar un sistema de monitoreo y seguimiento que valore la gestión de los funcionarios.

iv) Escaso apoyo institucional a la Defensa Pública

Otro aspecto en que coincidieron sin reservas los asistentes a los cursos fue en que el papel de la defensa pública es de especial relevancia en la consolidación de la justicia democrática y en el control de la actividad represiva del Estado. Según la información entregada por los mismos participantes, la defensa pública asume la representación de un porcentaje importante de los imputados en los procesos penales en la región, quienes en su mayoría no cuentan con los recursos económicos suficientes para contratar los servicios de un defensor privado.

Sin embargo, a pesar de esta importante labor, es con frecuencia la institución más abatida por los recortes presupuestales del sistema de justicia, situación que ha afectado significativamente su desarrollo y capacidad de gestión. Por lo anterior, se señaló que es imperativo dotar a la defensa pública de las herramientas y políticas institucionales necesarias que le permitan mayor autonomía funcional y presupuestaria, para garantizar estándares de defensa efectiva, en condiciones de igualdad frente al ente acusador.

Se insistió también en la necesidad de implementar una política de igualdad de armas, con el fin de que en la práctica las partes procesales –acusación y defensa- cuenten con las mismas posibilidades jurídicas para definir y defender sus posturas en el debate. Aunque se reconoce que el principio de igualdad de armas ha sido ampliamente desarrollado en la literatura jurídica, se reiteró que en la práctica procesal la defensa se acerca al proceso en condiciones de desigualdad en cuanto a las posibilidades de alegación, contradicción, prueba e impugnación.

v) Necesidad de consolidar los nuevos roles de los actores procesales

Si bien los cuerpos normativos que definen los lineamientos de la reforma consagran sin mayores reticencias los nuevos roles del juez y del fiscal dentro del proceso penal, los participantes señalaron que en la práctica no son pocos los jueces que –permeados aún por el rol protagónico que los caracterizaba- reproducen con frecuencia algunas de sus derogadas funciones. Esta situación se vuelve más compleja al generarse fricciones con el papel del fiscal, encargado en el nuevo sistema de guiar la investigación y de ejercitar la acción penal.

Los funcionarios judiciales que asistieron a los cursos señalaron que el arraigo cultural al sistema inquisitivo genera una suerte de “reacciones instintivas” entre los operadores judiciales, situación que ralentiza el proceso de toma de conciencia sobre el alcance de sus actuaciones en la transformación.

Asimismo, se destacó que para atender a esta realidad se requiere una inversión suficiente en recursos humanos, organizacionales, en infraestructura y en cursos de formación que hagan operativa la reforma. En relación a los procesos de capacitación, se insistió que estos deben plantearse en dos direcciones. Por un lado se deben diseñar programas de capacitación sobre los nuevos roles de los funcionarios judiciales y, por otro lado, se deben organizar capacitaciones dirigidas a sensibilizar a los funcionarios judiciales sobre la conveniencia y pertinencia de la reforma.

Los asistentes fueron también categóricos en mencionar que, además de la capacitación del personal judicial y administrativo, es fundamental el fortalecimiento de la carrera judicial por medio de sistemas transparentes de nombramiento y promoción, así como la regulación de nuevas categorías de funcionarios, que acompañen el nuevo papel de los tradicionales operadores judiciales.

vi) Escasa articulación operativa entre el ministerio público y el organismo técnico de investigación judicial

Algunos asistentes provenientes de países donde no existe un cuerpo técnico de investigación o policía judicial adscrito funcionalmente a la fiscalía, señalaron que es conveniente replantear la relación entre la policía judicial, encargada de adelantar la investigación, y el ministerio público/fiscalía que tiene a su cargo definir el rumbo de dicha investigación. Lo anterior, con el ánimo de propiciar una labor conjunta mejor coordinada, que vaya más allá de la formalidad de los convenios interinstitucionales entre el ministerio público y los cuerpos de policía.

Se insistió en la necesidad de realizar una inversión importante en recursos humanos y formación técnica especializada de investigadores, que puedan consolidar una trayectoria estable y no estén sujetos a rotaciones periódicas en el ejercicio de sus funciones. Sumado a lo anterior, se resaltó la importancia de destinar inversión suficiente en infraestructura, en equipos y en laboratorios que permitan avanzar en la investigación criminológica. Sólo de esta manera –consideraron los participantes- se podrá profesionalizar la tarea del investigador y de los demás auxiliares judiciales relacionados con la investigación del delito.

vii) Predominio de una cultura inquisitiva entre los operadores de justicia

El derecho -como orden normativo e institucional- responde en cierta medida a la necesidad social de normar hechos culturales. Esta situación se hace más compleja cuando, a través del orden legal, se procura el desarraigo de sistemas culturales de larga tradición como el inquisitivo. Según los asistentes a los cursos, el derecho –no sólo el penal– está cambiando en América Latina, y enfrenta serios procesos de crítica y reformulación. Según reiteraron los participantes, el legado de cinco siglos de cultura inquisitiva es quizás uno de los problemas más serios que debe enfrentar la reforma penal en la región. En este escenario, se consideró que la vigencia del sistema penal de corte acusatorio requiere que los funcionarios judiciales –e incluso los usuarios del sistema– logren interiorizar y asimilar el marco jurídico que contiene los lineamientos de la transformación y sus fundamentos estructurales.

Los asistentes consideraron además que la situación de tensión entre el nuevo sistema penal y la cultura autoritaria dominante, aunque poco deseable, es en cualquier caso predecible, por lo que es importante prever esta realidad como variable al momento de valorar el estado de la reforma en cada contexto político, social y cultural.

viii) Cobertura mediática y procesos de contrarreforma

Los medios de comunicación son un aliado estratégico en los procesos de sensibilización y toma de conciencia que deben acompañar la vigencia de la nueva normativa. Así lo reconocieron los asistentes a los cursos en sus diversas ediciones. Pero tal vez su papel más polémico -en el marco de las reformas en la región- lo sugiera su desempeño como agentes transmisores de las voces que demandan elevar los índices de justicia y seguridad.

Esta estrategia de comunicación social que apela a las intuiciones más básicas compartidas por diferentes sectores de la sociedad, para instalar entre los ciudadanos demandas particulares de justicia y seguridad, fue especialmente debatida entre los participantes. Se llamó la atención sobre el impacto mediático de estas demandas sociales, que según se afirmó son fácilmente apropiadas por el discurso político con propuestas populares de contrarreforma -caracterizadas por el concepto de “mano dura”- basadas en el aumento de penas, de los índices de prisionalización, y en la creación de nuevos tipos penales. Al respecto, se destacó que este tipo de medidas sobrevaloran la idoneidad del ordenamiento penal para atender toda clase de conflictividad social, y generan un alto costo social e institucional.

En este escenario, se insistió que resulta imprescindible el diseño de una clara política criminal que procure la racionalización del sistema penal, que dé contenido a su vocación de *ultima ratio*. De lo contrario, según mencionaron algunos participantes, siempre será más rentable políticamente trasladar a los tribunales la responsabilidad de dar respuesta a las demandas de justicia y seguridad, demandas que en la mayoría de los casos resultan en la promoción de retrocesos legislativos, que desdibujan los propósitos de la reforma, y que están lejos de atender de manera integral las potenciales situaciones generadoras de conflicto en la sociedad, como lo constituyen las desigualdades sociales, agravadas por el sistema socioeconómico.

Retos impostergables de la reforma. Un acercamiento a las respuestas ineludibles que debe enfrentar el nuevo sistema penal

Las dificultades que persisten en la implementación de la reforma penal, según las revisiones críticas realizadas desde diferentes lugares de la práctica jurídica y los estudios académicos, al ser revisadas con el enfoque de otro lente pueden ser reconfiguradas en la identidad de los desafíos del nuevo sistema penal.

Dentro de los objetivos estratégicos de los proyectos de reforma -recurrentes en diferentes latitudes según coincidieron la mayoría de los participantes- podrían mencionarse dos en particular: 1) dotar de mayores garantías procesales a las partes dentro del proceso, de acuerdo con los estándares internacionales sobre la materia, y 2) la búsqueda de mayor eficiencia y eficacia procesal. La realización de estos propósitos se concreta sólo en la medida en que la nueva normativa cuente con la capacidad de enfrentar los retos que su implementación implica. Algunos de estos desafíos son los que se desarrollan brevemente a continuación.

i) Implementación de la oralidad en el sistema acusatorio

Cuando se plantea el tema de la reforma en la agenda pública, el principio de la oralidad es uno de los asuntos que más se visibilizan al caracterizarla. Según los asistentes, la tendencia de la nueva normativa penal a reemplazar los rigurosos formalismos escritos del tradicional sistema inquisitivo por formas de litigio oral -público y contradictorio-, se presenta como garantía de procesos más expeditos y transparentes. De esta forma, la oralidad se percibe como el elemento que potencia el desarrollo de los demás principios y garantías básicas que promueve el sistema acusatorio.

Por lo anterior, para los asistentes el alcance de la oralidad no se agota con la puesta en escena de una etapa oral dentro del proceso. Según se precisó, poco se avanza -y se desvirtúa la esencia del sistema oral- cuando su implementación se limita a la formalización de una audiencia pública que no es trascendente en la resolución de la disputa, cuando las decisiones sustanciales del juzgador se fundan principalmente en la documentación que obra en el expediente y no en lo expuesto en el debate de la audiencia.

La oralidad, según señalaron los participantes, además de constituir un referente paradigmático del proceso acusatorio, debe ser implementada de manera progresiva y debe acompañar el largo proceso de ajuste de la reforma. En este escenario se destacaron dificultades apremiantes como: elevar la inversión requerida en infraestructura –espacios físicos y equipamiento técnico- y mejorar la capacitación de funcionarios en sus nuevos roles.

ii) Métodos alternativos de resolución de conflictos

Se comentó con insistencia en los cursos sobre el aumento significativo de la conflictividad social. Se mencionó que estos conflictos se trasladan con mucha frecuencia al escenario judicial, situación que ha contribuido a la saturación del sistema y a la necesidad de considerar medidas alternativas o complementarias al proceso penal como estrategia para responder de mejor forma a la solución de disputas en la comunidad.

Aunque la incorporación en el catálogo penal de formas alternativas de resolución de conflictos es cada vez más frecuente, lo cierto para muchos de los participantes es que estas medidas han encontrado mayores reticencias en su implementación, a diferencia de lo que ocurre en otras áreas del derecho, como la laboral o la civil.

Lo anterior se evidencia, especialmente, en el debate que se suscita entre quienes insisten que estos mecanismos deben entenderse como una forma de resolución de conflictos complementaria al proceso penal, y no como un mecanismo dirigido a sustituirlo o privatizarlo. Este panorama permite identificar la dificultad que reviste la implementación de estos mecanismos en la práctica jurídico-penal.

Sobre el particular, se reitera la importancia de promover entre los operadores judiciales el uso frecuente y riguroso de dichas técnicas, como: la conciliación, la suspensión condicional del procedimiento, la reparación integral del daño y el pago de multas. Las expectativas sobre los beneficios que estos mecanismos ofrecen al sistema y a las partes sugieren la importancia de su aplicación oportuna en la resolución del conflicto.

iii) Derecho de la víctima a la participación en el proceso penal

Sobre la base del reconocimiento de los derechos de las víctimas en el litigio, los asistentes coincidieron en afirmar que los procesos penales reconfigurados a partir de los sustanciales cambios normativos de los años ochenta y noventa en América Latina incorporaron una participación más activa de la víctima. No obstante, se destacó que, como sucede con otros aspectos que caracterizan a la reforma, la sola consagración normativa no implica un cambio sustancial en la práctica jurídica, y en el caso de la participación de la víctima en el proceso los cuestionamientos no son pocos.

Según algunos de los asistentes, con frecuencia se desestima la conveniencia del nuevo rol atribuido a la víctima en la medida en que sus intereses –particularmente los pecuniarios referidos al resarcimiento del daño- parecen reducir los límites del interés público y evidencian el debate sobre la aparente privatización del derecho penal.

Se resaltó la importancia de avanzar en estas discusiones con los diferentes actores que intervienen en el proceso de reforma, para establecer expectativas razonables sobre la participación de la víctima en el proceso –que debe dejar de ser percibida como objeto de prueba-, y para dotar de mayor legitimidad a las transformaciones que incorpora el nuevo sistema penal.

iv) Participación ciudadana en la administración de justicia penal

Otro de los retos mencionados por los participantes es la incorporación del ciudadano común al proceso de administración de justicia. La posibilidad de que los ciudadanos asuman funciones de juzgamiento se ha desarrollado en algunos ordenamientos en la conformación de tribunales mixtos -integrados por jueces legos y jueces profesionales-, y en la regulación de una nueva jurisdicción delegada a los ciudadanos, que busca atender de manera pacífica e integral los conflictos de cuantías menores. Al respecto, se planteó que uno de los desafíos más complejos es motivar la participación ciudadana donde han sido regulados estos nuevos institutos.

Se insistió, además, en la importancia de legitimar las instituciones de la administración de justicia ante la sociedad, afectadas en algunos casos por el descreimiento que genera la saturación del sistema y por graves episodios de corrupción. Con el fin de lograr este propósito, se estimó oportuno fomentar el compromiso social y el interés por lo público. En todo caso, se observó que éstas no son tareas sencillas, debido a que el sentido de lo local, de lo comunitario, se desdibuja en contextos cada vez más internacionalizados.

En este contexto, se consideró que si bien se debe generar conciencia en la ciudadanía sobre la trascendencia de su papel en el fortalecimiento de la democracia, éste es un reto que excede los márgenes de la reforma penal, y que requiere el concierto de múltiples actores, pero no por ello es un desafío ajeno a su proceso de implementación.

v) Desarrollo de una contracultura acusatoria

La consolidación de una “cultura acusatoria” es fundamental para los asistentes de los cursos, con el fin de desplazar las prácticas inquisitivas anquilosadas en la mentalidad de un buen número de funcionarios de la administración de justicia. Al respecto, los asistentes coincidieron en que la implementación de la reforma requiere dirigir la atención a ciertas instituciones y prácticas del sistema acusatorio, que encuentran mayor resistencia en la cultura inquisitiva. En buena medida, las dificultades que se presentan en la implementación de la reforma se dificultan por la solidez de las prácticas inquisitivas y, a su vez, estas prácticas se consolidan ante las dificultades que se evidencian en los procesos de reforma.

Ahora bien, entre los aspectos más sensibles asociados al afianzamiento del proceso de reforma, se destacaron: a) la oralidad y el establecimiento de audiencias públicas y contradictorias, en las que se deben tomar las decisiones sustanciales del proceso y donde se debe presentar el mayor trabajo del juez; b) el desarrollo de mecanismos alternativos para la gestión de la conflictividad, que apropiados en mayor medida por los operadores judiciales permitiría afrontar de mejor forma la desbordada carga de trabajo en los despachos judiciales. Se insiste que la sobrecarga de trabajo en las oficinas judiciales es un factor que incide en el mantenimiento de prácticas propias del sistema inquisitivo; c) la orientación de la atención al contenido sustancial del proceso, antes que a las formas procesales, es otro tema que fue destacado en las intervenciones de los participantes. d) replanteamiento de la dinámica procesal a partir de la participación activa de la víctima en el proceso y su relación con los diferentes actores y e) el fortalecimiento de la defensa pública para que responda de manera eficiente a la demanda social que exige defensores públicos garantes del derecho de defensa del imputado, que privilegien su defensa técnica sobre las viejas prácticas del sistema.

Sólo en la medida en que se reconozca la complejidad de las dificultades referidas, propias de la implementación del proceso de corte acusatorio, será posible avanzar en la consolidación del nuevo sistema, a través del afianzamiento de una nueva cultura procesal entre los operadores judiciales.

vi) Racionalización de la intervención penal

El discurso dogmático del derecho penal ha desarrollado sin cortapisas la vocación de *ultima ratio* del “derecho a castigar”, concedido al Estado para dar respuesta a la conflictividad social. Es justamente este discurso el que, según los asistentes, fundamenta en buena medida la pertinencia de la reforma penal.

En este sentido, institutos como la participación ciudadana en la administración de justicia, la implementación de técnicas alternativas para la resolución de conflictos, el uso excepcional de la prisión preventiva, y los mecanismos alternativos a la pena de prisión, encuentran precisamente su base conceptual en la necesidad de racionalizar el sistema penal. Sin embargo, se insistió en que la práctica jurídica excede de lejos el marco normativo.

Se observó, además, que la tendencia del derecho penal a ampliar su radio de intervención, se ve condicionada por la tensión de derechos entre los ciudadanos, particularmente los relativos a la libertad y a la seguridad. La normativa de los procesos de contrarreforma penal, evidencian, según se expresó en diferentes sesiones de los cursos, la identificación de un enemigo social difuso, que se refleja en un derecho penal caracterizado por elementos represivos y punitivos.

Por lo anterior, el reto que debe afrontar la reforma penal al consolidar un equilibrio entre la protección de los derechos fundamentales y los reclamos de seguridad de la ciudadanía es decisivo. De esta manera, se consideró importante instalar en el debate público la cuestión referida al alcance de la reforma como estrategia para el cumplimiento de ciertas demandas sociales. Especialmente de aquellas que depositan en el derecho penal una responsabilidad sobredimensionada en el mantenimiento del orden social, y que desconocen la incapacidad de las penas para atender la profunda crisis de desigualdad y exclusión social que definen en buena medida la conflictividad en las sociedades latinoamericanas.

Notas finales¹⁷⁴

Lejos de pretender agotar los contenidos de los temas expuestos y discutidos por los asistentes a los cursos internacionales de capacitación en “*Reformas al Sistema de Justicia Penal en América Latina*”, este documento procura delinear las fronteras del análisis crítico que orientaron dichas jornadas. En este propósito, estas líneas constituyen sólo una referencia sucinta del profundo debate que se genera actualmente alrededor de la reforma al sistema de justicia penal en América Latina, como elemento sustancial en la consolidación de la democracia y del Estado de derecho.

Teniendo en cuenta la salvedad señalada en el párrafo anterior, y con el ánimo de invitar a la reflexión a partir de los temas destacados en estas páginas, es preciso mencionar algunos interrogantes que continúan latentes en las reformas sancionadas en los países del área y que son transversales a las modificaciones sustanciales que incorpora el sistema penal de base acusatoria. Algunas de estas inquietudes están relacionadas con la inversión que se requiere para activar el funcionamiento del sistema, y otras se refieren a la evaluación del impacto del nuevo proceso penal.

En cuanto a la inversión, se cuestiona con frecuencia cuál debe ser el monto de la apropiación presupuestal que requiere la reforma para entrar en marcha, de qué forma se pueden medir los resultados de dicha inversión, así como qué entidades deben asumirla y en qué medida. De otro lado, en cuanto a la evaluación del impacto y al alcance de la reforma, no ha sido fácil identificar los métodos y mecanismos de evaluación idóneos para este proceso.

¹⁷⁴ Las reflexiones generales contenidas en éste título reflejan la opinión de las relatoras, sobre la base de lo expuesto y discutido en las sesiones de los Cursos.

La dificultad en el diseño de un diagnóstico técnico de la implementación de la nueva normativa constituye uno de los quiebres de la transformación. Este obstáculo se relaciona estrechamente con la escasez presupuestaria que explica la adopción tardía de mecanismos tecnológicos innovadores en el poder judicial. Lo anterior permite entender en cierta medida la ausencia de procesos de evaluación que incorporen indicadores de gestión de los actores en el proceso, de manera que se pueda realizar un diagnóstico periódico de la reforma a partir de estos aspectos.

Si bien los procesos técnicos de evaluación son determinantes, éstos son sólo coordinadas que orientan el estado de la transformación y, en este sentido, no son definitivos para valorar con precisión un diagnóstico de la reforma. Avanzar en la implementación del sistema penal de corte acusatorio es un proceso de alta complejidad, que requiere una férrea voluntad política que le de solidez al nuevo marco normativo y que debe posicionarse en la agenda pública de manera que logre sensibilizar a la sociedad en general sobre su conveniencia.

En el sentido de lo expuesto, este es un proceso que debe redimensionarse, que no debe circunscribirse a la fecha de vigencia de una ley, sino que debe entenderse como un proceso de largo aliento, que debe instalarse en el debate público que, incluso debe permear la enseñanza universitaria de los programas de derecho y de las demás profesiones afines a la administración de justicia. Entender la reforma penal desde esta perspectiva más amplia es, en definitiva, un paso importante para legitimarla, para acercar a la opinión pública el discurso teórico mayoritario que avala la imperativa necesidad de desechar los moldes del sistema inquisitivo y de implementar un nuevo sistema penal en América Latina.

VIII. ANEXO

1. EXPOSITORES EN LOS CURSOS DE CAPACITACIÓN EN REFORMAS AL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN AMÉRICA LATINA (2005-2010)¹⁷⁵

EDGARDO AMAYA

Representante de la Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho (FESPAD), El Salvador

JAVIER ARGUEDAS

Consultor en Resolución Alternativa de Conflictos, Costa Rica.

DORIS MARÍA ARIAS

Jueza Penal, Costa Rica.

JOSE MANUEL ARROYO GUTIÉRREZ

Presidente de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica

SANTIAGO BARDI

Defensor Público Oficial, Argentina.

ALBERTO BINDER

Vicepresidente del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, Argentina.

ELIAS CARRANZA

Director del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD)

CARLOS CASTRESANA

Director de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG)

GUSTAVO CHAN

Profesor de la Universidad de Costa Rica

ALFREDO CHIRINO

Juez Penal, Costa Rica

FERNANDO CRUZ CASTRO

Magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica

FRANCISCO DALL'ANESE

Fiscal General Ministerio Público de Costa Rica

¹⁷⁵ Enumerados en orden alfabético y presentados con los cargos que detentaban para el momento en que participaron en los respectivos cursos.

GERMÁN GARAVANO
Fiscal General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina

SERGIO GARCÍA RAMIREZ
Presidente Corte Interamericana de Derechos Humanos

SATOKO IKEDA
Profesora del Instituto de las Naciones Unidas para Asia y el Lejano Oriente para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (UNAFEI)

KAYO ISHIHARA
Profesora del Instituto de las Naciones Unidas para Asia y el Lejano Oriente para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (UNAFEI)

ADRIANA LANDER OSÍO
Coordinadora Técnica del Proyecto, ILANUD

DIANA MONTERO MONTERO
Defensora Pública, Costa Rica

LUIS PAULINO MORA
Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica

MARTHA IRIS MUÑOZ
Jefa de la Defensa Pública de Costa Rica

JUAN NAVARRETE
Director de Instituciones Públicas del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH)

LUIS NIÑO
Juez Penal de la República Argentina

TOMOYUKI NOGE
Profesor del Instituto de las Naciones Unidas para Asia y el Lejano Oriente para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente UNAFEI

CARLOS NÚÑEZ
Juez Penal, Costa Rica

JUN OSHINO
Profesor del Instituto de las Naciones Unidas para Asia y el Lejano Oriente para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente UNAFEI

JUNICHIRO OTANI
Profesor del Instituto de las Naciones Unidas para Asia y el Lejano Oriente para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente UNAFEI

ANA SELENE PINEDA
Experta Asociada, ILANUD

JENNY QUIRÓS CAMACHO
Jueza Penal, Costa Rica

LUIS RAMÍREZ GARCIA
Director de Incidencia Política del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala (ICCPG).

MARÍA FERNANDA RODRÍGUEZ
Secretaria de Acceso a la Justicia del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina

VÍCTOR RODRÍGUEZ
Consultor del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH)

ALEJANDRO ROJAS
Sub Jefe de la Defensa Pública de Costa Rica

CRISTINA ROJAS
Experta Asociada, ILANUD

RAFAEL RUIZ MENA
Secretario General de Profesionalización y Extensión del Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), México

LINETTE SABORÍO CHAVERRI
Ex Vicepresidenta de la República de Costa Rica

JOSE SAEZ CAPEL
Juez Penal de la República Argentina

IICHIRO SAKATA
Profesor del Instituto de las Naciones Unidas para Asia y el Lejano Oriente para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (UNAFEI)

KEISUKE SENTA
Profesor Instituto de las Naciones Unidas para Asia y el Lejano Oriente para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, UNAFEI

TAKESHI SETO
Profesor Instituto de las Naciones Unidas para Asia y el Lejano Oriente para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, UNAFEI

RODOLFO SOLÓRZANO SÁNCHEZ
Defensor Público, Defensa Pública de Costa Rica

HARUIKO UKAWA
Profesor Instituto de las Naciones Unidas para Asia y el Lejano Oriente para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, UNAFEI

IRVIN WALLER
Profesor de la Universidad de Ottawa, Canadá

FUMIHIKO YANAKA
Profesor Instituto de las Naciones Unidas para Asia y el Lejano Oriente para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, UNAFEI

2. FUNCIONARIOS Y FUNCIONARIAS DE CADA PAÍS QUE PARTICIPARON EN CADA UNA DE LAS EDICIONES DEL CURSO INTERNACIONAL DE CAPACITACIÓN EN REFORMAS AL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN AMÉRICA LATINA (2005-2010)

Participaron en el año 2005. Por Argentina: Santiago Bardi (defensor), Ariel Lijo (juez) y Adrián Marchisio (Procuración General). Por Bolivia: Nelma Tito (jueza), Gilbert Muñoz (fiscal) y Víctor Cuéllar (defensor). Por Costa Rica: Jenny Quirós (jueza), Diana Montero (defensora) y Fabricio Wong (fiscal). Por Ecuador: Mauricio Jaramillo (Judicatura), Marlene Mazini (defensora) y Diego Zalamea (fiscal). Por El Salvador: Carlos Linares (juez), Humberto Pérez (defensor) y Deisi Posada (fiscala). Por Guatemala: Amada Guzmán (jueza), Pedro García (defensor) y Byron Durán (fiscal). Por Honduras: Roxana Morales (jueza), Rebeca Saravia (defensora) y Joel Serrano (fiscal). Por Nicaragua: Cela Corrales (jueza), Rafaela Romero (defensora) y Stephanie Pérez (fiscala). Por República Dominicana: Claudio Medrano (juez), Yáskara Vargas (defensora) y Vielka Calderón (fiscala). Por Venezuela: René Moros (jueza), Daniel Ramírez (Defensa Pública) y Adrián Gelves (fiscal).

Participaron en el año 2006. Por Argentina: Sergio Paduczak (defensor), Alejandro Castellanos (juez) y Marcelo Solimine (fiscal). Por Bolivia: Julia Parra (jueza), Milton Montellano (fiscal) y Nancy Aguirre (defensora). Por Costa Rica: Aisen Herrera (juez), Federico Campos (defensor) y Juan Carlos Cubillo (fiscal). Por Ecuador: Jaime Alvear (juez), Elizabeth Gonzaga (defensora) y María Catalina Castro (fiscala). Por El Salvador: Sergio Márquez (juez), Rosa Ortiz (defensora) y Herbert Herrera (fiscal). Por Guatemala: Augusto López (Magistrado), Alvaro Sontay (defensor) y Silvia Ruiz (jueza). Por Honduras: Esteban Quevedo (juez), María Paulina Pérez (defensora) y Sobeida Zapata (fiscala). Por Nicaragua: Carlos Martínez (Corte Suprema), Jeanet González (defensora) y Elmer Reyes (fiscal). Por República Dominicana: José Taveras (juez), Aylín Corsino (defensora) y Amado Rosa (fiscal). Por Venezuela: Jesús Ollarves (juez), Sandra Kassis (defensora) y Dizlery Cordero (fiscala).

Participaron en el año 2007. Por Argentina: Silvia Martínez (defensora), Gustavo González (juez), María Tolomei (fiscala) y Santiago Marino Aguirre (defensor). Por Bolivia: Mariana Montenegro (jueza), Jaquelin Ponce (fiscala) y Christian Ponce (Ministerio de Justicia). Por Costa Rica: Douglas Rivera (juez), Rodolfo Solórzano (defensor) y Raymond Porter (fiscal). Por Ecuador: Daniella Camacho (fiscala), Enrique García (juez) y Hitler Beltrán (juez). Por El Salvador: Carlos Calderón (juez), Mercedes Cisneros (defensora) y Juan Carlos Fuentes (Fiscalía General). Por Guatemala: Patricia Gámez (Jueza), Edgardo Ruano (fiscal) y Blanca Beteta (defensora). Por Honduras: Miguel Pineda (juez), Gina Sierra (Fiscalía General) y María del Carmen Zavala (defensora). Por Nicaragua: María del Rosario Ibarra (jueza),

Donald Sosa (defensor) y Vanessa Cordero (fiscal). Por República Dominicana: Narciso Acosta (juez), Ramona Curiel (defensora) y Clara Zapata (fiscal). Por Venezuela: Silvia Fernández (jueza), Mónica Hidalgo (Defensa Pública) y Jairo Escalante (fiscal).

Participaron en el año 2008. Por Argentina: Gustavo Kollman (defensor), Jorge Rimondi (juez) y Sandro Abraldes (fiscal). Por Costa Rica: Carlos Núñez (juez), Raymundo Pérez (defensor) y Alfredo Araya (fiscal). Por El Salvador: Wilfredo Sagastume (juez), Delmy Cabrera (defensora) y Francisco Vides (Fiscalía General). Por Guatemala: Vitalina Orellana (Jueza), Sonia Montes (fiscal) y Mariela González (defensora). Por Honduras: Danelia Ferrera Turcios (Fiscalía General), Gladis Alejandra Ochoa Sierra (Jueza), y Reyna Suyapa Sánchez Espinoza (defensora). Por Nicaragua: Sergio Cuarezma (Magistrado), Mailing Zeledón (defensora) y Suhey Fúnez (fiscal).

Participaron en el año 2009. Por Argentina: Matilde Bruera (defensora), Roberto Ares (juez) y Aníbal Brunet (fiscal). Por Costa Rica: Mayra Capos (fiscal) y Víctor Cruz (defensor). Por El Salvador: Jacqueline Orellana (jueza), Víctor Luna (fiscal) y Lilian Portillo (defensora). Por Guatemala: Ricardo León (fiscal), Rosa María Taracena (defensora) y Carol Berganza (jueza). Por Honduras: Omar Galeano (defensor), Edgar Lanza (defensor) y Marcio Cabañas (fiscal). Por Nicaragua: Dolores Barquero (juez), Milagros Cuadra (fiscal) y Nelson Cortéz (defensor). Por México: Sara Martínez y Luis Crespi

Participaron en el año 2010. Por Argentina: Mariano Alberto Scotto (Juez), Martín Losada (Fiscal), Cristian Edgardo Barritta (Defensor). Por Costa Rica: Marlene María Mendoza Ruíz (Jueza), Silvia Carmona Rivas (Fiscal), Milton Enrique Castro Serrano (Defensor), Paula Ximena Dobles Trejos, (Cátedra Latinoamericana Alessandro Baratta), Por El Salvador: Carlos Ernesto Sánchez Escobar (Juez), María Zenaida Rivera Gómez (Fiscal), María Rosmery Ayala Rivas (Defensora). Por Guatemala: Yaquelin Alejandra Azmitia Poroj (Fiscal), Ingrid Yvonne Garzaro Porres (Defensora). Por Honduras: Marta Marlene Murillo Castro (Jueza), Elky Griselle Alvarado Medina (Fiscal), Jeny Marisol Pérez Girón (Defensora). Por Nicaragua: Frank Rodríguez Alvarado (Juez), Soraya Ramírez Hernández (Fiscal), Ligia Consuelo Cisneros Chávez (Defensora). Por México: Francisco Galván González (Gobierno de México), José Ángel Yuen Reyes (Secretaría de Gobernación)

3. PERSONAL DE APOYO DEL ILANUD

XENIA VILLALOBOS ROJAS

Asistente de la Dirección

LUCINIA CORDERO CALDERÓN

Asistente de la Dirección

VICTOR CHAVES SÁNCHEZ

Cómputo y Teleproceso

ANDREA MÉNDEZ MONGE

Contadora

YORLENY RIVERA HERNÁNDEZ

Oficial de Sala