

DEMOCRACIA Y ADMINISTRACION DE JUSTICIA PENAL EN IBEROAMERICA

Los proyectos para la reforma del sistema penal

JULIO B. J. MAIER*

1. DERECHO PENAL Y ORGANIZACIÓN POLÍTICA

A. Las organizaciones sociales

Es un lugar común, una verdad de Perogrullo, afirmar que el Derecho penal —en verdad todo el orden jurídico—, su contenido y los juicios de valor de los que derivan sus reglas¹ están íntimamente ligados a la forma de organización política imperante en un tiempo y un lugar determinados. Esa verdad autoevidente tiene, sin embargo, un significado especial en Derecho penal, pues, como veremos, la misma existencia de mandatos y prohibiciones, sostenidos por la amenaza de la coacción penal estatal, depende de una organización política determinada.

La afirmación, inclusive, tiene su repercusión específica en el sistema judicial creado para realizar las normas penales, pues es en esa rama del Derecho, el Derecho procesal penal y de la organización judicial, cuyas reglas crean las funciones judiciales y prevén su forma de operar, allí donde el vínculo con la forma de organización política, con la idea

* Universidad de Buenos Aires

¹ Kaufmann, Armin, *Lebendige und Tote in Bindungs Normenlehre*, Otto Schwartz, Göttingen, 1964, Cap. 2º, B, II, pá. 69 y sigs.

logía vigente, se nota más claramente, más "a flor de piel" que en las otras ramas jurídicas, como alguna vez expresé².

Esquemáticamente, la evolución de las organizaciones políticas se sintetiza, en sucesión histórica y sin pretensión analítica alguna, distinguiendo dos o tres niveles de sociedades, con los rasgos fundamentales siguientes: la *sociedad primitiva* o *arcaica*, estructurada alrededor de grupos parentales que viven en un territorio próximo a todos ellos (vecinos), cuyo rasgo principal es la *carencia de una instancia política central* y cuyos habitantes (al menos los plenamente capaces) ejercen reunidos las facultades del poder político, cotidianamente; la *sociedad culturalmente avanzada*, que logra la formación de ese poder político centralizado, el *Estado*, del cual son súbditos los habitantes que viven al amparo de esa organización, en un territorio mayor, alejados del ejercicio del poder político cotidiano y cuyo orden no se funda en la vecindad, sino, antes bien, en reglas más o menos universales, dictadas o aceptadas por el poder político central creado; y, por fin, la *sociedad moderna*, en la cual los súbditos han recuperado parcialmente, en alguna medida, su capacidad política (por representación), para transformarse de súbditos del Estado en ciudadanos, cuyo poder político se organiza sobre la base de reglas jurídicas más o menos rígidas, que suponen autorizaciones (competencia, facultades) y limitaciones de ese poder para quien lo ejerce, y cuyas reglas de orden están fundadas en acuerdos racionales entre los interesados³.

B. Los sistemas de solución de conflictos sociales

Como la misma distinción evolutiva sugiere, a cada una de esas organizaciones políticas corresponden formas distintas de solución de los conflictos sociales. En la *sociedad pri-*

² Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal argentino*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, T. 1b, p. 17 y sigs.

³ Cf. Stratenwerth, Günter, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, C. F. Müller, Heidelberg-Karlsruhe, 1977, traducido al castellano por Bacigalupo, Enrique y Zugaldía Espinar, Agustín, en *El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad*, Instituto de Criminología, Univ. Complutense de Madrid, Madrid, 1980, p. 87.

mativa cada conflicto provoca la necesidad de restablecer el orden anterior, el *status quo ante*, y supone un apartamiento del autor de su grupo parental. Desde el punto de vista material, lo importante es suprimir las consecuencias de la acción conflictiva mediante el regreso a la situación anterior a ella (modernamente: reparación natural o simbólica). Desde el punto de vista del procedimiento, los protagonistas del conflicto (modernamente: víctima y victimario), en ocasiones su parentela inmediata (tribu), son los encargados de realizar esa tarea, que, si no se lleva a cabo satisfactoriamente, desemboca en la lucha (la guerra) entre los contendientes. No sólo existen, como paradigma, ejemplos históricos de estas sociedades y formas de solución de conflictos, tales como el Derecho germano antiguo, el Derecho foral (feudal), sino que, además, contamos con ejemplos modernos de organizaciones carentes de un poder político central vigoroso, cuyos individuos (sujetos de derechos) respetan y acuden a esta forma de solución de los conflictos: piénsese en el Derecho internacional público y en los conflictos entre Estados, que, o bien son solucionados por acuerdos entre ellos, tendentes a refundar el orden pacífico de convivencia, o bien generan una guerra, en el sentido actual de esta expresión. Nuestros propios países son, en la historia moderna, ejemplo de ello.

El nacimiento del Estado marca el arribo de una nueva forma de solución de conflictos. Como el poder político, ahora centralizado y vigoroso, monopoliza la violencia legítima, soluciona también él los conflictos sociales, sin permitir que se arribe a la lucha entre los contendientes. Desde el punto de vista material, la lesión de las reglas de organización y convivencia representa desobediencia al poder o a quien lo encarna (el Papa o el monarca); nace la coacción estatal y, con mayor propiedad, en la rama del Derecho que nos interesa, la pena estatal, muy ligada a los principios de la moral dominante. Desde el punto de vista del procedimiento, nace una organización estatal específica, encargada de reaccionar directamente en estos casos, y los protagonistas del conflicto pierden su importancia: su voluntad nada soluciona, al menos en los casos en los cuales la acción conflictiva pone en peligro la paz entre los súbditos y la forma concreta que adopta la organización social. Arriba la Inquisición, custodio del orden y encargada de reprimir el desorden mediante la pena, para restablecer de esta manera el orden (jurídico) conculcado.

El Estado moderno no se aparta de este rumbo, aunque lo defina mejor y repare en los ciudadanos individuales. Desde el punto de vista material, hoy se pretende que la ley defina previamente los conflictos sociales que pueden conformar un caso penal, produciendo así una neta separación —al menos formal, aunque desanda políticamente en sentido material— entre Derecho y moral, y también las consecuencias coactivas. Desde el punto de vista del procedimiento que intenta realizar esas normas de conducta, las reglas jurídicas buscan, después de aceptar la reacción estatal directa, como método ordinario de realización del poder penal del Estado, acotar ese poder y reconocer en el individuo un derecho de resistencia a la persecución penal.

C. Conclusión

De este repaso histórico sintético se puede extraer varias conclusiones. En primer lugar, cuando hablamos de Derecho penal o de sistema penal, comprendidos allí todos sus segmentos (Derecho penal, procesal penal y de la ejecución penal), en el sentido propio con el que empleamos estas expresiones, estamos mentando una realidad histórico-cultural contingente, producto de una de las formas de asociación política entre las personas, que no existió siempre, al menos como sistema principal de reaccionar frente a conflictos sociales⁴, y que, inclusive, puede dejar de existir en el

⁴ La afirmación supone cortes diacrónicas, como forma de exponer los períodos históricos según el sistema ampliamente dominante, que desplaza a otros, sólo aplicables, en su caso, por excepción. Si se tratara de cortes sincrónicas quizás podríamos observar cómo, en sistemas yuxtapuestos, funcionando a un mismo tiempo, alguno dominante y los demás desplazados a áreas marginales o excepcionales del orden jurídico, o, también, mixturas coordinadas de varios de ellos, producto de compromisos políticos coyunturales.

Hoy en día, inclusive, como herencia del período feudal, coexisten, al lado de los delitos llamados de acción pública, porque son perseguidos directamente por el Estado, los llamados delitos de acción privada y hasta los dependientes de una instancia particular o gubernamental, que suponen un mayor o menor gobierno de la persecución penal y de la pena por la voluntad de los ofendidos. También en el Derecho privado, en el cual la

future, por más remoto que sea el vaticinio. Precisamente, aquello que hoy, propiamente, llamamos Derecho penal, nace aproximadamente en el siglo XIII, con la formación de los poderes políticos centralizados, primeramente en el seno de la Iglesia católica romana y luego con la formación de los Estados nacionales y el desplazamiento de la organización feudal. Por supuesto, la desaparición del sistema penal dependerá de una profunda modificación de la asociación política entre los hombres, de un movimiento similar, pero de sentido inverso²; el vaticinio, por alejado que esté de convertirse en realidad, no es, sin embargo, ridículo frente a realidades tales como el desprestigio de la pena estatal y del Estado-nación como forma de asociación política³.

relación se invierte, existen infracciones o reglas de conducta, cuyas consecuencias son realizables públicamente, mediante acción directa de los órganos del Estado, que desplazan o privan de valor a la autonomía de la voluntad de los individuos en conflicto; los impedimentos absolutos para contraer matrimonio y la invalidez del matrimonio contraído con violación de esas reglas, por una parte, y las declaraciones necesarias de incapacidad de las personas y el discernimiento del representante, por la otra, son ejemplos de ello en la mayoría de los ordenes jurídicos.

El sistema de enjuiciamiento penal que rige en los países de Europa continental, después de la reforma integral del siglo XIX ha sido denominada, con alguna razón, como *morta*, pues supone un compromiso que respeta las reglas fundamentales de la inquisición, pero incorpora formas de realización acusatorias (con más propiedad: sistema inquisitivo reformado); hasta en los EE.UU. rige, genéricamente, una acción similar, pero de sentido contrario, que modifica el sistema anglosajón tradicional.

² No se trata de una causalidad el hecho de que los abolicionistas piensen en una sociedad diferente, cual siempre en una asociación local, de perímetros reducidos (vecindad); cf. Christie, Nils, "Los conflictos como pertenencia", traducción de "Conflict as property", publicado en *The British Journal of Criminology*, vol. 17, n° 1, enero de 1977, por Bovino, Alberto y Guariglia, Fabrizio, en *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, pp. 178 y sigs.

³ La pena estatal, en especial la privación de libertad, centro del sistema, escasamente aporta los embates de la filosofía social y de la sociología, inclusive de aquella de fuerte contenido fundado en las ciencias empíricas, pues los fines especulativos que se pregunta para justificarla o legitimarla, las diversas teorías preventivas-especiales o generales, positivas o negativas, sobre los fines de la pena, no consiguen apoyo experimental o verificación empírica, sino, por lo contrario, la investigación, incluida la filosófica, la político-social y la criminología empírica las ha negado, antes bien, en puntos esenciales, necesidades de fundamentación o de verificación, para estas teorías. Sobre las teorías preventivas de la pena, fundamentalmente en sentido crítico, conviene estudiar el contenido de la

Estado y Derecho penal —o sistema penal— son, así, realidades culturales consustanciales, que se implican. Precisamente el nacimiento del Estado, con su oposición a las formas de organización social locales y la conversión en súbditos de un poder político soberano de aquellos que antes convivían en vecindad, según sus propias reglas, explica la aparición en escena del Derecho penal y de la pena estatal, su símbolo, vía y método de control social directo, con prescindencia de la voluntad particular como forma de excitación de la persecución penal y creación de la persecución penal pública, para aquellos comportamientos que atentan contra la forma de

revista *Poder y control*, n° 0, Ed. PPU, Barcelona, 1986. Sobre la autorreferencia de la justificación a las decisiones sobre la existencia de las reglas del sistema, Rosta, Elgig, *La desmesura de los sistemas penales*, traducción de Bergalli, Roberto, con la colaboración de Siveira, Héctor C. y Domínguez, José L., p. 137 y sigs. Sobre los problemas de diverso orden cognoscitivo que encierra la pregunta acerca de la pena estatal y sobre la confusión de planos ontológicos que encierran las respuestas y las críticas a ellas, Ferrajoli, Luigi, *El Derecho penal mínimo*, traducción de Bergalli, Roberto, con la colaboración de Siveira, Héctor C. y Domínguez, José L., p. 25 y sigs. Acerca de la disfunción de la teoría —“fantasma teórico”— con la praxis concreta, Paul, Wolf, *Explosión y crisis de las teorías prevencionales de la pena*, p. 59 y sigs. Con un principio de aclaración, Haasemer, Winfried, *Prevención en el Derecho penal*, en especial, p. 110 y sigs. Sobre una crítica acerca del colapso de las teorías que legitiman la pena estatal y, a través de ella, el sistema penal en su conjunto: Baratta, Alessandra, *Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del Derecho penal*, traducción de Neguts, Javier, revisada por Bergalli, Roberto, p. 77 y sigs. Más allá de ello, para una visión sintética de la perspectiva abolicionista, Beving, Alberto, “La víctima como preocupación del abolicionismo penal”, en *De los delincuentes y de las víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, p. 361 y sigs. La crisis del Derecho penal y de la pena privativa de libertad, desde un punto de vista más jurídico y tradicional, en Jeschek, Hans-Heinrich, *La crisis de la política criminal*, traducción de Maier, Julio B. J., en *Doctrina penal*, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 45 y sigs.

Por lo demás, el Estado-nación se ve desafiado, por una parte, por movimientos localistas que buscan un retorno a su antigua independencia y, por la otra, por asociaciones supranacionales, reuniones de Estados, con menor contenido de poder político centralizado; pero, quizás, el desafío más vigoroso parte de asociaciones privadas, incluso supranacionales, que no necesitan de territorio ni de símbolos para almacenar poder, especialmente económico, o, al menos, el territorio y los símbolos no son un elemento fundamental de ellas, asociaciones que, regularmente, ya no se sostienen —o no necesitan sostenerse— a la ley estatal y al sistema de justicia estatal para solucionar sus conflictos.

organización social establecida o contra la paz social entre los súbditos. Por ello no resulta exagerado tratar a los conceptos *Estado*, *Derecho penal*, *pena estatal* y *persecución penal pública* casi como sinónimos o, al menos, como conceptos que se implican.

Finalmente, según se observa, ya no se trata, por lo menos en primer lugar, de hallar un método de solución de conflictos sociales entre los protagonistas reales del conflicto social base del caso, sino, antes bien, de una forma de crear un nuevo conflicto, mediante su "estatalización": el conflicto ahora se constituye entre el autor y el Estado. El Derecho penal pasa a constituir, antes que una forma de solucionar un conflicto social, una forma de ejercicio del poder político; crea un nuevo poder, el *poder penal del Estado*, máxima expresión de la violencia legitimada por el orden jurídico, representada esencialmente por la *pena estatal* –y, también, por otras autorizaciones coercitivas, incluso procesales–, que desplaza a la voluntad de los protagonistas del conflicto, para realizarse por sí mismo, y a las formas naturales de solucionario racionalmente entre ellos, al punto de inhibir esa solución⁷.

2. IBEROAMÉRICA

A. *La herencia cultural: conquista y colonización*

Se califica regularmente a los países americanos como *países jóvenes*, por el hecho de que nacieron a la vida política independiente hace sólo dos siglos o algo menos, en la mayoría de los casos. Tal calificación, sin embargo, no significa

⁷ Sobre el desplazamiento de la víctima y del autor, como factores de solución del conflicto social, la expropiación de sus derechos para arribar a una solución concertada, sobre la restitución al *status quo ante* como forma ideal de solución de los conflictos y sobre el ingreso de la víctima y de estas soluciones al sistema penal, ver los diferentes artículos del libro *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992; además, Maier, Julio B. J., "Entre la inquisición y la composición", en *No hay derecho*, Buenos Aires, junio de 1992, tomo 2, n° 8, p. 28.

—según algunos piensan al extender el apelativo en un sentido erróneo— que nacieron a la vida política *sin historia*. Todo lo contrario, otra es la realidad y esa realidad se vincula, en último término, con el avance y la extensión de la civilización judeo-cristiana a territorios y gentes para ella desconocidos.

La América antigua, precolombina, carecía, en general, de contacto con otras civilizaciones, por su ubicación geográfica y los accidentes naturales que se interponían entre ella y los demás continentes. Desarrolló, así, sus propios sistemas socio-políticos, cuyo desenvolvimiento abortó, abruptamente, la civilización europea conquistadora, que, con la colonización, impuso sus propios esquemas de organización política y jurídica. Para el sistema penal oficial —y éste, según veremos, es el único que interesa—, entonces, han carecido de importancia los sistemas de solución de conflictos que practicaban nuestros indígenas.

Guste o disguste, la historia política y jurídica latinoamericana actual es una continuación de los esquemas socio-políticos de Europa continental, introducidos por los pueblos hispano-lusoparlantes, conquistadores del territorio que hoy llamamos Iberoamérica o, más modernamente, Latinoamérica.

El sistema judicial no podía escapar de esa caracterización general. La historia de los sistemas judiciales de Iberoamérica muestra perfectamente, en su diseño, la situación descripta. Particularmente, la América hispana recibe de sus colonizadores todo el modelo de organización judicial y las formas operativas de resolver conflictos sociales, cuyas bases políticas responden a los problemas y a las soluciones que la convivencia y la organización social planteaban en la metrópoli.

España vivió, durante la conquista y la colonización americanas, la época de afirmación de la forma de organización política conocida como *Estado-Nación*, que, sintéticamente, generó, por primera vez en la historia, un poder político central vigoroso y personalizado (el *absolutismo*), antes inexistente, alejado considerablemente de los súbditos, a quienes regía por subordinación, personas que no participaban del poder, ni de su creación, ni de su ejercicio; tal poder político central gobernaba un territorio vasto y, como hemos visto, desplazó a las organizaciones locales, vecinales, del

ejercicio del poder de decisión sobre la vida en común. Las reglas de convivencia, como es sabido, fueron impuestas desde el poder político central creado, que apeló a los vestigios de un Derecho pensado como universal, el Derecho Romano imperial, conservado y desarrollado por los entonces recientes templos del saber, las universidades, y, especialmente, por la elaboración práctica de la Iglesia romano-católica, cuando ella adquirió vocación universal⁸. Un Derecho culto, "científico", reemplazaba así al Derecho foral, local y costumbrista, de extracción popular, en cierta manera (usos y costumbres con vigencia en el lugar⁹). Se trata del fenómeno conocido como *Recepción del Derecho romano-cánónico* en Europa continental, que comienza su desarrollo en el siglo XIII de la era cristiana.

Inquisición es el nombre con el cual se conoce, universalmente, todo el sistema penal y judicial correlativo a ese tipo de organización política.

No interesa ahora el estudio de las causas de este fenómeno cultural y político, algunas de ellas muy a la vista.

Interesa, en cambio, la caracterización del sistema judicial. Él reproduce, conforme al modelo político, una organización centralizada, jerárquica al extremo, de los cuerpos de decisión (tribunales), con base en el control interno de las decisiones que ellos emiten, al punto de que sus tribunales superiores no distinguen claramente el control sobre los funcionarios o sobre los órganos inferiores, del control (examen) sobre la decisión, sobre la solución del caso en miras a la finalización del conflicto social que conforma su base. Se trata de una organización claramente burocrática, no sólo porque el poder se delega desde su cúspide hacia los funcionarios inferiores, por escalones, con funcionarios que devuelven el poder delegado a sus superiores para posibilitar

⁸ Cf. Gattel, Raymond, *Historia de los ideas políticas*, trad. González García, Teodoro, Labor, Barcelona, 1939, T. I, VII, p. 217 y sig.; Menéndez Pidal, Ramón, *Idus imperial de Carlos V*, 3ª ed., Espasa Calpe, Buenos Aires, 1948, p. 20.

⁹ Vélez Marizonda, Alfredo, *Derecho procesal penal*, Lerner, Buenos Aires, 1969, T. I, cap. III, p. 93 y sigs.; Halls, Faustin, *Traité de l'instruction criminelle*, 10ª ed., Plon, Paris, 1866, T. I, cap. 11, p. 225 y sigs.; Bazelin, A., *Histoire de la procédure criminelle en France*, L. Larocq et Feraud, Paris, 1882, Première partie, Titre deuxième, cap. 2, p. 88 y sigs.

el control de su ejercicio, sino, además, porque esos cuerpos de decisión están integrados siempre por funcionarios del Estado, a su servicio para ejercer el poder, no al servicio de las personas particulares que viven bajo el poder político del Estado (sus súbditos). La administración de justicia, en especial la penal, dista de ser un servicio para la población y sus problemas (conflictos); es, en verdad, parte de la administración del poder y, como tal, parte de la administración estatal.

Esa organización, conforme a sus fines —la afirmación del poder central y el control social de sus súbditos, en lugar de la solución de conflictos interindividuales—, modifica abruptamente la manera de operar vigente con anterioridad: transforma el procedimiento, de un juicio oral y público, en una encuesta o investigación escrita y secreta (para su éxito), que inicia el propio inquisidor, de oficio, sin atención ni ligamen alguno a la voluntad de la víctima real, conforme sólo a las necesidades del poder estatal (transformado en pena estatal, pleonazgo evidente), encuesta cuyo resultado, obtenido a partir de los registros que el inquisidor (juez) lleva a cabo sobre su actividad (actas), determina la “solución” del caso. Vale la pena acentuar que la víctima real, concreta, desaparece tras la persecución penal oficial, inservible su voluntad por expropiación de todas sus facultades —y las del autor— para operar la reacción y dar solución al caso, y objetivado su interés tras la construcción que, con el tiempo, los penalistas se encargarían de llamar bien jurídico.

Pues éste es, en apretada síntesis, el sistema penal que España lega a sus colonias. Las *Partidas del Rey Sabio*, a través de la Nueva y, quizás, de la Novísima Recopilación¹⁰, el instrumento legal que sirvió de texto al legado. Algunos se asombran al comparar, por la similitud con los principios organizativos y operativos que rigen hoy la organización judicial y el procedimiento hispanoamericano; más se asombrarían aún si compararan textos legales. Es por ello que no me parece del todo exagerada la sentencia —llegada a mí por vía de la tradición oral— que se atribuye a un profesor español, al visitar un país hispanoamericano en fecha reciente y obser-

¹⁰ Cf. Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal...*, op. cit., T. Ib, § 5, D, 4, ps. 65 y sigs.

var su sistema judicial, señalando que aún rigen, básicamente, las famosas *Partidas* del sabio rey.

B. La independencia americana

1. La transformación liberal y su repercusión

No expreso nada que deba ser probado cuando afirmo que los criollos, se proclamaron libres e independientes del absolutismo español, más general aún, del poder político que desarrolló la conquista y colonización de América, para formar sus gobiernos propios, al ritmo de una transformación profunda de la organización del poder político y de sus formas de operar, grito de rebeldía que, incluso, salvo el caso de la Unión Americana del Norte¹¹, no respondía a ideales y principios culturales propios, formados y desarrollados en las colonias, sino adquiridos de otras naciones y, precisamente, adoptados, aun parcialmente, del desarrollo cultural y político de aquellos pueblos que determinaron la conquista y la colonización americana, de los que ellos provenían.

Receptores, como se ha visto, de la tradición jurídica europea, a través de la conquista y la colonización americana, los diversos países de América no fueron ciegos ni sordos respecto del desarrollo de las ideas políticas en la metrópoli. En especial, no fueron ciegos ni sordos a la revolución liberal de fines del siglo XVIII, contra el absolutismo, extendida por toda Europa continental en el siglo siguiente. Esa revolución los alcanza, al punto de que tiene en los EE.UU. de (Norte) América a uno de los paladines del "nuevo orden", paradigma de la formación y de la organización

¹¹ Se admite, generalmente, que la Constitución de los EE.UU. de (Norte) América deriva, en gran parte, de las instituciones jurídicas inglesas (cf. González, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, Estrada, Buenos Aires, 1983, ps. 37 y sigs.), de las llamadas "Cartas", como, por ej., la Magna Carta del Rey Juan (1215), la Petición de Derechos (1626), la ley de Hábeas Corpus (1679) y el Bill de Derechos (1689). Sin embargo, no se puede dejar de reconocer que la Constitución de los EE.UU. y sus precedentes, por ej., la Constitución de Virginia, constituyen uno de los dos soportes originarios del Estado de Derecho, en el que desemboca la revolución liberal burguesa de fines del siglo XVIII y siglo XIX.

política de los nuevos estados americanos: se trata, como se sabe, de una de las causas políticas directas de las revoluciones hispanoamericanas, promotoras de la independencia de esos países del reino de España. La *república representativa* reemplaza a la organización monárquica absolutista y preside la creación y constitución de todos los países americanos; tanto es así, que, en los de tradición hispánica, la transformación se refleja, orgullosa, en el mismo nombre de los nuevos países.

Sin embargo, a contrario de lo que comúnmente se predica, la República parlamentaria, emergente de la revolución liberal, no significó el nacimiento de una forma absolutamente nueva de organización social, de un "nuevo orden" total, según, inclusive, pregonaron sus líderes; no vino con ella al mundo una nueva forma de asociación política, a semejanza de aquello que significó, por ejemplo, tras largos siglos de marchas y contramarchas, la creación de los Estados nacionales, bajo la forma de la monarquía absoluta, en la última parte de la Edad Media y en la Edad Moderna. Ella, apelando a una metáfora, no fue un estallido volcánico de tal magnitud que cambiara por completo la topografía política, íntegramente, sino, antes bien, un movimiento sísmico vigoroso que, dentro del mismo sistema de organización social estatal, provocó, sin duda, algunos efectos notables en esa topografía política. Con ello quiero indicar, sintéticamente, que las bases organizativas del Estado-nación subsistieron y, con él, un poder político central ciertamente alejado de los ciudadanos bajo su gobierno, quienes no ejercen directamente el poder político, ni participan cotidianamente de él, sino por medio de sus "representantes", facultad que, al lado del derecho de ser elegido como representante, constituye la porción básica del poder político recuperado por los habitantes del Estado, que, de súbditos, se convierten en ciudadanos.

Empero, no es posible ocultar las modificaciones profundas que el movimiento liberal produjo en ese Estado-nación. Sintéticamente: la revalorización de la persona como individuo, con su atributo de dignidad humana, para lo cual se utilizó como instrumento, al servicio de ese fin político, la limitación del poder estatal mediante reglas jurídicas y la división de competencias de los órganos que ejercen el poder; por fin, la búsqueda de canales de participación en la forma-

ción de la voluntad política, por ejemplo, la elección de representantes para el ejercicio del poder y la intervención directa de ciudadanos integrando los tribunales, el llamado "juicio por jurados".

II. La reforma liberal del sistema penal

Acorde con este movimiento, el Derecho penal inquisitivo cambia su rumbo, sobre todo, se modifica la organización judicial y el procedimiento penal, aquello que hoy nos interesa destacar. Se trata del movimiento designado como la *reforma del siglo XIX* en Europa continental. La decantación de ese movimiento permite apreciar –utilizando ahora una comparación geométrica– que el cambio de derrotero, correspondiéndose con la transformación política, no fue completo, de 180 grados, sino, tan sólo, parcial, de 90 grados, pues conservó las características principales del sistema anterior. En efecto, el sistema penal, conforme al orden político conservado, sigue pensado como método de control social directo de los súbditos, ahora ciudadanos, el más riguroso y formalizado por su forma coactiva característica, la *pena estatal*, y persiste el dominio absoluto, derivado de esta comprensión, de la *persecución penal pública u oficial*, característica que domina el sistema operativo judicial y subsiste hasta nuestros días¹². En la organización judicial, acorde con ello, es también característica la consolidación de los órganos encargados de la persecución penal estatal: la *policia* y el *ministerio público*; más aún, el compromiso de las nuevas ideas con la necesidad de un control social vigoroso por parte del Estado y sus autoridades aparece con claridad en la institución del *fuero de instrucción*, el *inquisidor de l'ancien régime*, y, por ello, *persecutor penal estatal*, encargado de la investigación al abrirse el procedimiento, compromiso que ni siquiera fue disimulado tras la toga. El desapoderamiento de la víctima, protagonista principal del conflicto, a manos del poder estatal, continúa.

Conforme a ello, por regla con escasísimas excepciones, la voluntad –unilateral o consensual– de los protagonistas

¹² Cf., por todos, Vélez Maricó, Alfredo, *Derecho ...*, op. cit., T. II, pp. 177 y sigs.; Kozin, Claus, *Strafverfahrensrecht* (32ª edición), Beck, Múnich, 1991, § 12, pp. 61 y sigs.

del conflicto, incluido el autor o el imputado, no se relaciona de manera alguna con su solución, ni influye en ella. Por lo contrario, la *averiguación de la verdad histórica* permanece como meta principal del procedimiento penal¹³. Así, el procedimiento penal continúa siendo, antes que una vía para la solución de conflictos humanos, un método para el control directo de los habitantes por parte del Estado, para la aplicación de la coerción estatal, incondicionada a la voluntad de los particulares.

Las reformas, no obstante, suavizaron el rigor de la inquisición. Elevaron al imputado, al menos en el período principal del procedimiento —el juicio público—, de *objeto de la investigación estatal* a la categoría de *sujeto de un procedimiento judicial*, con derechos en él. Con ello, modificaron su papel, aun cuando parcialmente, reconociendo garantías que lo amparan frente al Estado persecutor, inherentes a su condición de ser humano: defensa libre, incoercibilidad de su voluntad como informante en el procedimiento de persecución penal (prohibición de métodos coactivos para lograr que informe), custodia de su privacidad (métodos prohibidos de búsqueda de la verdad), equilibrio procesal con el acusador, para cuyo logro se acude al sistema ingenioso de reputarlo inocente hasta que no se verifique su culpabilidad (*in dubio pro reo*), única persecución admitida (*ne bis in idem*), etc.¹⁴.

No menos importantes fueron las transformaciones del procedimiento y de la organización judicial provocadas por ese cambio: juicio público, cuyo eje central es un debate oral, *contradictorio y continuo*, como base de la sentencia penal, en reemplazo de la encuesta escrita; juicio promovido por una acusación proveniente de un órgano distinto al tribunal sentenciante, límite de la sentencia penal y garantía de una defensa correcta, sin sorpresas en el fallo; prohibición de que los jueces que presidían el debate, únicos llamados a dictar sentencia, hubieran intervenido en etapas anteriores del procedimiento (temor de parcialidad), en especial, en el proce-

¹³ Velez Maricande, Alfredo, *ibídem*, T. II, p. 185 y sigs.; Roxin, Claus, *ibídem*, § 15, A, p. 76 y sigs.

¹⁴ Cf., por todos, con citas de la bibliografía principal, Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal...*, op. cit., t. 1b, § 6, p. 233 y sigs.; ver también § 8, D, p. 362 y sigs.

dimiento de investigación, que se realiza para lograr la acusación o, de otra manera, clausurar la persecución penal; participación ciudadana en los tribunales de juicio y sentencia (jurados o escabinos); división de las tareas judiciales del Estado en materia penal, en dos órganos diversos, uno encargado de perseguir penalmente, el ministerio público, y otro de juzgar, el tribunal; horizontalización de la organización judicial (juicio con única instancia de mérito), que prefiere los controles externos (participación ciudadana) a los internos (orden jerárquico de los tribunales y proliferación de recursos devolutivos)¹².

III. La contradicción entre el discurso principista y su realización en Iberoamérica

A pesar de que los principios limitativos, procesales y organizativos eran consecuencia del nuevo régimen político, los países de la América Ibérica, fieles, abstractamente, desde su estatuto fundacional, a la transformaciones del Estado que impuso la república parlamentaria en el siglo XIX, no incluyeron, en el Derecho común, las reformas necesarias del aparato estatal y de su modo de operar que debieron ser derivación consecuente del cambio, imprescindibles para tornar reales la ideología política expuesta en sus constituciones, especialmente en el área de la organización judicial y del procedimiento penal. Pese a su impulso inicial, que, por ejemplo, en mi país de origen dio por resultado paradigmático la inclusión constitucional de la obligatoriedad del juicio por jurados en materia penal, por tres reglas distintas de la Constitución histórica, todavía hoy vigente (como derecho del ciudadano, como obligación para el Poder Legislativo nacional y como pauta de organización del Poder Judicial), algo inusual en ella, las leyes comunes, que debieron cumplir la misión de poner en ejercicio los poderes instituidos por la Constitución, permanecieron fieles al antiguo régimen colonial: justicia burocrática, organizada jerárquicamente sobre la base de controles internos rigurosos; procedimiento por encuestas registradas por escrito (que posibilitaba aquellos controles jerárquicos); sentencia funda-

¹² Sobre ello, en el mismo sentido, también *ibidem*, § 7, pp. 473 y sigs.

da en actos secretos de la encuesta o sin participación real del imputado, convidado de piedra a su propia persecución penal; jueces profesionales, funcionarios permanentes del Estado, encargados de llevar a cabo el procedimiento y de juzgar. Chile, nuestro país anfitrión, no es una excepción a esta regla¹⁶.

Lamentablemente, descrita de un modo genérico y sin detallar excepciones, en todo caso muy escasas, la situación de la organización judicial y del enjuiciamiento penal latinoamericano continúa así hasta el presente, a pesar de que las antiguas metrópolis, fieles al desarrollo europeo¹⁷, ingresaron de lleno al proceso reformista en el siglo XIX y hoy, inclusive, desarrollan reformas modernas de su sistema penal, modificando el enjuiciamiento, total o parcialmente, conforme, por una parte, a nuevos problemas que presenta la organización social actual, y, por la otra, al desarrollo de las ideas que hoy dominan el sistema penal, el sistema judicial y la realización del Estado democrático de Derecho¹⁸. En los

¹⁶ Otro ejemplo de ese impulso inicial frustrado es Guatemala: sigue rigiéndose hoy por estatutos penales que tienen su origen en la Inquisición española, hoy, por supuesto, sin vigencia en la península desde hace más de cien años (Ley de Enjuiciamiento Penal de 1882, que, en España, produjo la transformación del siglo XIX en el área de los procedimientos penales y puso fin a la Inquisición), a pesar del movimiento liberal que encabezó la obra del Dr. Mariano Gálvez en el siglo pasado, gobernaniento que llegó a sancionar y tener como vigentes los —así llamados— célebres Códigos Livingston para el estado de Louisiana, modelos de transformación liberal del siglo pasado (en el transcurso de este relato Guatemala sancionó un nuevo Código Procesal Penal que varía fundamentalmente el sistema de enjuiciamiento penal).

¹⁷ En especial, hoy, Portugal, con su Código moderno de procedimientos penales, de 1988.

¹⁸ Ejemplo de ello: los nuevos códigos procesales penales de Portugal (cit. nota anterior) y de Italia (1989), y las sucesivas reformas de importancia que ha aportado la Ordenanza Procesal Penal de la ex-República Federal de Alemania durante el siglo XX y, también, en los últimos años (una muestra de ello: cf. Maier, Julio B. J., *La Ordenanza Procesal Penal alemana*, Depalma, Buenos Aires, 1978/1982, y Gómez Colomer, *El proceso penal alemán*, Bosch, Barcelona, 1985, textos traducidos sucesivamente, que han resultado antiguos en escasos años). España, lamentablemente para nosotros, pues siempre tenemos más a mano su producción jurídica, no sigue ese proceso de modernización.

países iberoamericanos, sólo entrado el siglo XX, y muy parcialmente, tanto en sentido del contenido, como en el número de países involucrados, se produce alguna reacción que pretende ajustar las instituciones judiciales, en materia penal, a la idea republicana¹⁸. El sistema penal de los países ibero-

¹⁸ En la Provincia de Córdoba, República Argentina rige, desde el año 1940, un Código procesal penal que intentó, con cierto éxito, desarrollar un sistema de enjuiciamiento penal ajustado a la reforma europea del siglo XIX. El Código se vincula a la tradición académica de la ciudad capital de esa provincia; sus autores fueron los profesores universitarios Sebastián Soler y Alfredo Vales Mariconda, bien conocidos por su obra en los países de habla hispana, ambos ya fallecidos. A partir de allí, se generó en toda la República Argentina un lento pero sostenido movimiento de recepción de esa legislación por las demás provincias, que acaba de culminar con la sanción de un código federal, también copia del código cordobés histórico. El código cordobés tuvo como fuente de origen principal a los códigos italianos de 1913 y 1930, el primero por su raíz democrática y el segundo por su técnica legislativa depurada, pero también influyeron de manera importante la Ley de Enjuiciamiento Penal Española de 1882, el Código de Instrucción Criminal Francés de 1808 y la Ordenanza Procesal Penal Alemana de 1877, todas ya reformadas por ese entonces; registran alguna influencia otros códigos europeos y cierta legislación nacional. Su procedencia académica y erudita se reconoce inmediatamente porque, aunque no forman parte del articulado prescriptivo, el Código fue sancionado con notas al pie, que indican las fuentes de origen de las reglas.

Ese código tuvo repercusión internacional, no sólo académica, en el sentido de los elogios que, especialmente, le brindara don Niceto Alcalá Zamora, erigiéndolo en el modelo iberoamericano, del cual fue, a la postre, su punto de partida, sino, también, en la legislación positiva de la República de Costa Rica, que transformó su enjuiciamiento penal drásticamente con un código, hoy vigente aún, que le tiene por fuente. Costa Rica, inclusive, llevó a cabo un gran esfuerzo de adaptación de sus instituciones a las nuevas reglas sobre el enjuiciamiento penal, que abarca también, el sistema penal en general (Derecho penal y ejecución penal) y su organización judicial, bastante deficiente en los acompañamientos del código cordobés.

Cualesquiera que sean las críticas que hoy puedan ser dirigidas contra ese código, cuyo nacimiento ya supera el medio siglo, pero que proceden de un siglo atrás, lo cierto es que ellos modificaron sustancialmente las rutinas y formas de comportamiento de los operadores judiciales, en un sentido que telara la comparación con los sistemas de países adelantados (como muestra, cf. mi *Ordenanza Procesal Penal Alemana*, cit., una comparación jurídica entre ese sistema y el alemán).

Se debe decir, también, que ha existido siempre, en el continente de habla hispana y lusitana, cierta conciencia acerca del atraso y de la falta de correlación entre el sistema penal y las instituciones constitucionales,

americanos, en todos sus sectores, no sigue, por lo demás, la discusión actual que, sobre el tema, se produce en los países desarrollados, ni su legislación se hace eco de esos problemas; persiste, todavía, una gran tendencia autoritaria, que se advierte en el arraigo del positivismo criminológico dentro del Derecho penal material, y en la tendencia inquisitiva de su Derecho procesal penal. Una pequeña proporción de su ciencia penal lucha denodadamente, con recursos ínfimos y éxito e influencia escasos, para disminuir el autoritarismo del sistema a niveles tolerables y evitar el atraso científico.

Este es, a grandes líneas, el estado actual de la cuestión en el ámbito latinoamericano, descripta desde su perspectiva histórica, política y jurídica, quizás con exclusión del inusitado movimiento actual, con comienzo en la década anterior, que, hasta ahora, sin embargo, no ha dado frutos de consideración. Ese estado es la prueba más contundente de la imputación que, regularmente, nos dirigen los países más adelantados de nuestra órbita cultural: la notable diferencia, mejor dicho, la incompatibilidad, entre nuestro discurso programático y el práctico, entre principios declamados e instrumentos que adoptamos para tornarlos realidad. Tomar conciencia de ello representa un primer paso hacia la solución, dicho en términos ideológicos, hacia la creación de las repúblicas democráticas que siempre prometimos y nunca hicimos.

sin sin referimos al momento actual. Pero la mayoría de los países no ha conseguido quebrar la rutina histórica. El Salvador, por ejemplo, conoce desde hace tiempo el jurado, que debió haber conducido a un juicio real ante ese tribunal; sin embargo, por una parte, no consiguió quebrar el procedimiento por encuestas escritas y secretas que, según rutina, son leídas sintácticamente a los jurados para que emitan su veredicto y, por la otra, ha ido reduciendo, paulatina pero intencionalmente, las causas de competencia de ese tribunal. Bolivia tuvo también su reforma, en la cual el código cordobés jugó un gran papel académico, pero, también, un papel práctico nulo. Ecuador conoce el juicio público, pero el sistema penal ordinario transita por otra vía. Perú, en fecha reciente, ha transformado su ordenamiento procesal; desconocemos su efecto.

Los códigos emergentes del código cordobés histórico han quedado atranzados, respecto del movimiento político universal en materia penal. Representan el estado de la cuestión al finalizar el siglo XIX. Tanto es así que la misma provincia de Córdoba, y, siguiendo sus pasos, la de Tucumán, en la República Argentina, han sancionado nuevos códigos que, en alguna medida, han receptado problemas actuales del enjuiciamiento penal, modificando plausiblemente el modelo histórico.

3. LA REFORMA NECESARIA EN EL ÁMBITO DE LA JUSTICIA PENAL

A. Necesidad política y necesidad práctica

La reforma ha trascendido hoy los alcances de una necesidad política, para situarse también en el plano de una necesidad práctica. La administración de justicia penal ha sido descrita como colapsada, ineficiente e inoperante desde varios y muy diversos ángulos de observación, pues no responde a ninguno de sus posibles fines primarios: persecución penal de los delitos, para lograr cualquiera de los fines que se atribuye a la pena, garantía de los derechos fundamentales de los habitantes de un país, en fin, logro de la paz social mediante una solución correcta de los conflictos sociales, indispensable para vivir democráticamente y sin violencia extrema²⁰. Conviene aclarar que esta necesidad práctica no es tan sólo sentida por nosotros, por el atraso institucional descrito, sino, también, por los países más desarrollados, conforme al cambio social enorme, experimentado durante el siglo XX, cada vez más acelerado. Para nosotros, sin embargo, el defecto se aprecia por partida doble y la tarea, consecuentemente, no sólo es doblemente pesada, pues, al no haber producido las reformas republicanas en la oportunidad debida, debemos ahora recomodar totalmente nuestra administración de justicia, sino que, además, a consecuencia de ello, para la reforma debemos luchar contra una serie de rutinas –no en último término contra la formación universitaria deficiente–, de prejuicios y de intereses, propios del sistema tradicional que aplicamos, que, lamentablemente, no impiden hablar de la reforma, pero sí institucionalizarla.

La exposición ganaría si separara las reformas institucionales de las prácticas; empero, obligado a la síntesis, dividiré las secciones entre la de procedimiento propiamente dicho, por una parte, y la de organización judicial, por la otra, y expondré sólo los problemas esenciales y urgentes a que nos enfrentamos.

²⁰ Cf., para la República Argentina, "Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación, Exposición de Motivos", I, 3, en *Doctrina penal*, Depalma, Buenos Aires, 1996, ps. 654 y sig.

B. El procedimiento penal

1. El juicio público es el paradigma formal sintético del Estado de Derecho en la administración de justicia penal. Tanto las convenciones internacionales sobre derechos humanos²¹, que los países iberoamericanos han suscripto y ratificado casi en su totalidad, como las constituciones políticas que los rigen, exigen, bien por vía de reglas expresas, bien por el contexto ideológico-histórico-cultural del que parten –la república democrática–, esta forma de enjuiciamiento como único método que dé base a la decisión penal. Su incorporación al sistema positivo se trata, entonces, de un imperativo del sinceramiento de nuestras instituciones operativas con nuestras instituciones programáticas.

Este es, así, el punto de partida; un punto de partida que debe constituir el núcleo central del procedimiento penal. El implica, sintéticamente, un debate cumplido con la presencia ininterrumpida del imputado, su defensor, el acusador y los jueces que van a dictar la sentencia (eventualmente, las partes civiles, cuando se discute la cuestión reparatoria o restitutoria emergente del delito), debate que incorpora los únicos elementos en los cuales se puede fundar la decisión (immediación). Ello implica que ese debate se lleve a cabo en forma oral, para posibilitar su continuidad (concentración de los actos que en él son cumplidos), tanto interna como con la deliberación y votación de la sentencia, y su desarrollo en un lapso breve, que, como dijimos, los actos que lo integran sean los únicos idóneos para fundar la decisión y, por último, que los jueces que presencian ininterrumpidamente ese debate sean los únicos habilitados para dictar la sentencia (identidad entre los jueces que presencian el debate y los que deciden). La publicidad del juicio, así concebido, representa, por una parte, agregar transparencia republicana a los procedimientos y decisiones de la administración de justicia y, por la otra, una valla insuperable para uno de sus flagelos más

²¹ Declaración universal de derechos humanos, ONU (10-XII-1948), art. 10; Pacto internacional de derechos civiles y políticos, ONU (16-XII-1966), art. 14, n° 1; Declaración americana de los derechos y deberes del hombre, IX Conf. Int. Americana (1948), art. 28, II; Convención americana sobre derechos humanos, OEA (22-XI-1969), art. 8°, n° 5.

notorios, lamentablemente extendido entre nosotros conforme al sistema operativo que empleamos, la llamada "delegación" (que consiste en encargar a otros aquello que el juez debe realizar por sí mismo), con expresión vulgar, pues obliga a aquellos que van a decidir a conocer por sí mismos y a responder personalmente –"dar la cara", con el dicho popular– por la decisión que se adopta como culminación del acto de administrar justicia; por lo demás, es ésta la única forma de *garantizar la defensa*, esto es, la participación protagónica del imputado y su defensor (también de la víctima, aunque éste sea un tema a tratar específicamente) en el procedimiento. Junto a ello, algunas ventajas prácticas: la celeridad y sencillez del juicio, limpio de toda rémora y complejidad burocrática, y el mejor conocimiento de la verdad histórica, una de las claves del procedimiento actual. Respecto de esto último es preciso indicar que el juicio público, nacido en un sistema que privilegiaba otras metas para el procedimiento que aquella de indagar la verdad histórica, a saber, el acuerdo como modo de resolver el conflicto social objeto del juicio y la confrontación entre los portadores de los intereses en conflicto, se ha adaptado perfectamente a su nueva meta, constituyendo también un elemento imprescindible para traslucir lo ocurrido fácticamente.

Este es el "debido proceso" correspondiente a un sistema de convivencia democrática, fundado en el Estado de Derecho, aquello que en idioma inglés se denomina *fair trial* (juicio justo o leal), base del enjuiciamiento penal, con el aditamento de los jurados para integrar el tribunal de juicio²⁹.

II. Esta es la forma ideal de administrar justicia penal, esto es, de legitimar, en un Estado de Derecho, el uso de la coacción penal. Empero, unida a otras exigencias, como, por ejemplo, la participación ciudadana en la decisión (jurados o

²⁹ Es por ello que la Constitución Argentina, que abrevió en esa fuente, torna imperativo el juicio por jurados, en tres reglas constitucionales referidas a los derechos o garantías del ciudadano (art. 24), a la obligación del Congreso de la Nación de regularlo y organizarlo para todo el país (art. 67, inc. 11), y a las bases de la organización judicial en materia penal (art. 102), con lo cual, en tres palabras, definió el "juicio justo" que ella concebía. Con ello se hizo otra cosa que seguir el movimiento reformista del siglo XIX en Europa continental, proveniente de la ideología

escabinos), si pretendemos utilizar esa forma de proceder en la totalidad de los casos penales que ingresan al sistema, fracasaríamos por la cantidad. Ello es, precisamente, aquello que pretende ocultar –sin demasiado éxito– la “delegación” y el sistema de encuesta escrita, aunque con sacrificio de los más caros principios relativos a la dignidad humana y su protección.

Por lo demás, tampoco es necesario, en todo caso que posee ribetes de contravención a una norma de deber penal, culminario mediante la aplicación de la coacción penal. Hoy se postula, en el Derecho penal material, soluciones diversas (*diversion*), para ámbitos más o menos acotados de delitos, tendientes a sustituir la coacción penal. Tras de todas estas soluciones, que, particularmente, obedecen a intereses y fines específicos, se halla la recreación de la voluntad de los protagonistas, incluido el propio Estado persecutor, y el consenso entre ellos, como medio para dar solución a conflictos sociales, sin utilizar la violencia extrema que genera el sistema penal. En el fondo de esas soluciones de reemplazo (conciliatorias, reparatorias o terapéuticas) se halla la crisis de la pena estatal²³ y de la propia justicia penal, fundada en esa solución y en sus consecuencias formales: persecución penal pública obligatoria y averiguación de la verdad histórica como paradigma de lo que se concibe por “justicia”. Lentamente regresan el consenso y la restitución al *status quo ante*, o al estado deseado por el Derecho, como vías para lograr la

iluminista, que, en la materia, pregona sobre la base del espejo de las instituciones británicas (cf. v. Feuerbach, Anselm, *Ueber die Gerichtsverfassung und das gerichtliche Verfahren Frankreichs in besonderer Beziehung auf die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerichtsbeisitzer*, G. F. Henr, Gießen, 1825, pá. 425 y sigs.).

También resulta paradigmático del desajuste entre sistema operativo y sistema institucional, el hecho de que el parlamento federal de la República Argentina no haya podido –por no decir, “querido”–, en casi 150 años, cumplir el mandato constitucional, y el hecho de que sus jueces y juristas no sólo no reaccionaran frente al incumplimiento, sino, antes bien, que reaccionen todavía hoy con estupor, casi incrédulos acerca de lo que pasa, buscando argumentos sofisticados y, en todo caso, conservadores, cuando algún proyecto, tímidamente, pretende cumplir con ese mandato. La rutina del autoritarismo genera lealtades insospechadas.

²³ Ver nota nº 6.

paz jurídica y social, y soluciones razonables para el conflicto²⁴. No es aventurado hablar de una cierta "privatización" del Derecho penal²⁵.

Un sistema de selección de casos resulta, así, necesario, desde el punto de vista práctico, y recomendable, desde el punto de vista político-criminal. Para elaborarlo es útil tener presente, a más del criterio de igualdad ante la ley, dos argumentos incontestables: en primer lugar, que la necesidad político-jurídica del juicio público se refiere al uso de la coacción penal estatal, a la aplicación de una pena (condena), y, prácticamente, a la pena privativa de libertad, máxima expresión del sistema (excluimos, adrede, la pena de muerte), no así, por lo contrario, a la absolución o a las alternativas que significan prescindir de ese remedio para la solución de conflictos sociales, en principio de índole penal, para acudir a otras soluciones (*díversión*); en segundo lugar, el aforismo *mínima non curat proctor*, que puede incluir soluciones abreviadas para el Derecho penal de Bagatela²⁶. Ello se compadece, por lo demás, con el carácter subsidiario del Derecho penal: pena estatal = última ratio de la política social.

Sin ánimo de agotar el problema, ni la discusión sobre él, el panorama político-criminal universal propone, hasta ahora, sobre todo en el ámbito cultural próximo a nosotros, soluciones basadas:

a) en el abandono del principio de legalidad de la persecución penal (obligatoriedad) –parcial para aquellos órdenes jurídicos que contenían a este deber como regla de principio²⁷, al establecer ciertos criterios de oportunidad, fundados utilitariamente²⁸;

²⁴ Cf. Maier, Julio B. J., "Entre la inquisición y la compasión", en *No hay Derecho*, año 2, n° 6, Buenos Aires, 1992, p. 28; y los artículos publicados en el libro *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.

²⁵ Ad. Esar, Albín, "Acercas del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal (Tendencias nacionales e internacionales)", traducción de Guariglia, Fabrizio y Córdoba, Fernando J., en *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, p. 51.

²⁶ *Ibidem*, V. Armenta Dec. Teresa, *ob. cit.*, nota 27.

²⁷ Sobre el principio de legalidad de la persecución penal: González, Daniel, *La obligatoriedad de la acción en el proceso penal costarricense*, Cal. de Abogados, San José, 1986; en su contraste con el principio opuesto

b) en la suspensión de la persecución penal a prueba, mecanismo consistente, fundamentalmente, en conceder al autor la tabla de salvación de un tiempo de prueba, fijado por la ley o judicialmente, para que cumpla ciertas instrucciones, determinadas también judicialmente (básicamente: no cometer un nuevo delito, esforzarse por perfeccionar acuerdos reparatorios con la víctima, dentro de sus posibilidades, seguir algún tratamiento terapéutico o abstenerse de ciertas conductas (ingerir bebidas alcohólicas o consumir drogas)), plazo—inicial o prorrogado—después del cual el cumplimiento satisfactorio de las instrucciones conduce a prescindir de su persecución penal definitivamente (extinción de la acción penal), en tanto la realidad contraria supone su reanudación²⁰; y

c) en la aceptación de ciertos acuerdos entre acusador y acusado, al menos para delitos leves o de mediana gravedad, inclusive con participación de la víctima, que permitan abreviar el procedimiento hasta prescindir del debate público, centro del procedimiento principal²¹.

Esos criterios de selección son vinculados por el Derecho penal y procesal penal —cuando coordinan sus mecanismos—, en numerosas ocasiones, a la utilización del sistema penal a favor de la víctima, inclusive dentro de un marco político-criminal dirigido al autor²², para arribar a soluciones que

(oportunidad). Armenta Dea, Teresa, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad*: Alemania y España, PPU, Barcelona, 1991; exposiciones generales: Vález Maricande, Alfredo, *Derecho...*, op. cit., T. II, pá. 180 y sigs.; Maier, Julio B. J., *Derecho...*, op. cit., T. II, pá. 548 y sigs.

²⁰ Ejemplos en el CPP modelo Iberoamericano, art. 230, nota.

²¹ Ejemplo del contexto regulatorio penal y procesal penal: CPP modelo Iberoamericano, art. 231 y nota. También el nuevo CPP Portugal, arts. 281 y sig.

²² Ver CPP modelo Iberoamericano, arts. 371 y sigs., "Procedimiento abreviado"; CPP Italia (1989), arts. 448 y sigs., 444 y sigs., 459 y sigs.; CPP Portugal, arts. 392 y sigs. El nuevo CPP Italia, arts. 444 y sigs., permite, inclusive, a semejanza del *plea guilty* (declaración de culpabilidad que evita el juicio y el veredicto de los jurados), de origen norteamericano, el llamado *patteggiamento* (suficiente pena, acuerdo entre acusador y acusado que permite, directamente, con la aquiescencia del tribunal, determinar la pena sin juicio) (v. art. 448).

²¹ No es cierto que el movimiento a favor de la víctima constituya, necesariamente —menos aún en las postulaciones concretas que ha producido—, una reacción contra una década de política criminal dirigida úni-

permitan prescindir de la solución penal del conflicto, total o parcialmente²³. En este sentido, el planteo coincide e intenta realizar, con otros mecanismos menos abstractos que los tradicionales, el carácter subsidiario que se atribuye al Derecho penal como protector de bienes jurídicos, utilizar la

lateralmente hacia el autor (opinión de Hirsch, Hans Joachim, "Zur Stellung des Verletzten im Straf und Strafverfahrensrecht", en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Carl Heymann, Köln-Berlin-Bonn-München, 1988, p. 699 y sigs. [trad castellana de Maier, Julio B. J. y Pastor, Daniel, "Acercas de la posición de la víctima en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal", en *De los delitos y de los víctimas*, cit., p. 94 y sigs.]). Para constatar la réplica a esta afirmación, Maier, Julio B. J., "La víctima y el sistema penal", en *De los delitos y de los víctimas*, cit., p. 266 y sig., con cita de los autores que, en el ámbito jurídico propio del autor antes citado, presentan otra opinión.

²³ Los códigos penales, inclusive los decimonónicos, conceden ya a la autonomía de la voluntad del ofendido o del autor sentido desincentivador. No me refiero, precisamente, sólo a los delitos de acción o de instancia privada, en los cuales la voluntad del ofendido juega un papel preponderante, ya para evitar la persecución penal, ya para prescindir de la pena, inclusive en delitos graves como la violación y demás ataques a la libertad sexual o a la honra de la víctima, sino, antes bien, al juego de la voluntad en los delitos de acción pública: no es raro que la obligación voluntaria de la multa máxima inhibe la persecución penal; tampoco es raro que el asentamiento con la ofendida —acto para el cual es imprescindible el consentimiento— inhibe, como excusa absoluta *ex post facto*, la persecución penal y la pena en delitos graves, como las ofensas a la libertad sexual; la retractación, como reparación de la ofensa en los delitos contra el honor, cumple el mismo papel.

Los códigos penales modernos suelen comprender mayores concesiones a la voluntad del ofendido o del autor expresado. Como ejemplo basta el CP austríaco, § 167, que extiende el valor del desistimiento del autor, expresado en un compromiso reparatorio formal con la víctima (arrepentimiento activo), a una época posterior a la consumación del delito (ya el desistimiento no sólo es posible, como se lo concebía tradicionalmente, durante la tentativa, acabada o inacabada, sino que incluye al hecho consumado). Regularmente esos códigos, o las leyes procesales penales encargadas de su realización práctica, han abandonado parcialmente el principio de legalidad estricto (obligatoriedad de la persecución penal estatal), mediante el ingreso de muchas y variados criterios de oportunidad (ver *CPP ex-Rep. Federal de Alemania*, §§ 153 y sigs.). La reparación integral, natural o simbólica, sirve también, en el marco de la finalidad preventivo especial de la pena (acto principal de arrepentimiento activo del autor) y de su determinación concreta, para prescindir de ella o para disminuirla considerablemente (cf. Roxin, Claus, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Beck, München, 1992, § 8, III, p. 47). V., también, el nuevo *CPP Portugal*, arts. 280 y sigs., en especial, art. 281.

pena estatal, verdaderamente, como *último ratio* de la política social, conforme al principio de proporcionalidad, insito en todo Estado de derecho²³.

III. Aceptado que el núcleo del enjuiciamiento penal, y su coronación, sea el juicio público, esto es, el proceder básico que legitima formalmente el uso de la pena estatal (institución mencionada en el sentido cultural y jurídico propio, como consecuencia jurídica de extrema violencia para infracciones a prohibiciones o mandatos de importancia mayúscula para el orden jurídico establecido), el principal escollo para arribar a él de manera eficiente consiste en la llamada *instrucción preparatoria o preliminar*. Se trata, como se sabe, de la consecuencia necesaria del sistema de persecución penal pública, en tanto los órganos de persecución penal estatales, imparciales frente al caso por definición, precisan conocer el acontecimiento hipotéticamente delictivo, para efectuar la decisión acerca de la promoción del juicio o, cuando ello no es posible, en el sentido contrario, acerca de la clausura de la persecución penal; por lo demás, como este período del procedimiento inaugura el procedimiento penal, el delincuente presunto se enfrenta allí, por vez primera, con el aparato estatal de persecución, razón por la cual resulta de importancia extrema definir aquí, jurídicamente, sus facultades y las del órgano estatal investigador, en especial, para este último, qué acciones no le están permitidas o, al menos, están sujetas, para su realización legítima, a autorizaciones especiales, todo en homenaje a los resguardos y garantías que, para la dignidad del imputado, implica el Estado de derecho, puestos básicamente en peligro en este período del procedimiento²⁴.

Según se observa, la eficiencia, como en todo el procedimiento penal, se valora a través de dos sistemas de medidas diferentes, a menudo opuestas entre sí: por una parte,

²³ Cf., por todos, Basin, *Class. Strafrecht AT*, cit., § 2, XI, ps. 17 y sig.; conviene la lectura de todo el parágrafo, ps. 7 y sigs., y, también, del § 1, II, ps. 2 y sigs.

²⁴ Cf., para una mejor definición de estos problemas, Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho procesal penal*, cit., T. I, 2ª parte, cap. IX, ps. 369 y sigs.; y Meier, Julio B. J., *La investigación penal preparatoria del ministerio público*, § 2, ps. 13 y sigs.

eficiencia significa éxito de la persecución penal estatal, coronada por la condena del autor; por la otra, eficiencia significa resguardo y garantía para quien es señalado como autor, por un sistema de facultades, prohibiciones y mandatos que, de ordinario, se opone drásticamente a la persecución penal eficaz, pues limita claramente los medios para la averiguación de la verdad²⁶.

Precisamente, los problemas principales relativos a la exigencia, para el procedimiento penal, de constituir un método eficiente para la solución de los casos atribuidos a ese ámbito de relaciones, en ambos de los sentidos señalados —éxito de la persecución penal y respeto por la dignidad de la persona, en especial, por el imputado— residen en este período inicial del procedimiento: en la instrucción preparatoria. Ella es, prácticamente, la responsable principal del colapso del sistema. En efecto, la necesidad de averiguar la verdad oficialmente, antes de demandar el juicio, propia del sistema penal tal como fue pensado según el compromiso decimonónico (Código de Instrucción Criminal Francés de 1808), lo tornó excesivamente lento e incapaz, en la mayoría de los casos, para alcanzar los fines para los cuales fue propuesto: la principal selección desincriminatoria se lleva a cabo en este período del procedimiento, fácticamente, sin criterio político-jurídico alguno que la presida, y también, durante este período, se configuran las mayores violaciones, impunes por lo general, al sistema de garantías y seguridades ciudadanas.

No es casual que así suceda. El intento de mantener un sistema procesal cuyo fundamento de eficiencia residía, casi exclusivamente, en las obligaciones del imputado y de todo súbdito de informar la verdad sobre el suceso, con utilización

²⁶ Es en este último sentido que se pregona que el proceso penal es el termómetro o el barómetro de las elementales autoritarias o democráticas que contiene la Constitución del Estado (cf. Goldschmidt, James, *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, E.J.E.A., Buenos Aires, 1961, T. II, § 4, n° 30, p. 109; Roxin, Claus, *Strafverfahrensrecht*, cit., § 2, A, p. 8), el tiempo que se indica como una de sus funciones la de reformular al Derecho constitucional referido a la utilización del poder penal, superando correctamente, aunque con desconocimiento de la realidad iberoamericana, que cumple, efectivamente, esa tarea.

Sobre la verdad como finalidad del procedimiento penal, ideal múltiplemente condicionado y redefinido por el Derecho penal y procesal penal, Maier, Julio B. J., *Derecho...*, cit., § 8, D, pp. 542 y sigs.

de la coacción directa para lograr la efectiva realización de ese deber (tormento), procedimiento durante el cual las personas eran meros objetos de persecución, debió tornarlo ineficaz, sobre todo para aquellos que saben utilizarlo, cuando la cultura humana rechazó y después prohibió este tipo de coacción, la tortura de los ciudadanos y el ingreso irrestricto en su vida privada, cuando declamó como punto de partida la inocencia del imputado y cuando le concedió facultades suficientes para defenderse, erigiéndolo en un sujeto de derechos en el procedimiento. Pero, además, la reacción contraria no se hizo esperar: el sistema mismo generó un desconocimiento hipócrita de las reglas de garantía, para lograr alguna eficiencia legitimante, por supuesto, en la franja de quienes eran más débiles, de aquellos que no sabían o no podían utilizarlo bien, en su beneficio.

El juez de instrucción, sinónimo personalizado de este período procesal, resulta un espejo de la situación descripta: encerrado entre dos fuegos, la necesidad de averiguar la verdad y su labor judicial de protector de las garantías ciudadanas, papeles contrapuestos, que se pretende juegue a un mismo tiempo, culmina por diluir las funciones que le son adjudicadas, cumpliendo en forma ineficiente ambas tareas. Nacido por un pacto de compromiso entre el antiguo y el nuevo régimen, para conservar al inquisidor, en el Derecho francés del siglo XIX, como operador de una instrucción formalizada, registrada por escrito (actas) y secreta, sin participación del imputado, que continuaba el rito inquisitivo, el final del siglo XIX y los comienzos del XX le juegan la mala pasada de liberalizarle el procedimiento, obligándolo a considerar al imputado como un sujeto del procedimiento, con derechos en él, y a asumir el papel de tutor de esos derechos y garantías; inquisidor, por una parte, y garante (juez), por la otra, el resultado de su obra fue la ineficiencia de su función en ambos sentidos y, para colmo de males, seleccionada, según se vio. Se ha esquematizado esta situación mediante la afirmación de que, institucionalmente, no es posible edificar un sistema garantista erigiendo a una autoridad, que ejerce el poder público, en control de sí mismo. El ejemplo surge espontáneamente: el juez de instrucción establece la necesidad del allanamiento de un domicilio o de la interceptación y apertura de la correspondencia, para averiguar algo que estima importante, y, al mismo tiempo, juzga sobre la possibili-

dad de aplicar ese método, disciplinada por reglas jurídicas, ya desde la ley fundamental del Estado, esto es, él mismo es quien permite ese procedimiento compulsivo, sometido, precisamente, a una autorización judicial fundada y reglada, como método de control sobre el ejercicio del poder público y en resguardo de la seguridad de los ciudadanos (relativa, en el caso, al derecho de privacidad del domicilio). No sucede otra cosa con el encarcelamiento preventivo: una misma persona lo considera necesario y lo autoriza, lo pide y lo decide.

Además, la institución de ambos, del procedimiento y de su operador, oculta intenciones aviesas, desde su origen. Ya en el Código francés, decantador de la reforma, las autorizaciones para incorporar actos de la instrucción formal, en reemplazo de los actos del debate y como excepción a la regla general que obligaba a fundar la sentencia, únicamente, en los conocimientos válidamente adquiridos durante el debate público, son, como reglas de excepción de un sistema, demarcadas y configuran permisos francamente abiertos, que franquean la puerta para desnaturalizar el juicio penal²⁶. El hecho de llamar juez al órgano de la persecución penal que preside esos actos, registrados para la posteridad del procedimiento, contribuye a ese propósito corruptor del juicio penal, al brindarles a ellos el prestigio y la intangibilidad que supone la función judicial²⁷.

He allí el por qué de la propuesta moderna, ya extendida

²⁶ Para darse cuenta de ello basta comparar los arts. 391 y 392 del Cód. Proc. Pen. de la Nación (Argentina), en vigor desde hace un mes, que prevé el juicio público y una instrucción a cargo de un juez, con el art. 309 del Proyecto federal argentino de 1986, que no obtuvo sanción legislativa, también diverso del juicio público, para instaurador de un método de investigación distinto (procedimiento preparatorio en manos del ministerio público, desformalizado y bajo el control de los jueces, cuando algún acto requiera autorización o se pretendía que tuviera valor para el debate y la sentencial).

²⁷ De allí a la tergiversación total del juicio público, según sucede en algunos países o regiones iberoamericanas, transformándolo, de ordinario, en una lectura de actas escritas durante el procedimiento preliminar, inclusive ante un jurado (¿?, por ej.: El Salvador), hay sólo un paso, aspecto que le ha valido a este tipo de enjuiciamiento la crítica justa, inclusive de quienes lo defienden: cf. Niño, Luis, *Perfil y rol del juez de debate*, ponencia presentada al "Encuentro nacional sobre juicio oral", Ministerio de Justicia de la Nación, Argentina, Buenos Aires, 1983; Fernández Eyrulaga, J., "El gran miedo", en *Jueces para la democracia*, cit., dic. 1988, p. 7.

universalmente²⁸, que consiste en separar claramente las funciones, concediendo competencia para ellas a órganos distintos: la tarea de llevar al acusado ante la administración de justicia, para ser juzgado, de preparar la acusación, en fin, de perseguir penalmente, le corresponde al ministerio público; la de controlar el buen uso del poder público, custodiar las garantías ciudadanas y evitar la arbitrariedad en el manejo de la fuerza pública, a los jueces. Por ello, la investigación preliminar se confía al ministerio público, bajo el control de los jueces para aquellos actos que signifiquen injerencia en los derechos de las personas o provoquen la necesidad de defensa²⁹. Se trata, sin duda, de un paso más en la transformación posible del procedimiento inquisitivo, de un paso más, si bien formal, hacia el método acusatorio.

IV. Estos son los problemas más acuciantes del procedimiento penal, conforme al estado general de la legislación latinoamericana. En adelante sólo mencionaremos aquellos temas que, sin ser de menor importancia y también necesitados de una reforma, carecen de una importancia global en la estructura del procedimiento o son, históricamente, de promoción más reciente.

²⁸ Cf. *CPP Italia* (1989), arts. 326 y sigs.; *CPP Portugal* (1988), arts. 262 y sigs.; la *CPP de la ex-Rep. Fed. de Alemania*, ya había abandonado la instrucción presidida por un juez de instrucción, completamente desde 1974 (L. StVRG; Primera ley para la reforma del Derecho procesal penal del 9-XII-1974); en el sistema anglosajón nunca existió esa vía.

²⁹ Así regulado en el *CPP modelo para Iberoamérica*, arts. 250 y sigs. Hoy el *CPP Guatemalteco*, de reciente sanción, ha adoptado el método. Parcialmente, también, el *CPP Costa Rica*; en este país se estudia una adaptación de su Código al *CPP modelo Iberoamericano*. En Argentina: los códigos de las provincias de Córdoba y Tucumán, también de reciente sanción, siguen el modelo para Iberoamérica; parcialmente, también, el *CPP Mendoza*, provincia que estudia una reforma similar a la de Córdoba y Tucumán. El Proyecto para Ecuador sigue, en este tema, el modelo iberoamericano y, aunque no tengo su texto, ha llegado a mi conocimiento que el *CPP Perú* seguiría el mismo rumbo. El Salvador ha creado una comisión que estudia la transformación de su sistema de administración de justicia penal y, en su seno, discute aún quién será el órgano encargado de la instrucción preliminar: parece existir un consenso mayoritario a favor de la solución del modelo iberoamericano. Brasil sólo procede, desde antes, por la vía de la investigación fiscal preparatoria; no conoce el método de la instrucción formal, ni el oficio de juez de instrucción.

a) La conexión entre la investigación preliminar y el juicio público, en el procedimiento común (delitos de persecución penal pública), no es sencilla. En casi todos los casos resulta imprescindible que el requerimiento final de quien persigue penalmente, conclusión de la instrucción preparatoria (tarea crítica de sus actos, que expone el resultado de la investigación practicada), tenga contenido incriminador (acusación o requerimiento de apertura del juicio) o desincriminador (clausura de la persecución penal, entre nosotros, sobrecriminación, en sus múltiples formas), sea sometido al control judicial. Un procedimiento intermedio, llamado así, precisamente, por su función colectiva entre la instrucción y el juicio público⁴⁰, procura, por una parte, servir de tamiz para evitar juicios inútiles, por la escasa seriedad de la acusación o sus desequilibrios formales, y representa, por la otra, el control jurisdiccional sobre los actos del ministerio público que pretenden clausurar la persecución penal contra una persona, conforme al principio de legalidad, que ordinariamente rige entre nosotros como regla⁴¹.

La forma de disciplinar jurídicamente este procedimiento intermedio es muy variada en la legislación comparada; inclusive, esa disciplina puede ser muy compleja, como sucede, por ejemplo, en el *CPP modelo Iberoamérica*, arts. 267 y siguientes. Esa regulación depende, fundamentalmente, de la cantidad de problemas del procedimiento que pretendan hallar su solución en este momento; en ocasiones, varios de los problemas relativos al ingreso del consenso de los intervinientes en el procedimiento, estudiados en el punto II de este parágrafo (por ej.: simplificación del rito, sentencia sin debate público, acuerdo sobre la pena, suspensión del procedimiento a prueba), son resueltos en esta etapa. Su regulación engendra, también, cuestiones complicadas en la organización judicial, no sólo por el número de jueces que integran el tribunal y su carácter (profesionales o populares⁴²), sino, antes bien, por el problema que representa evitar que los jueces del eventual juicio público hayan tenido contacto

⁴⁰ En otros códigos: *audiencia preliminar* (cf. *CPP Italia*, arts. 405 y sigs., 418 y sigs.).

⁴¹ Ver nota al pie nº 27.

⁴² Es clásico, para el Derecho anglosajón, la institución, para este período, del Gran Jurado.

con la causa antes de él, garantía fundamental del Estado de Derecho⁴³.

Sin ánimo de agotar la discusión, propongo ahora unir este periodo con aquel relativo a la *preparación del debate*, llamado regularmente, en las propuestas latinoamericanas, "*actos preliminares del juicio*", dejado en manos del tribunal que llevará a cabo el debate. Se lograría, con ello, tratar y decidir en conjunto una serie de problemas procesales conexos, a saber:

* la decisión acerca de si habrá o no un debate público, dependiente no sólo del control del requerimiento de apertura del juicio (acusación) o de clausura de la persecución penal (archivo o sobreseimiento), sino, también, de aquellos modos de proceder que permiten evitar el debate público;

** en caso de que se decida realizar un debate público, resulta imprescindible resolver quiénes serán sus protagonistas (tribunal competente, integración, acusadores, imputados y sus defensores, partes civiles), decisión que provoca múltiples procedimientos de saneamiento (recusación de los jueces o funcionarios del ministerio público, oposición a la intervención de alguna de las partes privadas, excepciones);

*** decidir acerca de los medios de prueba concretos que se utilizarán en el debate público, sobre las demás personas que se citará al debate (testigos, peritos) y las cosas que deben ser traídas a él para ser mostradas (documentos, etc.);

**** por último, decidir acerca del lugar en el cual se llevará a cabo el debate y sobre la fecha precisa en la que comenzará.

⁴³ Acerca del punto pronunció sentencia el Tribunal Constitucional de España, en dos casos, presentados por los mismos jueces que debían tramitarlos, que fueron anulados, declarando, en definitiva, la inconstitucionalidad y nulidad de la ley orgánica 10/1980, en su parte pertinente (art. 3º, párr. 2º, referido al procedimiento de urgencia), que permitía que un mismo juez realizara diligencias instructorias y presidiera el debate; cf. sobre ello el artículo de Fernández Entralgo, Jesús (uno de los jueces que planteó la cuestión), "La posible inconstitucionalidad de la acumulación de las funciones de instrucción y fallo en un mismo órgano jurisdiccional", en *Jueces para la democracia*, Unigraf, Madrid, octubre 1987, pp. 19 y sigs.; y las sentencias De Cubber (1984), Delcourt (1970) y Pierocki (1982), del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que contienen pronunciamientos en el mismo sentido, para casos similares, detectando la quiebra de uno de los derechos humanos de la Convención Europea, el derecho a ser juzgado por un juez imparcial (art. 6º, párr. 1º), y procediendo en consecuencia.

b) El debate público, su organización y formas de proceder, es, por sí mismo, un problema. Basta observar o estudiar la manera distinta según la cual se desarrolla un debate en el ámbito anglosajón y en el continente europeo para darse cuenta de la multiplicidad de problemas a solucionar que él encierra.

Nosotros hemos propuesto un debate que, partiendo de la tradición continental, agrega, sin embargo, muchos elementos del anglosajón. Este último se parece mucho más que aquél a un juicio *de partes* frente a árbitros imparciales, los jueces que integran el tribunal. En especial, nos parece que resulta necesario reducir sustancialmente el protagonismo y las facultades de los jueces del tribunal de fallo durante el debate, para confiar en que el caso sea presentado y expuesto por quienes representan los intereses en conflicto. Sólo de esta manera existe verdadera *contradicción*, cuando existen, también, verdaderos *contradictores*,⁴ y cuando el tribunal asume su imparcialidad, evitando tomar partido o auxiliar a una de las partes. Ello implica, además, que los jueces que integran el tribunal del debate y la sentencia no deben conocer el caso antes de ingresar a la audiencia, por lo contrario, sólo deben conocerlo durante la audiencia del debate, y, especialmente, no deben tener a su vista, cuando existen, las actas de la instrucción preparatoria.

Algunos principios, como el *intra curia nocet* y las posibilidades de investigación judicial autónoma deben ser sometidos a estudio y revisión; de allí deriva, asimismo, la reforma de la manera de obtener la información, de interrogar al acusado, a los testigos y a los peritos que informan en el debate, que debe ser sustraída, básicamente, de la tarea de los jueces, para pasar a manos de los contendores. Todo ello, a pesar de que no transformaría radicalmente el sistema, que seguiría devoto al acusatorio formal (formalización relativamente acusatoria de una persecución penal inquisitiva), le daría mayor apariencia y contenido de juicio acusatorio, aspecto que resulta de gran importancia para ciertos principios garantistas.

c) La participación de la víctima en los procedimientos por delitos de acción pública constituye un problema general del procedimiento común⁴⁴. Pero su ingreso al juicio público,

⁴⁴ Cf. Maier, Julio B. J., "La víctima y el sistema penal", en *De los*

en especial, plantea problemas políticos cuya solución no sólo no es sencilla, sino que, antes bien, está vinculada a la concepción misma del Derecho penal e, inclusive, al papel protector del imputado frente a la persecución penal que cumple el Derecho procesal penal. Se trata, aquí también, de un problema conjunto del Derecho penal y del Derecho procesal penal.

Mientras se mantenga el actual estado de cosas y el Derecho penal constituya, fundamentalmente, un medio de control social directo y vigoroso por parte del Estado, nos ha parecido mejor conceder a la víctima un papel en el procedimiento común, vinculado más a la colaboración con el ministerio público (*acusador adhesivo*), que a erigir otro acusador autónomo frente al imputado (*acusador conjunto*). Ello repercute, básicamente, en su propio poder de conducir a un acusado al juicio público y en el régimen de los recursos contra la sentencia.

Resta definir, sin embargo, problemas arduos relativos a la víctima en el procedimiento penal. En primer lugar, el ingreso de la cuestión civil emergente del delito al procedimiento penal, la forma de su ingreso y las modificaciones necesarias del rito, cuando ingresa la cuestión civil, que, necesariamente, lo tornan complejo y repercuten sobre la organización judicial si, como corresponde, se desea brindar auxilio a la víctima necesitada y evitar, en lo posible, la falta de acceso al procedimiento judicial que el mismo delito y la situación socio-económica plantean a las víctimas.

Ni la intervención, ni la protección a la víctima, terminan con su papel activo en el procedimiento. Por lo contrario, aunque la víctima o sus sustitutos decidan no inmiscuirse en él, el conocimiento del hecho punible depende en tal medida de ellos que, salvo casos excepcionales, no lograrán evitar intervenir en él. Es por ello que, aun en este caso, deben preverse derechos de información de la víctima sobre la marcha del proceso, especialmente en los casos de clausura de la per-

delitos y de las víctimas, cit., n° 3, pá. 214 y sigs., con los diferentes problemas relativos a la intervención de la víctima en el procedimiento común y su definición.

En el Proyecto para Guatemala, sancionado recientemente como CPP de esa República, estos problemas tenían mayor definición que en el CPP modelo *Iberoamérica*.

secución penal por cualquier razón, y que la protección alcanza también a la víctima como testigo del hecho, caso en el cual, se sostiene, debe permitirse su asesoramiento jurídico. Casi todos los procedimientos tendientes a reemplazar la solución penal del conflicto deberían contar con la intervención de la víctima, suficientemente informada al respecto.

El procedimiento por delito de acción privada representa el máximo poder de la víctima en el sistema penal, pues de su voluntad depende no sólo la actuación del Derecho penal, sino también, regularmente, la ejecución de la pena.

d) El problema de las *prohibiciones probatorias* —o de las prohibiciones de valoración probatorias—, con ser un problema singular, atinente a todo el procedimiento, tiene una repercusión especial durante la preparación del debate (admisión de la prueba), durante el debate y en la fundamentación de la sentencia. Regular convenientemente la cláusula de exclusión, tarea difícil por sus extensiones, resulta, sin embargo, absolutamente necesario hoy en día. Se trata, como se sabe, de la afirmación de principios de garantía relativos a derechos humanos, cuyo desarrollo torna imprescindible nuevas formulaciones⁴³.

e) La *determinación judicial de la pena* es hoy un problema que comparten el Derecho penal y el procesal penal, con íntimos contactos con la propia ejecución penal. El Derecho penal, de gran desarrollo en relación a la teoría analítica del delito, no ha dedicado esfuerzos similares o, cuando menos, en relación a aquéllos, para analizar parámetros y limitaciones que racionalicen la medición de la pena concreta a aplicar y conduzcan a decisiones predecibles sobre el punto, a pesar de la importancia capital del tema, en función de que la pena a aplicar es, en definitiva, el centro explicativo y la razón de ser del sistema penal. Para el Derecho procesal penal el tema es casi inexistente, entre nosotros, como objeto de meditación. En este capítulo del juicio y la decisión dejan de regir las exigencias ciertamente complicadas del enjuiciamiento penal para considerarlo justo o adecuado al Estado de Derecho: defensa, inocencia, fundamentación de la de-

⁴³ Cf. Soler, Sebastián, que adelanta esa idea en "La formulación actual del principio *nullum crimen*", en *Fr en el Derecho*, T.E.A., Buenos Aires, 1986, ps. 277 y sigs.

cisión y sus múltiples derivaciones en reglas de principio, carecen de aplicación para el juicio sobre la pena, sin explicación alguna que intente legitimar esa forma de proceder.

Más la doctrina que la legislación y la práctica judicial postula hoy una división del juicio público o debate penal en dos y hasta en tres partes⁴⁶, con el objeto de racionalizar el juicio sobre la pena. Se discute acerca del momento de la cesura, del contenido de cada periodo, pregunta relacionada íntimamente con la anterior, de la mayor o menor separación temporal entre ambos debates, pregunta vinculada a la mayor o menor formalidad de la separación y al momento de realización de la investigación preparatoria necesaria para el debate sobre la pena, por fin, acerca de la influencia de la cesura en el sistema de los recursos.

Existen antecedentes legislativos y prácticos sobre el tema, sobre todo en el ámbito de la legislación penal para menores y, por supuesto, en aquellos órdenes jurídicos que adoptan el juicio por jurados. Tanto el *Proyecto federal argentino de 1986* (art. 287), como el *CPP modelo Iberoamérica* (art. 287), y el *Proyecto guatemalteco* (art. 308) introducen tímidamente la cuestión⁴⁷.

f) El sistema de recursos merece especial atención. Una simplificación de los recursos durante la investigación preliminar es deseable, en homenaje a la celeridad y eficiencia del procedimiento. Pero tal simplificación sólo puede ser instrumentada por la transformación del procedimiento penal íntegramente. En ese sentido, ella va de la mano con una desformalización de la instrucción preparatoria, con la estricta-

⁴⁶ Cf. Bustos Ramírez, Juan, "Medición de la pena y proceso penal", en *Hacia una nueva justicia penal, Symposium sobre la transformación de la administración de justicia penal*, *Boletín Oficial*, Buenos Aires, 1989, t. 1, p. 319 y sigs.; Maier, Julio B. J., "La cesura del juicio penal", en *Doctrina penal*, Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 225 y sigs., y bibliografía allí citada.

⁴⁷ Acerca de los antecedentes y de propuestas concretas tanto en el ámbito del Derecho penal material, como en el procedimiento penal verá el seminario de este año del Departamento de Derecho penal y criminología que yo dirigi. Dos trabajos, aún inéditos, que esperamos poder publicar, no sólo proporcionan información sobre el tema, sino que, además, proponen soluciones concretas para él: Magarinos, María, *Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena*; Bertoni, Eduardo Andrés, *La cesura del juicio penal*.

ta observancia de la regla que impide utilizar sus actos en el debate público, como fundamento de la sentencia, y con la estructuración de un procedimiento intermedio o audiencia preliminar al debate donde se discute ampliamente las múltiples cuestiones incidentales que hoy son patrimonio de la instrucción.

La máxima que obliga a que el fundamento de la sentencia emerja solamente de los actos válidamente incorporados al debate público y a que los jueces que lo presenciaron sean los únicos habilitados para dictarla, reduce las posibilidades de recurrirla a un examen del procedimiento seguido, en el sentido de haberse observado las reglas del *juicio justo* (*fair trial*) para lograr la decisión del caso (*casación formal*), y a un reexamen de la solución material del caso, conforme a reglas jurídicas (*casación material*)⁴⁴. Sin embargo, precisamente la regla de garantía que contienen las convenciones sobre derechos humanos sobre la recurribilidad de la sentencia, obliga a prescindir de las innumerables trabas formales tradicionales en este recurso y a ampliar su comprensión convenientemente, para permitir verificar ante el tribunal de casación la irregularidad del procedimiento seguido e de las conclusiones y fundamentación de la sentencia, aunque la formulación del hecho punible esté vedada al tribunal de casación.

La simplificación del sistema de recursos se vincula, por lo demás, con una horizontalización de la organización judicial, hasta ahora verticalizada, necesaria en un Estado democrático y, a su vez, factor de la independencia e imparcialidad del juez en relación al caso que debe decidir, y con la preferencia de controles externos para la administración de justicia, en lugar de los controles internos, propios del absolutismo.

g) Iberoamérica está constituida por Estados en los cuales, en mayor o menor proporción, conviven aún hoy individuos que proceden de diferentes culturas, una autóctona anterior a la colonización europea, y otra migratoria producto

⁴⁴ La compatibilidad del recurso de casación con la regla de las convenciones de derechos humanos (Conv. americana, art. 8º, n° 2, b) que prevé la obligatoriedad de un recurso contra la sentencia condenatoria en *Muier, Julio B. J., Derechos...*, op. cit., § 7, D, ps. 518 y sigs.

de la colonización y de la inmigración posterior. En varios de esos países el problema no es marginal, en el sentido de cuestionarse cómo tratar a una minoría étnica y cultural, sino principal, en el sentido de que una gran proporción de la población, que inclusive supera a la minoría poderosa y gobernante, de origen europeo, está constituida por indígenas, cuya manera de solucionar los conflictos sociales o bien no se compeadece con nuestro sistema penal, originado en la cultura continental europea, o bien se trata de individuos extraños a él, pues no lo gobiernan ni comprenden en un mínimo indispensable; al punto de que ni siquiera entienden el procedimiento concreto, que transcurre en un idioma que les es extraño, o bien ellos no comprenden el caso como conflictivo. No son raros, tampoco, los casos de un *bis in idem*: indígenas juzgados por el método oficial y por el propio de su comunidad, sobre todo cuando el caso queda encerrado en la propia comunidad aborigen. La civilización europea que colonizó y migró a estas latitudes domina e impone sus métodos, aun en los casos de países en los cuales esa población es, claramente, una minoría. La marginación del indígena es una triste realidad nuestra, con la que convivimos sin atinar a darle una solución distinta, acorde con la dignidad de esos pueblos y con la dignidad que sus individuos poseen por el sólo hecho de ser seres humanos. Tal realidad no ha provocado tan siquiera nuestra imaginación académica, acorde con nuestra cultura de confrontación entre dos mundos distintos, respetables ambos y necesitadas de la tolerancia para la convivencia común. La conquista ha sido nuestra única solución en 500 años.

Para quien quiera esbozar una solución al sistema penal de Iberoamérica, que no sea concebida como el puro ejercicio del poder, ni pretenda sólo legitimar la violencia por intermedio de reglas jurídicas, resulta indispensable encarar esta cuestión. Y para encararla es preciso conocerla. Se debería fomentar el estudio histórico y actual profundo de los métodos de solución de conflictos sociales por parte de las comunidades indígenas, para, a partir de ese conocimiento, intentar la solución de compromiso que permita la convivencia tolerante de ambas culturas en el seno de un mismo Estado. Ello aparece como bastante difícil, pues la misma noción política de Estado, en su significado cultural propio, es importada por la conquista y conservada por el dominio de la

civilización europea, pero es el único camino a intentar para considerarnos hijos de un mismo país, ciudadanos de un mismo Estado democrático, que respeta a las personas por el hecho de ser tales y tiende a concederle los mismos derechos efectivos a todo habitante del país, sin distinción de raza, credo o color de piel.

B. La organización judicial

Según hemos observado, las reformas del procedimiento conducirán, inevitablemente, a una transformación de la organización judicial⁴⁶. Empero, tanto por necesidades relativas a la eficiencia del procedimiento, como por aquellas sólo relativas a la democratización de la organización judicial, resulta imprescindible pensar en la transformación de esa organización, para apartarla del sistema tradicional utilizado entre nosotros.

I. Singular importancia tiene la discusión acerca de la incorporación de jueces accidentales o no profesionales al tribunal de juicio. La participación ciudadana en las decisiones judiciales, bien en el tradicional modo del *juicio por jurados*, bien mediante la incorporación de *escabinos* que operan junto a los jueces profesionales, es, desde antaño, un símbolo de democratización e independencia judiciales, que el iluminismo renovó, oportunamente, al crear el Estado de Derecho⁴⁷.

⁴⁶ Hasta qué punto ello es así puede mostrarse, como ejemplo, la sentencia del Tribunal Constitucional español (v. nota 43) al sentar la regla de principio de que la confusión entre el juez que lleva a cabo o autoriza medidas de investigación o preliminares y aquel que interviene durante el juicio es intolerable, provocó toda una reforma del procedimiento de urgencia y, también, de la organización judicial española que se vincula con este tipo de procedimiento abreviado.

⁴⁷ Cf. sobre ello, Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, Albatros, Buenos Aires, 1942, Libro VI, Cap. IV y V, pá. 117 y sigs., Libro XI, Cap. VI, pá. 189 y Cap. XVIII, pá. 200; Beccaria, "Dei delitti y delle pene", en *Opere*, Medicebanca, Milano, 1984, § XIV, pá. 68 y sig.; Schmidt, Ebenhard, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafverfügung*, 3ª ed., Vandenhoeck u. Ruprecht, Göttingen, 1967, §§ 290 a 295, pá. 302 y sig.; Carrara, Francesco, *Programa*, del Curso de Derecho criminal dictado en

No hay duda acerca de que, quien opta por tribunales con participación ciudadana, y en la medida en la que lo haga, prefiere los controles externos a la administración de justicia, para garantizar un juicio y una decisión más justos, a los controles internos, burocráticos, propios del Estado autoritario, como forma política, y de la Inquisición, como sistema punitivo.

II. Tal participación popular, con ser necesaria para desburocratizar el sistema judicial pues evita que el poder penal del Estado sea operado tan sólo por funcionarios estatales⁵¹, no es suficiente para lograr ese propósito.

Imperan en América Latina formas tradicionales de gobernar el Poder Judicial jerárquicamente, negando la independencia judicial, concebida como prescindencia absoluta frente al caso de toda directiva dirigida al juez que administra justicia, que no sea la propia ley. Tal prescindencia no existe, tampoco, cuando ella parte del Poder Judicial mismo, de otros tribunales. Los remedios o controles –mal llamados recursos– que operan automáticamente, de oficio, el reexamen del caso por otro tribunal superior al de primer grado (ej.: la consulta), el deber de recurrir puesto en cabeza de los funcionarios del ministerio público, la obligatoriedad de la

la Real Universidad de Pisa, trad. de la 11ª ed. italiana por Soler, Sebastián - Gavier, Ernesto R. - Núñez, Ricardo C., Depalma, Buenos Aires, 1944, T. 2, pp. 139 y sigs., y §§ 914 y sigs., pp. 305 y sigs.; sobre la institución, su historia y sus posibilidades, Soriano, Ramón, *El nuevo jurado español*, Ariel, Barcelona 1982; Caballero, Ricardo J. - Handler, Edmundo S., *Justicia y participación*, Universidad, Buenos Aires, 1988.

⁵¹ Un profesor inglés, Lord Gareth Williams, que visitó hace escasos días Buenos Aires, contestó a las réplicas vernáculas acerca del jurado, inteligibles para él (había leído tres artículos de la Constitución Argentina que imponían esta forma de juzgamiento: el juicio por jurados), que él no podía imaginar un Estado autoritario cuyo sistema judicial incluyera a los jurados, y que no conocía, históricamente, una forma de gobierno autoritaria en presencia de tribunales integrados por jurados; parecía que, para él, esta institución era no sólo una de las bases, sino, antes bien, el primer fundamento de aquello que los ingleses denominan democracia: el derecho a ser juzgado por un jurado de vecinos y no por funcionarios estatales. Recuerde que el profesor alemán, Dr. Albin Eser, expresó algo similar respecto de la justicia penal, concurso de ciudadanos sin el cual era escasamente concebible la idea de justicia correspondiente a un Estado democrático.

doctrina de ciertos fallos para los tribunales inferiores y sus jueces, el abuso del efecto suspensivo de los recursos del acusador, para inhibir la ejecución de decisiones favorables para el imputado, hasta tanto no las confirme un tribunal superior, son ejemplos de una injerencia del propio Poder Judicial, que vulnera la independencia e imparcialidad (carencia, en lo posible, de prejuicios previos) del juez de la causa, apotegma que no se agota con la creación de un organismo judicial diferente del ejecutivo y del legislativo.

Transformar la estructura organizativa del Poder Judicial significa, si se realiza en el sentido correcto, su *desburocratización*. Para lograrlo resulta imprescindible *horizontalizar* esa estructura, de modo de evitar, en la mayor medida posible, el carácter inverso contradictorio de su organización actual, la verticalización jerárquica, propia de los sistemas autocráticos, y terminar con la organización feudal, que identifica unidad administrativa con unidad de pronunciamiento, inmovilizando la integración de los cuerpos judiciales de decisión, incluso por períodos del procedimiento y en desmedro de la racionalización del aprovechamiento integral de los recursos humanos y materiales del Poder Judicial. La tecnificación de la gestión administrativa, supuesta por una estructura tan compleja como la de los tribunales de justicia, que atienden un sinnúmero de casos a la vez, cuando persigue un fin político adecuado y sirve a él, colabora en la tarea de aprovechar al máximo los recursos humanos y materiales de los que se dispone.

III. La transformación organizativa del ministerio público, conforme a las tareas que debe asumir en el procedimiento de persecución penal, aun de características algo inversas a aquellas que gobiernan a los órganos judiciales (*unidad y jerarquía*), es, también, imprescindible.

Junto a ella resulta necesaria la creación de un *servicio de defensa oficial o pública*, para cumplir con eficiencia la tarea de asistir al imputado que no provee a su defensa técnica, total o parcialmente. De los tres sistemas posibles de defensa oficial, el honorífico, fundado tan sólo en la regla ética que obliga al abogado a defender gratuitamente, el organizado sobre la base de funcionarios estatales y el organizado por las asociaciones profesionales de abogados sobre

la base del auxilio económico estatal, que implica el deber de asistir técnicamente a quien no puede o no quiere procurarse privadamente esa asistencia, prefiero este último, sobre todo porque, a pesar de no lograr el mismo efecto que el defensor de confianza, elagido y contratado por el imputado, preserva la relación de confianza profesional, base de todo servicio asistencial, y supone una exigencia profesional, debido al pago de los servicios prestados⁸².

De la misma manera, es preciso crear un servicio de asistencia para la víctima sin posibilidades de hacer valer su interés en el procedimiento, ya sobre la base del mismo sistema de defensa oficial, o bien con la colaboración de las asociaciones intermedias existentes en el seno social, cuyo objeto asociativo coincide con este fin.

4. LA CONSOLIDACIÓN DEL MOVIMIENTO REFORMISTA EN EL MOMENTO ACTUAL.

I. El siglo XX transcurre prontamente hacia su final y los países latinoamericanos, en general, no logran consolidar sus instituciones de funcionamiento cotidiano conforme a la idea republicana y democrática que preside su orden jurídico fundamental. La idea de una ruptura entre sus declaraciones principistas sobre la forma de su organización social y sobre las relaciones sociales, en especial la de los ciudadanos con el Estado, y las reglas que gobiernan el ejercicio cotidiano del poder público y las relaciones con los ciudadanos y de ellos entre sí, sigue definiendo su realidad institucional. Al menos en el ámbito del sistema penal, esta realidad se presenta como evidente e impide ingresar a un debate moderno sobre el uso del sistema penal, aun desde un punto de partida tradicional o conservador. El hecho de que ideas conservadoras sobre el sistema penal, en otras latitudes de nuestro mismo ámbito cultural, sean tachadas por radicales y hasta por revolucionarias entre nosotros, ordinariamente, confirma esta tesis.

⁸² Cf. Guariglia, Francisco, "El nuevo sistema de defensa de oficio en el procedimiento penal", en J.A., Buenos Aires, 1982, n° 5777 (20-V-1982), ps. 4 y sigs.

El escollo principal para un avance sustantivo del sistema penal, que, al menos, coloque a estos países en posición de respeto de su orden jurídico fundamental, es político: los estratos sociales que dominan la escena política no confían en una reforma que supere el esquema colonial, al que ellos se aferran como símbolo mágico de su dominio. El problema económico, traído a colación como argumento justificante de la resistencia a la reforma, en todo caso otra consecuencia del atraso cultural, es tan sólo un sofisma argumental, pues nada impide modificar una administración de justicia colapsada por otra que intente emerger de ese estado, con los mismos recursos destinados actualmente al Poder Judicial, mejor aplicados. En todo caso, lo único cierto de ese argumento es la existencia de extensas capas de población afectadas por la pobreza y marginadas de la vida social, clientes habituales del sistema penal, cuyo aparato selector los elige, tanto teórica como prácticamente: se trata de marginar más vigorosamente a los ya marginados.

II. En lo que hace al procedimiento penal, sólo islas han hecho frente al atraso cultural, aunque, se debe señalar, este enfrentamiento, con ser plausible, sólo es parcial, medido al momento actual, pues representa la recepción del Derecho europeo continental vigente en el siglo XIX. Los problemas modernos, expuestos antes parcialmente, son ignorados por el grueso de la legislación latinoamericana.

Dentro de esas islas se cuenta, desde antiguo, la legislación dominicana, que adoptó el Código Francés origen de la transformación en la Europa continental en el siglo XIX (1808); pero, lamentablemente, la implementación general adolece de defectos capitales que ya provienen de la propia organización administrativa del Estado. Si a ello se le suma que ya nadie conserva esa legislación, ni siquiera el propio país de origen, que primero la adaptó varias veces, inclusive durante el siglo XIX, y luego la reemplazó en la década de los 60, después de la Segunda Guerra Mundial, a más de que la legislación penal francesa no resultó un modelo conveniente para tomar como ejemplo, ya en el siglo XX, el panorama resulta desolador.

El caso de la República Argentina es curioso. País federal, no fue la legislación del Estado federal la que produjo

algún tipo de modificación, rectora del progreso en la materia. Fue, en cambio, la legislación provincial aquella que se ocupó del tema. A partir del famoso Código Procesal Penal para la provincia de Córdoba, sancionado por el parlamento provincial en 1939, cuya base está representada, principalmente, por los códigos italianos de 1913 y 1930, las demás provincias argentinas fueron produciendo, paulatinamente, sus propias reformas, que representan, genéricamente hablando, el resultado final de la legislación europeo-continental después de la gran reforma producida en el siglo XIX, tal como apareció a comienzos del siglo XX y siempre antes de la segunda conflagración mundial. La legislación federal fue, en cambio, el bastión de la resistencia de la legislación colonial, hasta que, hace apenas un mes, entró en vigencia un Código Procesal Penal, copia del cordobés originario, con modificaciones parciales que no alcanzan a transformar mínimamente el modelo y, en ocasiones, lo perjudican. Tal legislación se adopta en momentos en los cuales la provincia de origen y la de Tucumán intentan un paso adelante, en todo caso tímido, tomando a su cargo algunos problemas modernos del procedimiento penal.

El Código de Córdoba de 1939 tuvo repercusión en los países hispanoamericanos. Pero sólo Costa Rica decidió adoptarlo (1975), siguiendo el consejo inicial para la confección de un código modelo. Costa Rica tuvo la virtud, derivada de un sincero acercamiento general de sus instituciones a la forma de gobierno republicana, y el talento necesario para instrumentar su vigencia de manera adecuada, en especial, con un esfuerzo de transformación de su organización judicial casi extraño entre nosotros. La nueva ley no sólo produjo resultados prácticos notables, a la época de su vigencia, sino que, además, continúa produciéndolos actualmente, pues sus jueces y juristas, cualesquiera que sean las críticas que merezca el proceso de reforma, continúan preocupados por su sistema penal y por la solución de los problemas modernos que él plantea.

III. En la década anterior da comienzo un movimiento inusual referido a los sistemas penales de los países iberoamericanos. Por primera vez se vincula institucionalmente al sistema penal, en especial a la administración de justicia penal, con el ejercicio democrático del poder estatal. Numerosos

institutos académicos o semiacadémicos se ocupan ahora del estudio de este problema y de desarrollar planes de política criminal que involucren la reforma del sistema tradicional. El auxilio económico para países en desarrollo incluye al sistema penal como objeto de ese desarrollo, un especial del desarrollo social, base para su desarrollo económico y cultural.

De otra parte, los gobiernos de los países iberoamericanos parecen haber comprendido, en general, la necesidad de adecuar su funcionamiento institucional a los principios que rigen sus constituciones, en más o en menos respetuosas del Estado de Derecho y de la forma democrática de gobierno. En ese sentido, han aceptado y hasta solicitado la ayuda externa para el desarrollo de este ámbito de relaciones y creado sus propias comisiones internas para intentar desarrollar un modelo de reforma del sistema penal o adaptar aquellos que los esfuerzos académicos o gubernamentales ya han desarrollado. No son ajenas a este movimiento las convenciones universales y regionales sobre derechos humanos, en alguna medida ya operativas y aplicadas por instituciones internacionales, y las asociaciones no gubernamentales que tienen por objeto el cuidado de la observancia de estos derechos.

Sin embargo, la situación no es clara, mirando hacia el futuro, y, sobre todo, no se corresponde con el esfuerzo -inclusive el financiero- realizado. Los frutos demoran en madurar y la resistencia política a esos cambios, enquistada en los propios gobiernos de la región y sus organismos encargados de la persecución penal, en el mismo Poder Judicial y en las corporaciones de operadores jurídicos, logra paralizar el efecto práctico de los cambios propuestos.

Desde el punto de vista legislativo, el cenit de la reforma es alcanzado, hasta ahora, por el nuevo Código Procesal Penal de Guatemala, sancionado recientemente. No se trata, sin embargo, del mismo proyecto originario, pues sufrió modificaciones²²; empero, él era acompañado por modificaciones sustanciales en el Derecho penal material y, después, por un

²² Desconozco las modificaciones introducidas, aunque conozco que se dio de baja la participación de ciudadanos en los tribunales penales y que la organización judicial propuesta no tuvo eco. Hasta lo que conozco, la estructura general del proyecto fue respetada.

proyecto de nuevo código penal y ley de ejecución penal, que, hasta el momento, no han sido debatidos parlamentariamente. Indudablemente, en el caso de Guatemala, no se logrará un progreso legislativo palpable en el uso del poder penal del Estado, sin una reforma de sus leyes penales materiales.

Ecuador ha materializado ya un *Proyecto de nuevo Código Procesal Penal*. El Salvador estudia, a través de una comisión designada al efecto, una reforma total de su sistema penal, con base en la reforma de sus leyes procesales penales. Costa Rica ha creado una comisión que estudia modificaciones parciales a su Código Procesal Penal, relativas a los nuevos problemas que enfrenta el enjuiciamiento penal y la organización judicial, partiendo, como ya lo hemos observado, de un nivel superior, en la materia, al de los demás países. Se conoce que Perú modificó sus leyes operativas en materia penal²⁴. Colombia, a raíz de la nueva Constitución, modificó su organización judicial, en especial, según conozco, la ubicación institucional y el funcionamiento del ministerio público, y la manera en que proceden los tribunales de justicia penal, pero no parece que las reformas estén presididas por una idea similar a la del Código Procesal Penal modelo Iberoamérica; acerca de su contenido son precisos estudios más detallados. La Argentina, interin, ya casi ha completado, en un ciclo que supera los cincuenta años, la recepción de la antigua legislación de la provincia de Córdoba, que sirvió de punto de partida para el Código Procesal Penal modelo Iberoamérica, con la sanción y vigencia de su nuevo Código Procesal Penal para la Nación, de deficiente instrumentación práctica y, paradójicamente, de una repercusión nula en su organización judicial; merecen cambio atención y estudio los nuevos Códigos de las provincias de Córdoba y de Tucumán, que siguen una línea más moderna y representan mejor al Código Procesal Penal modelo Iberoamérica.

²⁴ No he podido enterarme del alcance de esta reforma, ni conozco sus textos, de manera que me es imposible ubicar esta reforma, valerar el resultado e avizorar su futuro. Sin embargo, el opúsculo "Poder Judicial en el Perú: crisis y alternativas", debido al Instituto Justicia y Cambio, formado por funcionarios judiciales del Perú (1989), publicado en *Juicios para la democracia*, Unigraf, Madrid, setiembre de 1990, n° 10, p. 75 y sigs., erradica la idea de que algo ha cambiado y conduce a pensar en que la noticia es tan sólo un espejismo o un simple error de información.

Existen también esfuerzos parciales: en El Salvador, el movimiento reformista ha concebido, en una primera etapa, reformas legislativas parciales, que buscan adecuar mínimamente sus instituciones al Estado democrático de Derecho que se pretende; inclusive, allí se realiza esfuerzos para crear un sistema de defensa pública; Bolivia realiza un esfuerzo parcial en este último sentido e intenta transformar al ministerio público penal; a la par, destina muchos esfuerzos a la persecución penal de los delitos referidos a las drogas y sustancias controladas, esfuerzos que no guardan relación con la reforma del sistema penal, sino, antes bien, con una represión efectiva.

IV. Creo que, como colofón, es preciso advertir que, en líneas generales y sin ingresar en adaptaciones locales menores, se conoce bien tanto lo que sucede en el ámbito de los países iberoamericanos, como los lineamientos de la reforma a introducir. No son mayormente necesarios estudios empíricos evaluativos sobre los resultados del sistema aplicado, pues ellos son bien conocidos²⁴. Por lo demás, si bien la reforma resulta necesaria para obtener fines prácticos, lo cierto es que, ya desde el punto de vista puramente especulativo aparece como imprescindible, porque se trata de que el Derecho común se corresponda con los principios democráticos y del Estado de Derecho que orientan las constituciones de los países del continente sudamericano y centroamericano. Tampoco resulta decisivo para la reforma, la mayor o menor posibilidad económica del país que desee el cambio: sistemas de justicia mejores a aquellos que rigen han sido posibles en sociedades menos pudientes que las nuestras e, inclusive, como lo hemos indicado, en países que sufren nuestros mismos problemas económico-financieros. Lo trágico no es, precisamente, aquello que hay que hacer, bien conocido en el mundo de la ciencia jurídica y de la política criminal, sobre

²⁴ Como ejemplo, puede leerse, Carranza, Elías-Houad, Mario-Mora, Luis Paulina-Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*, I.L.A.N.U.D., San José, Costa Rica, 1983; Garita Wilchez, Ana Isabel, *La defensa pública en América Latina desde la perspectiva del Derecho procesal penal moderno*, I.L.A.N.U.D., San José, Costa Rica, 1991; El ministerio público en América Latina desde la perspectiva del Derecho procesal penal moderno, I.L.A.N.U.D., San José, Costa Rica, 1991.

todo si se trata de una reforma moderada y no de hacer efectiva una posición radical respecto del sistema penal, sino, por lo contrario, el obtener la decisión política sincera a favor de una reforma de envergadura de aquellos que dictan la política criminal de los países involucrados o tienen influencia decisiva en ella. Siempre ha sido más sencillo conservar que transformar.