

EL ENJUICIAMIENTO PENAL EN ESPAÑA Y AMÉRICA EN EL SIGLO XX. LA APORTACIÓN ESPAÑOLA A PARTIR DEL SISTEMA DEL JUICIO ORAL Y PUBLICO

Manuel de la Hera Oca, Magistrado

Texto leído en la sesión pública de la Real Academia Hispanoamericana de Ciencias, Artes y Letras de Cádiz, celebrada en Cádiz el día 31 de Enero de 2.002, con anotaciones

Sumario:

Parte Primera.- El camino hacia el modelo de enjuiciamiento en España

I.- La larga transición judicial desde el Antiguo al Nuevo Régimen en la España del Siglo XIX

II.- La obra codificadora y orgánica del Sexenio Revolucionario

III.- Los caracteres del proceso diseñado por la ley de Enjuiciamiento Criminal de 1.881

IV.- Las reformas posteriores del sistema de enjuiciamiento

Parte Segunda.- El camino hacia el modelo de enjuiciamiento en América

V.- La situación en América tras el proceso de emancipación

VI.- La situación en América en los años 70 del Siglo XX

VI.- La situación en América en los años 70 del Siglo XX

Parte Tercera.- El Derecho de los Derechos Humanos en relación al proceso penal en España y América

VII.- La aparición del derecho de los Derechos Humanos como motor de la reforma judicial en España

VIII. La interpretación supranacional de la Constitución

IX. El proceso penal diseñado por el convenio Europeo de Derechos Humanos

X.- La irrupción en América del Derecho de los derechos Humanos

Parte Cuarta.- El día de hoy americano

XI.- Los Nuevos Códigos Procesales Penales

XII.- Los nuevos Tribunales americanos

XIII.- Los nuevos Jueces de América. La contribución española para la formación de nuevos Jueces americanos

XIII.- Los nuevos Jueces de América. La contribución española para la formación de nuevos Jueces americanos

Excelentísimo Señor Director de la Real Academia Hispanoamericana de Ciencias, Artes y Letras de Cádiz

Excelentísimo Señor Presidente de la Diputación Provincial de Cádiz

Ilustrísimos Señores Académicos de Número

Ilustrísimos Señores

Señoras y Señores

No quiero dejar pasar ni un momento sin rendir tributo al Doctor Don Antonio Orozco Acuaviva, hombre de la cultura, alma y pasión de esta Real Academia Hispanoamericana durante tantos años, como Académico y Director, y como divulgador de su propia sabiduría y buceador en el inmenso mar del conocimiento acumulado en esta ciudad sobre la aventura de América.

Y, fundamentalmente, como animador de tantos y tantos que, siguiendo sus pasos, aprendieron a conocer y a amar el pasado y el presente de Hispanoamérica vista desde este rincón de España; y que también se hallan con la atención puesta en los momentos difíciles por los que pasan, o de los que emergen, muchas de esas Repúblicas hermanas.

A la vez, debo agradecer personalmente a esta Real Academia Hispanoamericana, y a su Excelentísimo Señor Director la acogida que he recibido desde el momento en que me ofrecí a colaborar en los trabajos de esta digna Institución. No pasaron ni siquiera minutos desde ese momento hasta que tuve asignado tema de investigación y quedaba emplazado, con término breve, a hacer ciertos los propósitos.

Debo dar las gracias también al Excelentísimo Señor Ministro Togado Don Emilio Jiménez Villarejo por la amable presentación que ha realizado de este conferenciante, cuyo contenido debo entender en términos de simpatía, por la que tiene hacia la Carrera Judicial a la que pertenezco y en la que forman sus hermanos; pero también de compañerismo, ya que hemos formado parte juntos del plantel de Magistrados de la Audiencia Provincial de Cádiz, él como suplente, poniendo la plenitud de su experiencia al servicio de los demás, y yo haciendo mis primeras armas en un Tribunal colegiado, laborando día a día y codo a codo, siguiendo un ideal de Justicia impartida con serenidad, imparcialidad y rectitud, sabiendo que las Leyes y el Derecho están al servicio del hombre y del ciudadano.

Y por fin debo agradecer su presencia y atención a ustedes, señoras y señores que han acudido a este acto en homenaje al Doctor Orozco Acuaviva, convocados por el lustre y la solvencia de esta Institución más que por la curiosidad que pueda despertar el que va a hablarles, que lo va a hacer sin embargo con el deseo de interesarles en una de sus pasiones más sentidas: la administración de la justicia penal.

También les quiero indicar, para entrar en materia, que como recuerda el Catedrático de Derecho Administrativo Don Rafael Entrena Cuesta¹, al hablar de los rudimentos del procedimiento sancionador y del principio de audiencia del imputado, cuando Dios bajó al Paraíso, conociendo la falta de Adán, no le castigó de plano, sino que le dio la oportunidad de defenderse, sometiéndole a juicio junto a Eva (*“Adán, ¿qué has hecho?”*), y sólo después de ese juicio, dictó su ya conocida sentencia.²

Cierto es, igualmente que Tomás Moro, Lord Canciller y Jurista, al hallarse encarcelado en la Torre de Londres a causa de su oposición al matrimonio del Rey, clama por su enjuiciamiento ante sus iguales, con publicidad y derecho a defenderse, diciendo al Rey que, mientras le mantenga encarcelado y sin juicio, está cometiendo una arbitrariedad, y solo podrá purgarla si se le condena en un juicio justo, aceptando de antemano la sentencia del tribunal si puede defenderse ante los demás ciudadanos de una acusación que previamente conozca.

Igualmente Myo Çid Campeador deduce acusación contra los Infantes de Carrión ante el Rey Alfonso, y sólo después de haber celebrado juicio público, por la devolución de las espadas primero, y por la del ajuar después, y pronunciadas sus respectivas sentencias, se promueve la última querrela por la afrenta de Corpes, con la formalización judicial de la ordalía en boga en la época.³

No han cambiado las cosas mucho desde entonces. El enjuiciamiento oral y público, ante los pares, no sólo es una exigencia del ciudadano, sino que viene definido por la Constitución en su artículo 120, y, si bien no aparece recogido expresamente como derecho fundamental en el título primero de la misma, la realidad es que tiene ese carácter, como se verá.

Pero también, en el límite inicial de esta disertación, puede decirse que la administración de la justicia penal es un tema alejado de las preocupaciones normales del hombre de la calle, persona honrada que tiene a gala no haber sido jamás acusado de transgredir la norma del *“honeste vivere, neminem laedere, sumum cuique tribuere”* ni ha necesitado traspasar las puertas del Palacio de Justicia. Pero no es así en realidad: la Justicia es uno de los valores superiores del Ordenamiento Jurídico, definidos en el preámbulo de la Constitución Española; y ello indica el interés que los españoles hemos puesto en perseguir la finalidad de que las relaciones entre las personas se adecuen a la moralidad comúnmente admitida y a la buena ciudadanía, de manera que todos los ámbitos de la vida de relación interpersonal, social o de carácter público se hallen disciplinados por la norma establecida y conocida, por todos asumida.

Pilar de esa búsqueda de la Justicia en las relaciones humanas e institucionales es la proscripción de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos, que se contiene en el artículo 93 de la Constitución, y que, en lo que nos interesa, se completa y concreta en el artículo 24 de la misma. Sobre ello volveremos más tarde, pero bástenos considerar ahora que la obtención de instrumentos adecuados para promover la justicia en el ámbito penal, ha sido, y es todavía el fruto de una evolución cultural, social, política y legislativa larga y en ocasiones accidentada, en la que se han sucedido épocas de sincero deseo de progreso con otras de regresión o de mero estancamiento, que, a lo largo de dos siglos, ha tenido un curso desigual en España y en América.

¹ Curso de Derecho Administrativo. Tecnos 1967.

² Génesis 3, 8-20.

³ Cantar de Myo Çid, Cantar Segundo, 137 y ss

Vamos a considerar ciertos ejemplos a fin de dejar clara la importancia del enjuiciamiento público. Y en el caso español, por cierto, no nos va a ser necesario alejarnos mucho de Cádiz.

Piénsese en primer lugar en el caso de Don Alejandro de Malaspina, italiano y convecino nuestro, genovés de pro del barrio del Pópulo, quien sienta plaza de aventurero en la Real Compañía de Guardiamarinas de Cádiz, a los veinte años en 1.774. Llega a ser Brigadier de la Armada, prestando servicios distinguidísimos a España y al Rey; combate bajo el mando de Lángara en el cabo Santa María, en el bloqueo de Gibraltar y la batalla de Algeciras, así como contra la escuadra de Howe. Narra la batalla de Trafalgar según la pluma de Galdós. Y sobre todo, es recordado por haber mandado la expedición política, militar y científica al Río de la Plata y a los virreinos del Pacífico, al mando de las corbetas “Descubierta” y “Atrevida”, circunnavegando el globo.

Pues Malaspina, cuyo nombre se halla tradicionalmente en la lista de buques de la Armada recordando su trabajo de marino y de ingeniero hidrográfico, fue preso durante años en el castillo de San Antón de La Coruña, sin juicio, sin acta de acusación, sin posibilidad de defensa letrada, sin derecho alguno a que los demás conocieran porqué se le castigaba. Fue condenado sin juicio, y a una pena cuya duración se ignoraba, convirtiéndosele, de héroe nacional y sabio científico, en mero guñapo podrido en la oscuridad del calabozo. Y nadie sabe en realidad cual fue el motivo de su dilatada prisión, causa que ignoró igualmente Malaspina hasta su muerte en 1.810. No fue juzgado públicamente según el contenido de un acta previa de acusación de la que pudiera defenderse, y no gozó tampoco del derecho a conocer su sentencia y a formular un recurso ante un tribunal superior.

Pero un grito de libertad se dio en el Cádiz sitiado, en 1.812, y se llamó Constitución Política de la Monarquía Española; y en su Título V, se ordenó que se hicieran nuevas leyes que rompieran el estado de cosas anterior, y que los Códigos civil, penal y de comercio, fueran unos y los únicos para toda la Monarquía.

Y hubo de darse otro grito liberal en Cádiz, en 1.868, para que en los años inmediatamente siguientes se emprendiera seriamente esa obra. Así llegamos a 1.883 en Jerez de la Frontera. Ante la Audiencia de lo Criminal de esa ciudad se vieron a lo largo de 1.883 y 1.884 los primeros Juicios Orales de que se conoció en España, según procesos tramitados conforme a la Ley de Enjuiciamiento Criminal recién entrada en vigor. Eran los procesos llamados de “La Mano Negra”: el asesinato e cuadrilla y despoblado del Blanco, el crimen de la Venta del Empalme de Rota, el múltiple homicidio de la Venta del arrecife de Trebujena ...⁴ Hechos que concitaron el terror de las gentes, que dieron lugar a procesos sobre los que planeaba la existencia de una asociación y de un tribunal popular que dictaba condenas a muerte que se ejecutaban por los mismos jueces, bajo la sombra del secreto y el horror de la violencia empleada.

Hoy conocemos los hechos por los que se juzgó a los implicados en tales procesos, la asistencia letrada de que disfrutaron, las posibilidades de su defensa, los interrogatorios de los testigos y los nombres y circunstancias de éstos, y, en fin, el desarrollo completo de éstos gracias a la pluma de Don Federico Joly y de Don Leopoldo Alas “Clarín”, así como de los taquígrafos que levantaron acta cabal de cuanto se dijo en los procesos.

En estos últimos procesos resplandeció la transparencia, y se pudo conocer las razones de las condenas y absoluciones, que las hubo y por variados motivos, así como el Fiscal y las defensas pudieron elevar sus recursos de Casación de los que conoció el Tribunal Supremo.

Tal fue la diferencia entre los dos casos comentados. Setenta y cinco años entre ellos.

En el caso americano, fue mayor la dilación en hallar el modelo de enjuiciamiento oral y público. Habremos de ver con detenimiento que ha pasado para llegar a la sumisión a proceso según un modelo similar al de los demás pueblos avanzados, del ciudadano Augusto Pinochet, cuando pocos años antes la represión penal pasaba por la acción policial o militar encubierta sobre grupos de personas a los que se arrancaba de sus familias haciéndolas desaparecer, infligiéndoles tratos que no pueden ser tenidos más que como inhumanos, degradantes e impropios de la dignidad de la persona humana, tanto del que los sufre, como de quien los impone, que voluntariamente se relega al nivel de la fiera.

Bueno es recordar que en esa evolución social, política y legislativa de que tratamos, nace de una realidad histórica incontestada: la unidad del ordenamiento jurídico peninsular y americano de nuestra

⁴ Véase mi conferencia pronunciada el 29 de Noviembre de 1.999 en el I.C. de Abogados de Jerez de la Frontera: “1.882 – 1892. Perspectiva judicial de una etapa turbulenta en la comarca de Jerez de la Frontera”.

España a final del Siglo XVIII. Y de una mera constatación posterior: que desde la emancipación de las nuevas Repúblicas americanas, esa unidad se rompe inicialmente solo en términos de soberanía, para pasar a tener posteriormente rumbos paralelos y, hoy en día volver a unificarse en sus aspiraciones y en sus modelos a través de la vía del respeto a los Derechos Humanos.

Parte Primera.- El camino hacia el modelo de enjuiciamiento en España

I.- La larga transición judicial desde el Antiguo al Nuevo Régimen en la España del Siglo XIX.

Necesario es hacer arrancar del periodo constituyente de 1.812 el estudio de la codificación moderna en materia procesal y de organización de tribunales, ya que no solo puede ceñirse al Derecho material el mandato de que los Códigos Civil, penal y de Comercio serían unos y los únicos para toda la Monarquía que constaba en el texto de 19 de Marzo de dicho año.

Pero resaltemos que aunque la codificación material y adjetiva poseía una gran parte de contenido técnico, no quedaba sustraída tampoco a la definición de unas líneas de orden político que marcaran la regulación de las respectivas ramas de la actividad humana y social que pretendían disciplinar. Era preciso pues que la Sociedad, a través de los representantes de la Nación, encargara a los redactores de los proyectos de codificación que se ajustaran a unas bases previamente establecidas sobre el fundamento del consenso acerca de ellas.

En el orden civil se debían definir cuestiones tales como la amplitud de los heredamientos y de las legítimas; las vinculaciones de mayorazgos o la limitación de los fideicomisos; la posesión dirigida a la usucapión; la ocupación como modo de adquirir la propiedad y el régimen de los mostrencos, la eficacia civil del matrimonio religioso, la obligatoriedad de éste y la solución de las crisis matrimoniales entre otras cuestiones de fondo,

Lo mismo debía predicarse de la codificación penal de la época. El Rey absoluto podía, y de hecho pudo, dictar Leyes penales que, aun respondiendo en la sola forma a las nuevas ideas que desde el siglo anterior proclamaba Beccaria, no tenían otro objetivo que perpetuar un régimen materialmente fenecido y una estructura social caduca que ya no respondía a las demandas del hombre moderno de la época; y de ello fue buena prueba nuestro primer Código Penal de 1.822.

Y en el orden procesal se habían de establecer las bases políticas y técnicas precisas a fin de dotar a nuestra España de una Administración de Justicia moderna y eficaz, desligada de los avatares de la vida partidista y de los regímenes políticos sucesivos, en la que los Jueces y Magistrados pudieran ejercer su función con garantía de independencia y ausencia de inquietamiento. Ello obligaba a afrontar de manera ineludible una importante obra legislativa, de personal y financiera.

En tal sentido, era preciso poner fin a la Inquisición como integrante del organigrama del estado en el Antiguo Régimen⁵. Tal organización judicial eclesiástica y política, aun cuando suprimida por la Constitución de 1.812, coexistía aún con la Justicia Secular, infinitamente menos dotada, regulada y desarrollada, carente de funcionarios de carrera y sin recursos propios de financiación.⁶

Se presentaba también como imprescindible solucionar el problema de la existencia de jurisdicciones especiales y la latitud de éstas, así como el modo de resolver los conflictos que entre ellas surgieran.

No menos urgente era la supresión de los fueros especiales, criminales y civiles que separaban de la Justicia ordinaria el conocimiento de multitud de negocios, en atención a la materia litigiosa como de la persona implicada en ellos.⁷

⁵ Recuérdese que la Inquisición Española era hasta 1.836 una de las ramas de la Administración del Estado, encuadrada en el Consejo de la Suprema, al lado del Consejo de Castilla, el de Indias, el de Estado y otros.

⁶ En contra, los Tribunales del Santo Oficio gozaban de personal cualificado para la labor jurisdicente, así como de consultores para la pericia médica, canónica o teológica, de una amplísima red o entramado policial formado por los Alguaciles y Familiares laicos o eclesiásticos. Y contaba también con una fuente de financiación permanente como era la constituida por el importe de las multas y las penas de cámara y, sobre todo, por los frutos de los bienes secuestrados, no devueltos a sus titulares sino hasta después de varios años, incluso de la sentencia que absolviera con una sola abjuración *de levi suspitione*.

⁷ Así ocurría respecto de los actos propios de los integrados en determinadas cofradías o hermandades de comerciantes, en el seno de las cuales existían tribunales especiales para conocer de las reclamaciones por razón del transporte o de la navegación. Las casas de Contratación y Aduanas ejercían igualmente jurisdicción civil e incluso criminal en las causas de contrabando. Los Tribunales de Guerra, de diversos grados, no solo tenían jurisdicción disciplinaria y penal exclusiva, sino también civil en la mayoría de los casos, no limitada a la mera prevención de abintestatos, sino a la tramitación y decisión de las testamentarias, y a los procesos por deudas contra militares. La misma Justicia ordinaria se desdoblaba existiendo en las Villas de realengo dos

Más la necesidad de reformas había de ser puesta en relación además con la realidad social del momento y las disponibilidades presupuestarias, que condicionaban todo el proceso reformador, iniciado mediante la creación del Tribunal Supremo, junto con el mantenimiento de las viejas Audiencias, y el establecimiento de nueva planta de los Jueces de Primera Instancia.

La **creación del Tribunal Supremo** no significó que éste asumiera competencia casacional respecto de las causas criminales. No fue sino hasta la ley de 18 de Junio de 1.870⁸, tras la promulgación del Código Penal, cuando se entendió necesario el planteamiento de recurso, *“una de las reformas que más imperiosamente venía reclamando la Administración de Justicia”, para “ir fijando la verdadera inteligencia de la ley y para que ésta se aplicase de la misma manera en todas las circunscripciones territoriales”*. Ya se aludía entonces a la falta de una interpretación homogénea de la ley penal, que adolecía de la inexistencia de un Tribunal encargado de resolver acerca de la doctrina penal.⁹

En un grado inferior, subsistían **las Audiencias procedentes del Antiguo Régimen**, con la sola supresión de las americanas continentales¹⁰. En América persistían aún las Audiencias de Puerto Rico y de La Habana, y en Filipinas la de Manila, servidas todas ellas por Magistrados titulares si bien regidas por disposiciones u Ordenanzas diversas y no suficientemente unificadas.¹¹

La justicia en su escalón inferior, o **primera instancia**, no se hallaba mucho más adelantada: sin embargo, paulatinamente fueron implantándose Jueces de Primera Instancia sucediendo a los Alcaldes Ordinarios anteriormente nombrados por los Ayuntamientos entre personas no necesariamente conocedoras del Derecho. No obstante estos Jueces de carrera, quedaron sometidos a las cesantías propias de la época, así como sus sueldos confiados a los Ayuntamientos en los que tenían la sede, careciendo de una oficina judicial propia, que continuaba a cargo de los escribanos del número de cada municipio, adherida a su protocolo.

II.- La obra codificadora y orgánica del Sexenio Revolucionario

En estas circunstancias, se produce en los años posteriores a la Revolución Gloriosa de 1.868 una de las labores legislativas más fecundas y modernizadoras de nuestro Ordenamiento Jurídico, apareciendo entre 1.868 y 1.874, las leyes de Matrimonio civil, la de Registro Civil, la Hipotecaria, la de Cementerios Civiles, de Hipoteca Naval, el Código Penal de 1.870, la de Indulto, Notariado, así como otras en las que abundan las firmas ilustres entre sus redactores y los Ministros que las fomentaron, impulsaron o refrendaron la sanción real: Alonso Martínez, Manresa, García Goyena, Salmerón, figuraron entre éstos. Parecía así quererse menospreciar la máxima ignaciana de “en tiempos de cambio no hacer mudanza”.

No quedó nuestro ámbito al margen de este esfuerzo, y así vieron la luz en estos años, la Provisional Orgánica del Poder Judicial, el Código Penal, y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1.872:

Alcaldes Ordinarios: uno por el estado general y otro por el de hijosdalgo, conociendo cada uno de ambos de los pleitos privativos a cada uno de ellos. Y los Alcaldes de Hermandad conocían igualmente de los procesos privativos de esta institución.

⁸ Aunque por Ley de 20 de Junio de 1.852 se había permitido el acceso a ésta de las causas de contrabando.

⁹ Otra Ley de la misma fecha, a la vez, vino a introducir determinadas reformas en el enjuiciamiento a fin de facilitar el acceso a la casación sin convertirla en una tercera instancia, cuyas disposiciones, en su mayoría pervivieron en la ley de Enjuiciamiento Criminal de 1.882, a través de la de 1.872 y de la Compilación General de 1.879.

¹⁰ Quedó la planta de las mismas repartida en las de Sevilla (de la que dependían las Islas Canarias), Aragón, Extremadura, Murcia, Asturias, Valencia, Palma de Mallorca y Barcelona, con la adición además de las Reales Chancillerías de Granada y Valladolid.

¹¹ Estas respondían todavía a una organización medieval, como si no hubiere pasado por ellas la Ilustración ni el Renacimiento. Piénsese que las Reales Chancillerías mantenían aún nominalmente en sus Ordenanzas las conocidas Salas del Crimen y de Hijosdalgo, en las que sus Magistrados, los Alcaldes del Crimen, entendían en primera instancia de ciertos procesos penales, en apelación de otros y, como colofón, de los pleitos de hidalguía, verdaderos recursos contencioso-administrativos de la época que perseguían la declaración de un status y una exención general de impuestos, pese a que la distinción entre estados noble y general, básica en tiempos anteriores en la organización social de las clases del Estado, había sido hacía tiempo suprimida. Sin embargo, las Salas del Crimen eran los Órganos de segunda instancia en lo criminal y del enjuiciamiento en única instancia en determinadas ocasiones, siguiendo siempre modelos de juicio escrito.

La **Ley Orgánica del Poder Judicial de 15 de Septiembre de 1.870**, nacida como Provisional y que estuvo en vigor, con multitud de modificaciones, hasta el día 1 de Julio de 1.985. Permaneció pues, vigente, entre la Regencia del General Serrano y el décimo año del reinado de Don Juan Carlos I.

Establecía un complicado sistema de Organos Jurisdiccionales que, desde los Juzgados Municipales hasta el Tribunal Supremo, pasaban por los Juzgados de Primera Instancia y los de Instrucción, los Tribunales de Partido y las Audiencias Territoriales. Posteriormente se unificaron los Juzgados de Primera Instancia y los de Instrucción, pasando los Jueces de Instrucción, Delegados entonces del Fiscal de la Audiencia, a asumir las funciones de Jueces civiles, cuyos pleitos, civiles o criminales, serían fallados por los tribunales de Partido, que emitirían Sentencias apelables para ante las Audiencias.¹²

El **Código Penal**, a su vez, constituía una importante novedad frente a la legislación anterior, transida de normas obsoletas como la condena a muerte civil, la declaración de infamia, la dureza excesiva de las penas y la abundancia de penas corporales, tanto la de muerte como las de azotes que incluía el Código de 1.822¹³. El **de 1.870**, nacido como Código provisional, se aprobó en las Cortes tras solo dos días de sesiones, aplazándose la aprobación definitiva hasta después del verano de dicho año. Sin embargo, ha llegado vestido con nuevos nombres (de 1.932. de 1.944, texto revisado de 1.963) y algunos otros remozamientos hasta los planes de estudio de quienes estudiamos derecho penal en las facultades de hace treinta años.

No estuvo exento de críticas, pues Dorado Montero decía de él que su espíritu era arcaico; Bernaldo de Quirós le llamaba envejecido; Silvela decía que en el mismo se daba la pena del torpe, el triunfo de Celestina, la pena de herencia, y existían supuestos especiales en los que ni se perdona ni se olvida. Don Quintiliano Saldaña manifestaba que en él se mantenían todas las viejas instituciones penales: el talión, la infamia, la trascendencia penal de las penas pecuniarias, llamándole enemigo del progreso por el temor que le producían la pólvora, la imprenta y el grabado.

Y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1.872, pretendía adecuar el enjuiciamiento a las necesidades del momento, previendo la instauración del Juicio oral y público, para el momento en que los tribunales diseñados por la Ley Orgánica del Poder Judicial quedaran establecidos.

No eran estos los mejores mimbres para alzar el cesto de la nueva Justicia. La primera de las Leyes, la Orgánica de la Justicia, era cara por la multitud de funcionarios que requería para atender a la jurisdicción dada la cantidad de Tribunales de Partido, con tres Jueces, que habría que implantar; pero al mismo tiempo preveía una oficina judicial entonces inexistente, confiada hasta la fecha esa labor a los Escribanos y a su Protocolo en el que convergían la Jurisdicción Voluntaria judicial y extrajudicial con la Jurisdicción contenciosa Civil y penal.

Fue imposible llevar a cabo la instauración del enjuiciamiento oral, manteniéndose el patrón anterior, que pasaba por la escritura, por el secreto de la investigación, incluso para el procesado, por la investigación puramente inquisitiva, por la confesión con cargos y, en definitiva, por un plenario desarrollado ante el mismo Órgano instructor, que se desarrollaba por unas normas muy parecidas, en extensión y complejidad, a lo que sería un Juicio de Mayor Cuantía de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881.

Hubo de recibir, pues, la situación, un empuje nuevo por obra y gracia del Ministro de Justicia Don Manuel Alonso Martínez. El 14 de Septiembre de 1.882 se promulgaba con su refrendo la **Ley de Enjuiciamiento Criminal**, aún hoy vigente y verdadero Monumento Nacional, fruto del trabajo realizado casi personalmente por el Ministro sobre el contenido de la ley de bases de 11 de Febrero de 1.881.

¹² En su artículo 166 la ley Orgánica del Poder Judicial de 1.870, no establecía para el ingreso en la Carrera como Juez Municipal otro requisito que el de nombramiento por el Presidente de la Audiencia respectiva a propuesta en terna de los Presidentes de los Tribunales de Partido; y para los Jueces de Instrucción, y los Aspirantes a la Judicatura, se establecía tan solo un expediente a tramitar en la Sección de Gracia y Justicia del Consejo de Estado en el que se consignaría por cada uno de los solicitantes las circunstancias que le habilitarían para poder impartir justicia y los méritos especiales que le hicieran especialmente recomendable para ello. Lo mismo se observaría cuando se tratase de aspirantes a Jueces que ejercieran la Abogacía, debiendo entonces oír en el expediente al Decano del respectivo Colegio de Abogados y a los Presidentes de los Tribunales en los que hubiere ejercido su profesión

¹³ Pese a ello había mejorado la situación en el llamado Código de Pacheco, de 1.848, y su sucesor de 1.850, ya que la asunción de la técnica penal eclecticista y la influencia moderada de los Gobiernos que los promulgaron mejoraron la garantía penal de los ciudadanos y, junto a la mejora técnica, suprimieron muchas de las penas crueles de la legislación anterior.

Terminaba la nueva ley su publicación en la Gaceta de Madrid el 10 de Octubre, se promulgó a continuación la **Ley Adicional a la Orgánica de la Justicia**, de 14 de Octubre de 1.882 (Gaceta del 15), pretendía completar esa instauración del enjuiciamiento oral y público mediante la supresión por costosos de los aún no instaurados Tribunales de Partido y las Salas de lo Criminal de las Audiencias, consagrando la existencia de los Juzgados de Instrucción, a los que se confería la misión de instruir el Sumario, y las Audiencias de lo Criminal, a las que se atribuía la competencia exclusiva para conocer del plenario¹⁴.

Junto a ello, la unificación de las carreras judiciales de la metrópoli y de ultramar, separadas hasta entonces, así como las previsiones de las diez disposiciones transitorias de la ley Adicional, permitían que los Órganos Judiciales recién creados pudieran ser servidos por profesionales del Derecho en cantidad suficiente para atender a las necesidades de la Jurisdicción¹⁵.

Acabó así en lo referido al enjuiciamiento criminal una larga transición desde el medievo a la modernidad, transición que había durado setenta años desde el grito liberador de 1.812 hasta la instauración de las Audiencias de lo Criminal, instrumentos de la Justicia en la administración de la Justicia penal, dotadas de leyes modernas y de personal judicial y fiscal profesional.

Era pues ocasión para que el Presidente del Tribunal Supremo, Don Eduardo Alonso y Colmenares, manifestara ante el Ministro de Justicia, Don Manuel Alonso Martínez, los Magistrados del Tribunal y de la Audiencia de Madrid, así como la concurrencia obligada por la ley a tan solemne acto, en su Discurso de la sesión de la Apertura de Tribunales del 5 de Septiembre de 1.882:

“Más de diez años, Señores, han transcurrido desde que, en este sitio, uno de mis dignísimos antecesores, haciendo el juicio crítico de los procedimientos criminales, recomendó la única instancia, la sustitución del plenario escrito por el Juicio Oral ante los Tribunales de Derecho y de hecho con Recurso de Casación, y afirmó haber llegado ya la oportunidad de reemplazar el enjuiciamiento con otro más digno de nuestra época, de nuestra cultura y de los intereses verdaderos de la Justicia.” ... “Y entendía bien, Señores, porque el Juicio Oral entre otras ventajas ofrece la de que, sin comprometer la defensa de los acusados reduce considerablemente los trámites y por tanto la duración del Juicio, depura los sumarios, rectificando o fijando de un modo inequívoco y seguro la verdad de los hechos; y aun cuando el decoro y la circunspección de los encargados de formar las Sumarias sean incentivo bastante para que no se falsee ni adultere, la certeza de que los actos todos del Sumario han de ratificarse y ofrecer materia de discusión en el juicio público será un remedio contra la arbitrariedad y la malicia y un estímulo efficacísimo para no incurrir en errores, descuidos o abandonos reprobables o aún criminosos. El siglo en que vivimos impone, como suprema garantía de la Justicia, la identificación de la conciencia judicial con la conciencia pública.”

Tal era la situación judicial a finales de 1.882, fecha en la que en el campo de Jerez se instruían Sumarios por Asociación ilícita y por delitos atribuidos a los miembros de lo que vino en llamar “La Mano Negra”, sugestivo nombre que daba miedo a las viejas y doncellas y a no pocos timoratos, cuyas andaduras dieron lugar a la actividad de la Audiencia de lo Criminal de Jerez de la Frontera.

III.- Los caracteres del proceso diseñado por la ley de Enjuiciamiento Criminal de 1.881

Diseñaba así la Ley de Enjuiciamiento Criminal un proceso establecido sobre la estructura del principio acusatorio formal o mixto, en el que no cabe el enjuiciamiento sin que se haya producido una acusación contra un concreto reo y por un hecho igualmente individualizado (300 Lecrim), a la vez que se atribuye, sin régimen de monopolio, la función de ejercer la acción penal a un Órgano del estado, el Ministerio Fiscal, (306 Lecrim) Unificaba además los procesos entonces vigentes reduciéndolos a unidad del procedimiento ordinario por delito y el de faltas, como norma general¹⁶.

¹⁴ Escrito en cuanto se refiere a la llamada fase intermedia, y plenamente oral y transparente en el acto concentrado e inmediato del enjuiciamiento.

¹⁵ Se proveían entre Jueces de Ascenso, Promotores de Término y Abogados en ejercicio las plazas necesarias para iniciar la andadura. Junto a ellos se contemplaba, como hoy, la figura del Magistrado Suplente, nombrado entre los Aspirantes a la Judicatura, Jueces excedentes o Abogados en ejercicio, personal que no percibiría sueldo con cargo a los presupuestos del Estado, sino tan solo gratificaciones por día de asistencia al Tribunal, condicionadas a su llamada a formar Sala.

¹⁶ El proceso penal, a su vez, se desdobra en dos procedimientos, uno para las meras faltas, y otro, el proceso ordinario, para la persecución de los delitos, estableciéndose junto al proceso ordinario otros especiales para conocer de determinados hechos punibles (los cometidos por medio de la imprenta o el grabado, o los de injuria

Junto a ello, separaba las funciones de instrucción del proceso y de fallo, encomendándolas a dos órganos distintos, frente al sistema anterior, en el que el conocimiento de la *sumaria* correspondía al mismo Juez que, en *plenario*, dictaba sentencia tras una discusión escrita sobre los hechos objeto de prueba en el sumario y su calificación jurídica. Dejaba la apelación en el ámbito del Juicio de Faltas, estatuyendo para el proceso por delito la única instancia y la Casación.

Nació así un nuevo tipo de Juez Instructor, que instruía los sumarios bajo la dirección del Fiscal de la respectiva Audiencia, quien se podría constituir en el Juzgado por sí o por medio de sus delegados, y que además debía recibir partes suficientemente expresivos del adelanto de las actuaciones criminales realizadas.

El Plenario, precedido de una *fase intermedia*, en la que se revisaba la función instructora y se discutía la procedencia de considerar agotada o no la investigación del delito con la consecuente apertura del Juicio Oral o el sobreseimiento de las actuaciones en el primer caso, o la revocación de la conclusión en el segundo, se encomendaba a los Tribunales penales que, de nueva planta, se establecieron en la Ley Adicional a la Orgánica del Poder Judicial.¹⁷

Ese proceso penal, se desarrolla así en única instancia, terminando por sentencia en la que se resolverían todas las cuestiones planteadas de orden penal y civil, agotando la actuación estatal sobre el hecho punible. Solo se preveía el recurso de Casación, con la configuración que ha llegado hasta nuestros días, de recurso extraordinario, con tasa de motivos, y con filtros de admisión en el Tribunal sentenciador y en el Tribunal Supremo.

IV.- Las reformas posteriores del sistema de enjuiciamiento

La ley del Jurado y la consideración penal de los sujetos en estado peligroso. Las Leyes de la Justicia Municipal. Los Tribunales Tutelares de Menores. Las leyes excepcionales.

La Ley del Jurado, promulgada a los pocos años de la vigencia de la de Enjuiciamiento Criminal, el 20 de Abril de 1.888, introduce el enjuiciamiento por jueces no profesionales, junto a los Magistrados de Carrera, en una suerte de escabinado similar al francés, manteniendo el procedimiento ordinario de la Ley procesal, con las especialidades precisas para la designación de los Jurados así como para la adopción del veredicto que debía conformar la base fáctica y de culpabilidad del Juicio.¹⁸

Por su parte, el enjuiciamiento de las Faltas, atribuido por la Ley de Enjuiciamiento Criminal a los Jueces Municipales, encontró su adecuado cauce orgánico en la Ley de Justicia Municipal de 5 de Agosto de 1.907, más tarde derogada por la Ley de bases de la Justicia Municipal de 19 de Julio de 1.944, y su efectivo desarrollo y regulación por sendos decretos de 24 de Enero de 1.947 y 21 de Noviembre de 1.952, verdadero texto procesal de la justicia municipal.

La Ley de Vagos y Maleantes de 4 de Agosto de 1.933, modificada por la de 15 de Julio de 1.954, Ley de naturaleza administrativa aunque su aplicación se encomendara a Jueces de carrera, disciplinaba la aplicación de medidas de seguridad predelictuales y postdelictuales, a las personas consideradas por la norma en estado peligroso, o sea, susceptibles de mantenerse o iniciar un camino delictivo o de marginación social.¹⁹

Los Tribunales Tutelares de Menores, se crearon por Ley de 19 de Julio de 1.948, si bien adolecían de falta de carácter jurisdiccional, a pesar de atribírseles facultades de enjuiciamiento de conductas

o calumnia contra particulares), y un procedimiento de urgencia para delitos flagrantes, así como otro específico para exigir responsabilidad penal a Diputados y Senadores, posteriormente modificado por la ley de 9-2-1.912 que reguló hasta la vigencia de la Constitución la solicitud y concesión de la preceptiva autorización de las Cámaras legislativas para procesar a sus miembros.

¹⁷ En tal *plenario*, con absoluta publicidad, se realizaría la calificación del delito, fijando las partes acusadoras y acusadas sus conclusiones acerca de los hechos discutidos y su participación en ellos por los acusados, así como acerca de sus consecuencias jurídicas, esto es, la imposición de una pena o la absolución y la declaración de la obligación de resarcimiento u otra que conformara la acción civil dimanante de delito

¹⁸ Dicha Ley, suspendida su aplicación durante la Dictadura de Primo de Rivera, fue posteriormente modificada por las leyes de 22 de Septiembre de 1.931, que rehabilita la institución, y de 27 de Julio de 1.933, que regula su competencia, la organización del Jurado y el procedimiento. Sin embargo, los avatares de la Guerra Civil, provocaron la suspensión de la aplicación de la ley por Decreto de 8 de Septiembre de 1.939. Puede decirse así que esta Ley, pese a su inaplicación, llegó a estar vigente hasta la entrada en vigor de la actual Ley del Jurado.

¹⁹ Dicha ley fue derogada posteriormente por la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social, de 1.970, y su aplicación encomendada a los Juzgados de peligrosidad y Rehabilitación Social, sin que ello le hiciera perder su naturaleza administrativa.

penales cometidas por mayores de edad, y otras de carácter evidentemente penal²⁰. Tales facultades excepcionales, conferidas a órganos administrativos como eran los tribunales Tutelares de Menores, no incardinados en la Jurisdicción penal, resultaban evidentemente exorbitantes e incompatibles con la legislación fundamental posterior.²¹

Pero fue en materia de orden público donde se produjeron las mayores fracturas del orden liberal establecido en el enjuiciamiento penal por la Las leyes Orgánica y de Enjuiciamiento Criminal: la creación de tribunales de excepción (que no por ser igualmente administrativos, dejaban de imponer penas y de aplicar el Código Penal como norma supletoria de su legislación sustantiva específica), rompió con la unidad jurisdiccional y supuso, además, el alejamiento de la jurisdicción ordinaria de las materias de que, para amparo del ciudadano debió haber entendido.

Tribunales tales como los de Represión de la Masonería y del Comunismo²², los de Responsabilidades Políticas²³, la Fiscalía de Tasas²⁴ y otros de índole gubernativa, no solo conocían de conductas que se hallaban tipificadas en normas penales, sino que imponían penas de prisión o pecuniarias, así como restrictivas y privativas de derechos tales como el confinamiento o destierro. La amplísima competencia atribuida a la Jurisdicción militar²⁵, no ya solo por el Código de Justicia Militar²⁶ sino también por Leyes especiales como la de Bandidaje y Terrorismo²⁷, que declaraban de la competencia del Consejo de Guerra por los trámites del proceso sumarísimo la persecución de multitud de hechos punibles contenidos en el Código Penal, que asimilaba al delito de rebelión militar impropia del Código de Justicia Militar²⁸.

Dicha legislación procesal de excepción, culminó con la Ley de Orden Público²⁹, que estableció en su Título V un procedimiento especial para el caso de guerra, del que conocería el Tribunal de Orden Público. Posteriormente otra nueva Ley de Orden Público de 2 de Diciembre de 1.963, creó un Tribunal y un Juzgado de Orden Público, que conocería de las infracciones penales que se señalaban, por los trámites del procedimiento de urgencia de la ley de Enjuiciamiento Criminal con las modificaciones que en ella se establecían.³⁰

²⁰ Es de notar que hasta la fecha no existía una regulación de la persecución de las infracciones cometidas por los menores de dieciséis años, ni en su aspecto civil (más que por aplicación exclusiva del artículo 1.903 del Código Civil), ni tampoco de las medidas de reforma o de amparo de niños delincuentes o abandonados. Contenía esta legislación alguna novedad como la atribución exclusiva a los Tribunales Tutelares de Menores (que podían funcionar como Órganos colegiados o como Juzgados unipersonales) de la competencia para fijar los hechos que habrían de servir de fundamento a la exigencia ante los Juzgados de Primera Instancia de responsabilidad civil a los padres o tutores, así como el enjuiciamiento de determinadas faltas cometidas por mayores de edad, como eran las del artículo 584 del Código Penal.

²¹ Indicaba Gómez Orbaneja, DERECHO PROCESAL PENAL, 1968, que la expresada Ley de Tribunales de Menores, ni siquiera era una fuente del derecho procesal penal, ya que regulaba un procedimiento no jurisdiccional, encomendado a unos órganos diferentes de los judiciales, justamente cuando concurre una causa de exclusión de la legislación penal sustantiva y de la procesal, a la vista del artículo 8-2 del Código Penal entonces vigente. Y ello pese a que el Juez de Instrucción, en ocasiones, de acuerdo con el precepto citado del Código penal, debiera aplicar el Texto refundido de Menores, ya que su actividad, en ese supuesto, no sería siquiera procesal.

²² Creado por Ley de la Jefatura del Estado de 1 de marzo de 1.940. Reglamento por Decreto de 15 de Marzo de 1.941.

²³ Creados por Ley de 9 de Febrero de 1.939, modificada por otra de 19 de Febrero de 1.942.

²⁴ Creada por Ley de la Jefatura del Estado de 30 de Septiembre de 1.940.

²⁵ En cuanto que ésta no solo era deferida por la cualidad de la persona o el hecho punible, sino también por el lugar de comisión del mismo, con lo que hechos ajenos al ámbito militar se enjuiciaban sin embargo por los Consejos de Guerra

²⁶ Ley de Cortes de 17 de Julio de 1.945.

²⁷ Decreto ley de Bandidaje y Terrorismo de 1.971.

²⁸ Recuérdese que el conocido y famosísimo Eleuterio Sánchez, (a) "El Lute", hoy Licenciado en Derecho, no fue juzgado por la Jurisdicción Ordinaria, sino por un Consejo de Guerra que le condenó a muerte, posteriormente indultada, por la comisión de un delito de robo con homicidio cometido con armas de fuego, asimilado a rebelión militar por el Decreto Ley de Bandidaje y Terrorismo.

²⁹ De 30 de Julio de 1.959, derogada parcialmente por la siguiente citada.

³⁰ Todas estas leyes se acababan remitiendo al esquema procedimental de la ley de Enjuiciamiento Criminal, que declaraban supletoria aun cuando en cada una de ellas se estableciera un procedimiento específico más o menos desarrollado. Incluso por la vía de la analogía, no proscrita para el enjuiciamiento, pero sí para la interpretación de la norma penal sustantiva, la Ley de Enjuiciamiento resultaba de aplicación a los casos en cada una de ellas establecidos.

El abandono del sistema de separación de la instrucción y fallo: la ley de 8 de Abril de 1.967 y la ley Orgánica 10/80 de 28 de Diciembre.

No quedaría completo este panorama de dolorosa innovación legislativa si no se hiciera mención de la Ley de 24 de Diciembre de 1.962, que creó un nuevo procedimiento para la persecución de los delitos cometidos mediante vehículos de motor. Dicha Ley mantenía la división radical entre la fase de instrucción (las llamadas Diligencias preparatorias, a cargo del Juez de Instrucción), y el enjuiciamiento (a cargo del Magistrado del artículo 27 de la ley o de la Audiencia provincial en pleno, según los casos); pero esa división de los órganos de enjuiciamiento unipersonales o colegiados, vino sin embargo a dar poco más tarde, con la quiebra del sistema de imparcialidad objetiva del Tribunal sentenciador, ya que las leyes posteriores, queriendo explotar el éxito innegable de la agilidad de esa Ley, erraron al encomendar la función de juez unipersonal al mismo Juez de Instrucción.

Esa desdichada trascendencia tuvo, entre las reformas del sistema español de enjuiciamiento durante el Siglo XX, la vuelta atrás que supuso el abandono parcial de la separación de los órganos instructores y de fallo en nuestro país al regular el nuevo procedimiento de urgencia para determinados delitos³¹.

La Ley de 8 de Abril de 1.967, junto a medidas de gran calado tales como la reducción de trámites y la simplificación de éstos en la instrucción y el enjuiciamiento, así como el establecimiento de tribunales unipersonales para el enjuiciamiento de los delitos menores, decidió encomendar el conocimiento de éstos últimos al propio Juez de Instrucción que había tramitado el sumario, desdoblado en las Diligencias Previas y las Preparatorias, especie de fase intermedia que desembocaba en el Juicio Oral ante el propio instructor. Establecía junto a este procedimiento sumarísimo, el llamado procedimiento sumario de urgencia, a través del cual conocía la Audiencia provincial del resto de los delitos contemplados en el artículo 779 de la ley, manteniéndose sin más el procedimiento ordinario y los demás especiales, para el conocimiento del resto de los casos sometidos a la Jurisdicción.

Más adelante, por la Ley Orgánica 10/80 de 11 de Noviembre, se establecía un nuevo procedimiento oral, más simplificado y aligerado, para el enjuiciamiento de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, que respondía al mismo esquema de las Diligencias Preparatorias en tanto que se mantenía la unidad de instructor y juez del Juicio Oral. Específicamente establecía el artículo 2 de la Ley Orgánica 10/80 que no sería de aplicación a este procedimiento la causa de abstención y, en su caso, de recusación, establecida en el número 12 del artículo 54 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el "haber sido instructor de la causa".

La inconstitucionalidad del artículo 8 de la Ley Orgánica 10/80.

Tal causa de recusación y de abstención venía a salvaguardar la imparcialidad del Juez, evitando que el prejuicio pudiera sustituir al fallo sereno de la cuestión debatida³². En estas circunstancias, el Tribunal Constitucional español³³ declaró la inconstitucionalidad del artículo 2 de la Ley Orgánica 10/80 indicando la falta de imparcialidad del Juez. que, tras haber instruido la causa y haber tomado conocimiento de la conducta del encartado, incluso adoptando contra él medidas cautelares y acordando su imputación³⁴, fallaba la causa tras conocer de la acusación en Juicio Oral, rompiendo la

³¹ Título III del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

³² La recogida en el citado artículo 54.12 busca preservar la imparcialidad "objetiva", es decir, aquella cuyo posible quebrantamiento no deriva de la relación que el Juez haya tenido o tenga con las partes, sino de su relación con el objeto del proceso. No se trata, ciertamente, de poner en duda la rectitud personal de los Jueces que lleven a cabo la instrucción ni de desconocer que ésta supone una investigación objetiva de la verdad, en la que el Instructor ha de indagar, consignar y apreciar las circunstancias tanto adversas como favorables al presunto reo (artículo 2 LECr.).

³³ En Sentencia de Pleno de fecha 12-07-1988, núm. 145/1988 (BOE de 08-08-1988)

³⁴ Naturalmente, no es éste el único sistema procesal que sería posible en nuestro marco constitucional, pero siendo el establecido en la actualidad, deben respetarse en él las garantías constitucionales que impone la Norma suprema. Entre ellas figura la prevista en el artículo 24.2 que reconoce a todos el derecho a "un juicio público... con todas las garantías", entre las que debe incluirse, aunque no se cite en forma expresa, el derecho a un Juez imparcial, que constituye una garantía fundamental de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho. A asegurar esa imparcialidad tienden precisamente las causas de recusación y de abstención que figuran de las leyes.

tradicional separación entre el órgano instructor y el del Fallo³⁵. Porque la actividad instructora, en cuanto pone al que la lleva a cabo en contacto directo con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsables puede provocar en el ánimo del instructor prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado que influyan a la hora de sentenciar.

Esta prevención viene aumentada si se considera que las actividades instructoras no son públicas ni necesariamente contradictorias, y la influencia que pueden ejercer en el juzgador se produce al margen de "un proceso público" que también exige el citado artículo 24.2 y del procedimiento predominantemente oral, sobre todo en materia criminal, a que se refiere el artículo 120.2, ambos de la Constitución. En un sistema procesal en que la fase decisiva es el juicio oral, al que la instrucción sirve de preparación, debe evitarse que este juicio oral pierda virtualidad o se empañe su imagen externa, como puede suceder si el Juez acude a él con impresiones o prejuicios nacidos de la instrucción o si llega a crearse con cierto fundamento la apariencia de que esas impresiones y prejuicios existan.³⁶

La vuelta a los saludables principios de imparcialidad material.

La Ley Orgánica La Ley Orgánica 7/1988 de 28 de Diciembre, vuelve al tradicional sistema de separación de los órganos de enjuiciamiento y de instrucción, incluso en los delitos menores, en forma tal que quedan obviadas las sospechas de parcialidad del Juez o Tribunal que conoce del plenario, introduciendo una nueva clase de órganos unipersonales: los Juzgados de lo Penal, dedicados exclusivamente al enjuiciamiento oral y público de los delitos menores, a la vez que unificaba los procedimientos existentes por delitos menos graves.

A la vez, se introducía la posibilidad de celebrar el juicio en ausencia del acusado en causas por delitos no graves, bajo condiciones que garantizan no sólo el derecho de defensa del ausente, asegurado por la intervención de su Abogado defensor, sino también el derecho de recurrir en anulación contra la sentencia dictada. Se pretende así evitar dilaciones inútiles, que pueden redundar en perjuicio de las víctimas, siguiendo una tendencia que se observa en el Derecho comparado y las orientaciones de la Resolución núm. 75(11) y de la Recomendación número R(87)18, adoptadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa.

Parte Segunda.- El camino hacia el modelo de enjuiciamiento en América

V.- La situación en América tras el proceso de emancipación

En la andadura hacia la plena instauración de las instituciones judiciales, las nuevas repúblicas americanas partían del mismo estado de la metrópoli. Las leyes, al menos sobre el papel, eran las mismas que se aplicaban en ésta y aquellas³⁷, y, por tanto, se carecía también del necesario entramado normativo, material y humano, que asegurara un establecimiento coherente no ya de un poder judicial independiente, sino de una mera y mínima organización judicial.

³⁵ Incluso, aunque ello no suceda, es difícil evitar la impresión de que el Juez no acomete la función de juzgar sin la plena imparcialidad que le es exigible. Por ello el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su decisión sobre el caso "De Cubber", de 26 octubre 1984, y ya antes en la del caso "Piersack", de 1 octubre 1982, ha insistido en la importancia que en esta materia tienen las apariencias, de forma que debe abstenerse todo Juez del que pueda temerse legítimamente una falta de imparcialidad, pues va en ello la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática han de inspirar a los justiciables, comenzando, en lo penal, por los mismos acusados.

³⁶ Es de señalar también que a las mismas conclusiones ha llegado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos interpretando el artículo 6.1 Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950. El citado artículo del Convenio, de conformidad con el cual deben interpretarse las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, afirma el derecho de toda persona a que su causa sea oída "por un Tribunal independiente e imparcial". Pues bien, en su citada sentencia "De Cubber", el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entendió que la actuación como Juez en el Tribunal sentenciador de quien había sido Juez Instructor de la causa suponía, por las razones ya expuestas, una infracción del derecho al Juez imparcial consagrado en el citado artículo del convenio.

³⁷ A salvo de las disposiciones orgánicas que regían las Audiencias americanas (recogidas en la Novísima Recopilación y que respondían al mismo sistema de las Chancillerías del antiguo régimen, órganos mixtos de Justicia y administración general y local presididas por los Virreyes o Capitanes Generales), y normas penales especiales para algún territorio o actividad.

Y si bien es cierto que cada uno de los nuevos estados mantuvo inicialmente el patrón anárquico de atribución municipal de las funciones de justicia en primera instancia, las necesidades del comercio y de la vida de relación, propiciaron la aparición de tribunales mercantiles y civiles de base corporativa, al menos en los centros mercantiles y humanos.

Sin embargo la justicia penal no siguió el mismo camino, quedando anquilosada y residenciada en la actuación de los alcaldes y, en multitud de ocasiones, de jueces especiales, perseguidores de malhechores y juzgadores a un tiempo, o exclusivamente de órganos policiales, cuando no de los directores de las plantaciones, haciendas o asentamientos.

No obstante no puede establecerse un patrón idéntico para toda Hispanoamérica en la evolución legislativa y en el *usus fori*, siendo de notar que éste último vino a conformar en cada zona geográfica, más que las leyes mismas, una especial forma de encarar la represión penal.

Y resultado de esa evolución fue el terrible panorama que podía observarse en la mayor parte de Hispanoamérica y que puso de manifiesto el el Profesor López Rey desde su observatorio privilegiado de la Oficina de prevención del Crimen de Naciones Unidas.

VI.- La situación en América en los años 70 del Siglo XX

Indicaba que la decadencia del poder judicial en Hispanoamérica en los tres primeros cuartos del Siglo XX era motivo de preocupación. Ciertamente es que en todos los países existían Cortes Supremas o Consejos de la Magistratura encargados de velar por la independencia e inamovilidad de los Jueces, pero en realidad éstos, en connivencia con el poder político, se dedicaban, por lo general, a lo contrario, esto es, a preservar al Poder de la actuación de Jueces y Tribunales. Piénsese en la situación de Argentina, Chile, Ecuador, Perú y Uruguay en los años setenta. Sin duda, en estos y otros países se daban casos personales de jueces probos e independientes, pero la situación general, dominada por la impunidad de las bandas gubernamentales dedicadas al secuestro, al homicidio y al pillaje, definían una situación penal poco envidiable.

La organización de juzgados y tribunales respondía por lo general al sistema jerárquico de dos o tres instancias que, con la de casación, aumentaban a cuatro. Ni siquiera existía en algunos casos una Carrera Judicial profesional, estando encomendada la administración de Justicia a jueces legos o no, pero ocasionales y dependientes en su nombramiento de los avatares políticos. Tampoco la retribución de éstos les permitía dedicarse dignamente a ejercer su función. Añádase a ello la ausencia de horario continuado para los juzgados de guardia, que funcionaban por lo general solamente durante el horario laboral.³⁸

A ello se unía una arcaica concepción del proceso tributaria del abogadismo y del judicialismo formales propios del Siglo XIX, en el que la reverencia al acto procesal prevalece sobre la indagación eficiente del acto criminal. Y ello pese a los esfuerzos realizados a lo largo del segundo tercio del siglo XX, en cuyos años se produjeron multitud de proyectos y de Códigos, redactados todavía con criterios del pasado.³⁹

³⁸ Véase LÓPEZ REY, Manuel "Criminología", Aguilar, 1978, de donde tomo este párrafo: "Añádase que son pocos los países que poseen un funcionamiento judicial de la justicia penal en forma continuada y permanente, tanto durante el día como por la noche, tanto en días de trabajo como feriados. Respecto a la América latina el funcionamiento de los tribunales o cortes es de lunes a viernes y solo durante cinco o seis horas diarias, que en la práctica se reducen por una serie de razones, entre ellas la carencia de puntualidad. En Venezuela, siguiendo en parte las sugerencias que hice a tal efecto como asesor de las Naciones Unidas, se intentó un ensayo de dicha permanencia en Caricuao, un área urbana de Caracas. Lamentablemente, el intento fracasó, pese a los esfuerzos de la Policía técnica judicial. Las discusiones que tuvieron lugar en el Ministerio de Justicia mostraron entusiasmo en algunos, pero en mayor medida una actitud negativa basada en consideraciones meramente profesionales."

³⁹ Ibidem. "Las corrientes innovadoras se manifestaron probablemente en la Argentina antes que en los demás países latinoamericanos. Pese a ello el Código procesal penal para la provincia de Córdoba de 1937, se basa en gran parte en la concepción italiana fascista, dándole un enfoque normativo y autoritario de la justicia penal. Desde entonces, se sucedieron en Argentina una multiplicidad de Códigos procesales penales que no han acelerado la justicia penal ni ofrecido más efectivas garantías. El Código Procesal de Bolivia, promulgado en 1972, se denomina de Procedimiento penal y consta de 357 artículos. Establece que desde momento de la detención o apresamiento los detenidos tienen derecho a ser asistidos por un defensor, pero cabe preguntarse si ese tener derecho se materializa en la forma debida. ... El Código de procedimientos penales de Costa Rica, 1973, tiene 549 artículos, un marcado carácter teórico y minucioso y, pese a ciertas innovaciones como la introducción del juicio oral, es un texto anticuado que confunde trámite con el proceso, ocupándose de regular una variedad de diligencias trámites que ciertamente no tienen condición procesal. El Código procesal penal de

Por lo general, en tales Códigos se introducía el juicio oral y se establecía una Policía específica al servicio de la Justicia, si bien los rasgos gubernativos desdibujaban su concepto e impedían tenerla como verdaderamente judicial.

En cuanto se refiere a la actuación del Ministerio Público, el aumento de la criminalidad en la mayoría de los países, dio lugar a que se contemplase un predominio exagerado de su participación en el proceso. Ciertamente la función de dicho ministerio no es solo acusatoria, pero su existencia exige cuando menos que se cree paralelamente una Defensoría Pública, o turno de oficio de Abogados defensores, cuya intervención comience en las comisarías de Policía y se siga durante todo el proceso penal y la ejecución de la sentencia.

Y poco interés tenían además las leyes penales por la persona del delincuente (sujeto de derecho en todo caso), ni tampoco de la víctima, siendo códigos y procesos encaminados a mantener un determinado orden social o político, no necesariamente justo, o simplemente a mantener en el poder a una clase dirigente o una familia adinerada, como en el caso del somocismo nicaragüense.

Es sobre este estado de cosas donde, en el último tercio del Siglo XX, irrumpe el Derecho de los Derechos Humanos, tanto en España como en Hispanoamérica.

Parte Tercera.- El Derecho de los Derechos Humanos en relación al proceso penal en España y América

VII.- La aparición del derecho de los Derechos Humanos como motor de la reforma judicial en España

El sistema de enjuiciamiento criminal de nuestros días en España ha pasado en los últimos años por la criba de la interpretación de la ley adjetiva a la luz de los principios constitucionales, singularmente de los contenidos en el preámbulo, en el título preliminar y el título primero.

Los principios de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, pese a su antigüedad, están vigentes en la actualidad: la concepción de un *juicio previo de imputación*, anterior al auto de apertura de juicio oral y al ejercicio concreto de la pretensión condenatoria, la vigencia del *principio acusatorio*, prohibiendo la condena de quien no ha sido acusado o el exceso en el ejercicio de la jurisdicción penal, la *separación del órgano de instrucción del de conocimiento y fallo de la causa*, la *imparcialidad objetiva del Tribunal*, el reconocimiento del derecho a la *defensa*, la *publicidad y oralidad del juicio y la inmediación en la práctica de las pruebas*, junto con *su valoración en conciencia*, unidas al deber de *motivar las sentencias*, vienen a conformar un tipo de enjuiciamiento válido en nuestros días.

Solo era precisa la interpretación de esa Ley y de esos principios, a la luz de los establecidos en la Constitución vigente y de los pactos internacionales en materia de Derechos Humanos.

VIII. La interpretación supranacional de la Constitución

El artículo 10 de la Constitución, en su apartado segundo, ordena que: "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".⁴⁰

Guatemala, 1973, tiene nada menos de 815 artículos y su lectura da la impresión de haberse querido incluir todo lo susceptible de serlo en el proceloso mar de los trámites y del procedimiento. En Venezuela se elabora en 1975, también mediante encargo, un Código de procedimiento penal con 435 artículos, algunos meramente retóricos. Así, se afirma que el objeto del proceso penal es la búsqueda de la verdad. Se habla en los artículos de una estructuración de la prueba, la competencia por conexión es extremadamente complicada, se mantiene un concepto del proceso a base de partes; se dice que al imputado se le nombrará un defensor público de presos, lo que a más de ser bastante teórico -solo existían 70 puestos como tales para todo el país en 1976- es incongruente en cuanto el imputado no es un preso. La observación es importante, porque la expresión defensoría de presos lleva implícita una limitada actividad defensora. El texto mantiene un procedimiento largo, innecesariamente complicado y, por tanto, lento."

⁴⁰ Del elenco de textos internacionales a que se refiere el artículo 10-2 CE, pueden citarse los siguientes: a) La Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el día 10 de diciembre de 1948. b) El Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades públicas, (CEDH)⁴⁰, de 4 de noviembre de 1950, enmendado por diferentes protocolos Adicionales, y ratificado por Instrumento de 26 de Septiembre de 1979. c) El Pacto internacional de derechos civiles y políticos, de 19 de diciembre de 1966, ratificado por Instrumento de 13 de abril de 1967. d) El Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, de 19 de diciembre de 1966, ratificado el 13 de abril de 1977.

El artículo 24 de la Constitución, en su apartado primero, recoge el derecho a la tutela judicial efectiva, esto es, a la completa y cumplida respuesta del tribunal a la pretensión aducida, y es sabido además que los derechos y libertades públicas reconocidos en ella deben ser interpretados conforme a los Tratados Internacionales suscritos por España. Precisamente así llegaremos a configurar el proceso penal oral y público, como derecho fundamental.

De ello se desprenden dos afirmaciones: **a)** Que es obligado para el juez español acudir a los textos internacionales indicados para la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades reconocidas por la Constitución; y **b)** Que la interpretación de la Constitución a la luz de dichos Tratados y Convenios, ha de hacerse en sede nacional, ya que tal medio interpretativo se contiene en una norma interna como es la Constitución.

Así se puede convenir sin duda que el derecho al proceso público y oral, pese a estar recogido en el artículo 120 de la Constitución, lejos del Título I de la misma, tiene rango fundamental debido a la interconexión del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24-1 de la CE), y el derecho a la publicidad y oralidad del proceso penal (artículo 6 CEDH), debiendo interpretarse el 24-1 CE siempre en relación con el 6 CEDH, a consecuencia del 10 CE. La Declaración Universal de Derechos Humanos, insiste en ese carácter fundamental del derecho al proceso oral y público en su artículo décimo.⁴¹

IX. El proceso penal diseñado por el convenio Europeo de Derechos Humanos

En concreto, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, así como sus sucesivos Protocolos, vienen a configurar un sistema de enjuiciamiento penal que se caracteriza por los principios que vamos a enumerar, de carácter subjetivo unos, objetivo otros.

I.- PRINCIPIOS DE ORDEN SUBJETIVO.

1. Con relación al Tribunal.

- A) Independencia
- B) Imparcialidad
- C) El Tribunal ha de venir establecido por Ley.
- D) El Tribunal ha de poseer competencia para oír y fallar la causa.

2. En relación con el acusado.

- a) El acusado ha de haber sido objeto de una acusación.
- b) El acusado ha de ser considerado inocente hasta que la culpabilidad haya sido legalmente declarada. Y en concreto:
 - 1. *La presunción de inocencia afecta a los hechos imputados y a la necesidad de actividad probatoria*
 - 2. *Es una presunción "iuris tantum"*
 - 3. *No hay identidad entre "presunción de inocencia" y "pro reo".*
 - 4. *La verdad interina o presunción de inocencia, debe ser destruida mediante una actividad probatoria de cargo*

II.- PRINCIPIOS DE ORDEN OBJETIVO,

a) Ha de existir una acusación, entendiéndose por tal una "notificación oficial, emanada de la autoridad competente, del reproche de haber cometido una infracción penal"

b) La acusación ha de recaer sobre "materia penal"

- 1. *Positivamente será "materia penal" lo expresamente reconocido como tal en las Leyes Penales estatales.*
- 2. *Negativamente, en cambio, no existe "materia penal" en los procesos en los que no se ventila una acusación.*

⁴¹ **Artículo diez.** Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad a ser oída públicamente y con justicia por un Tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

III.- PRINCIPIOS RELATIVOS A LA ACTIVIDAD PROCESAL.

- a. Derecho de operatividad de la presunción de inocencia.
- b. Derecho al conocimiento efectivo de la acusación.
- c. Derecho a la defensa y al tiempo y a las facilidades para la defensa.
- d. Derecho al interrogatorio de los testigos de cargo.
- e. Derecho a la asistencia de intérprete.
- f. Derecho al proceso en un tiempo razonable

Podemos a su vez analizar los anteriores principios conforme a las siguientes comentarios: Entre los principios de orden subjetivo se han de considerar dos grupos, relativos respectivamente al Tribunal y a las partes en el proceso, el acusado y la víctima.

El Tribunal ha de ser independiente, imparcial, establecido por la Ley e investido de jurisdicción y competencia para oír y fallar la causa.

A) Independencia. Este requisito exigido por el artículo 6 del CEDH, así como por el 10 de la DUDH, viene igualmente reconocido en el artículo 117-1 CE, y los 1, 12, 13 y 14 de la LOPJ, y 199 del CP, por lo que se refiere al caso español, no siendo necesario abundar en este principio más que para resaltar la necesidad de que el ciudadano confíe en que su juez sentenciará sin presión alguna, en conciencia y conforme a derecho, buscando la Justicia, valor superior del ordenamiento jurídico, en su decisión fundada.

B) Imparcialidad. Con este requisito del tribunal, el Convenio viene a sancionar dos aspectos distintos: uno es el de la imparcialidad *subjetiva*, o ausencia de prejuicio en los miembros del tribunal, lo que debe siempre presumirse, y una imparcialidad *objetiva*, esto es, la ausencia de apariencia de posible parcialidad, nacida de cualquier relación o causa, pero singularmente del hecho de haber tomado conocimiento del proceso un miembro del tribunal en momento anterior, como instructor o fiscal (sentencias PIERSACK de 1 de noviembre de 1982, y DE GUBBER, de 2 de noviembre de 1984).⁴²

C) El Tribunal ha de venir establecido por Ley. A este respecto, ha de entenderse de una parte, que el tribunal ha de ser uno de los establecidos por la ley con carácter general, como uno de los que ejercen la jurisdicción con competencia para el caso concreto, con respeto absoluto al principio de división de poderes, y sin que el señalamiento del tribunal competente en cada caso pueda venir atribuido a una instancia gubernativa. Añadiría además que el respeto al principio del juez predeterminado por la ley (24-2 CE), comporta la existencia de un Poder Judicial que goce de efectiva independencia e inamovilidad, con plena responsabilidad (117 CE).

D) El Tribunal ha de poseer competencia para oír y fallar la causa. Parece claro que el tribunal que juzgue la causa, ha de ser uno de los establecidos en la LOPJ, integrantes de la jurisdicción, y al mismo tiempo ser competente objetiva y territorialmente según las normas de los arts. 9 y 26 LOPJ y 14 y ss. LECRIM, sin que valga la existencia de tribunales de excepción o "ad hoc".

El acusado ha de ser considerado inocente salvo prueba en contrario, de la acusación que contra él se ejercita.

A) El acusado ha de haber sido objeto de una acusación. Ello prohíbe el enjuiciamiento inquisitivo o de sospecha, evitando el juicio a la persona, en vez del juicio sobre el hecho de la persona, quedando a su vez delimitado el concepto de acusación por la sentencia DEWEER, como luego se verá.

⁴² Este aspecto de la imparcialidad objetiva, en nuestro derecho, viene amparado por la existencia de las causas de abstención y recusación de magistrados y jueces, contenidas en los arts. 217 y ss. de la LOPJ, manteniéndose hoy en día la polémica en torno a la extensión de la abstención fundada en el artículo 219-10 LOPJ, respecto de los jueces de instrucción en el marco del juicio de faltas, así como respecto de los magistrados de las Audiencias en el proceso ordinario, cuando hubieren conocido antes del juicio oral, del recurso de apelación contra el auto de procesamiento. Solventada la cuestión por el Tribunal Constitucional respecto del primer caso, en sentido negativo, a la vista de que no existe una imputación del acusado anterior al juicio, así como ante la no existencia legal de una fase instructora previa, sólo queda por resolver el segundo problema, como manifestación de una "contaminación", causada por el conocimiento del proceso antes del Juicio Oral.

B) El acusado ha de ser considerado inocente hasta que la culpabilidad haya sido legalmente declarada. La presunción de inocencia, viene igualmente recogida como derecho fundamental en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 11-1), al decir que:

"toda persona tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa"

Como igualmente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14-2), que manifiesta:

"Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley".

Acerca de la presunción de inocencia, el TEDH y la Comisión han elaborado una abundante jurisprudencia, si bien la doctrina emanada de las Sentencias de nuestro Tribunal Constitucional, a partir de la famosa Sentencia 31/81, tiene una importancia considerable. Parte esta doctrina constitucional del hecho de que la presunción de inocencia del acusado debe ser destruida dentro del juicio oral por una actividad probatoria de cargo, producida con las garantías procesales, y de la que pueda deducirse racionalmente la culpabilidad del imputado, para que pueda dictarse una sentencia de condena. No se conculcará el derecho a la presunción de inocencia si se ha dado en el juicio oral esa prueba de cargo, esgrimida y aportada por la acusación, y además tiene carácter de suficiencia para producir lógicamente el convencimiento del tribunal, que la apreciará en conciencia sin perjuicio de motivar cumplidamente su convicción.

Conviene extraer de la doctrina ya sentada, algunas consideraciones fundamentales que concretan este derecho dándole su justa medida:

a) *La presunción de inocencia afecta a los hechos imputados y a la necesidad de actividad probatoria mínima practicada en el juicio oral por el acusador, con carácter de cargo, suficiente para destruirla (SSTC 28-01 y 3-06-87).*

b) *Es una presunción "iuris tantum", o verdad interina, que exime al acusado de desarrollar a su favor prueba de descargo cuando existe prueba de cargo mínima en su contra. (SSTC 22 y 26 de julio de 1988).*

c) *No existe identidad entre "presunción de inocencia" y "principio pro reo". El primero desenvuelve su eficacia en el caso de falta absoluta de actividad probatoria, o en el de falta de garantías en la prueba de cargo practicada, de forma que en ambos casos se ha de producir la necesaria absolución. El segundo, en cambio, pertenece a un momento posterior, al de la valoración de la prueba de cargo existente en el juicio oral y practicada con todas las garantías, siendo un criterio inmemorial, elevado a la categoría de principio general de derecho. Véanse las sentencias del TC de fechas 20-02-89 y 21-10-85 y 17-12-85, así como las sentencias del TS de fechas 21-06-88 y 15-12-88, donde además se recoge el cauce casacional adecuado para hacer valer la conculcación de uno y otro principio, el 849-2 LECRIM para el "pro reo", y el 5-4 LOPJ para el de presunción de inocencia.*

d) *La verdad interina o presunción de inocencia, debe ser destruida mediante una actividad probatoria de cargo, calificándose esa actividad como de "mínima" en unos casos (SSC 28-7-81, 21-10-85, 7-02-84 entre otras) y de "suficiente" en otros (SSTS 12-09-86 y 20-10-88). siendo por último calificada como "adecuada" en la sentencia del Tribunal Constitucional de 20-02-89.*

Tal carácter de "adecuada" para destruir la presunción de inocencia, lo tendría la prueba "de cargo", esto es, la de inequívoco signo incriminatorio, que es practicada "en el juicio oral", con plenitud de "contradicción" y que haya sido traída al proceso "sin violentar derechos o libertades fundamentales".

Objetivamente, a su vez, es preciso que exista una acusación y que ésta recaiga sobre materia penal.

a) **Ha de existir una acusación**, entendiéndose por tal una "notificación oficial, emanada de la autoridad competente, del reproche de haber cometido una infracción penal" (sentencia DEWEER de 27 de febrero de 1980).⁴³

⁴³ Téngase en cuenta que la acusación no debe ser ejercitada por el tribunal, de manera que la "formulación de la tesis" por éste (733 LECRIM), proponiendo una calificación acusatoria, que no sea adoptada por las partes

b) **La acusación ha de recaer sobre "materia penal"**, entendiéndose por materia penal lo expresamente reconocido como tal en las Leyes Penales estatales. Surge sin embargo el problema de dilucidar si las normas administrativas sancionadoras integran el concepto de "materia penal" o si son exclusivamente "materia administrativa", necesiéndose por ello criterios seguros de distinción entre una y otra, puesto que a la última no le alcanzarán las prescripciones del Convenio.

La regla general de distinción, viene a su vez formulada en la sentencia ENGEL (8 de junio de 1976) sobre la base de considerar en cada caso los siguientes criterios: a) un primer criterio mixto, iuscomparativista, a saber, la calificación que se dé a la infracción en el derecho interno a la luz de las legislaciones respectivas de los distintos Estados partes; b) La naturaleza de la infracción, y c) el grado de severidad de la sanción.⁴⁴

Ahora bien, es lo cierto que los Estados podrían mediante la descriminalización⁴⁵ de conductas, sustraer del ámbito objetivo de aplicación del Convenio determinadas actuaciones sancionadoras, por el hecho de no ser éstas objeto de conocimiento de los tribunales penales, y sí de órganos de la Administración, con sanción de naturaleza igualmente administrativa, lo que ha motivado pronunciamiento de reproche por parte del Tribunal Europeo.⁴⁶

Y en relación con la actividad procesal pueden tenerse por principios fundamentales los siguientes:

1.- *Derecho de operatividad de la presunción de inocencia.*⁴⁷

2.- *Derecho al conocimiento efectivo de la acusación.*⁴⁸

3.- *Derecho a la defensa y al tiempo y a las facilidades necesarias para la defensa.*⁴⁹ *En el aspecto de la efectividad del derecho a la defensa, conviene recordar que el artículo 2 LECRIM manifiesta que:*

acusadoras haciéndola propia, no produce el efecto de constituir un límite superior al marcado por la vinculación acusatoria (STS 7-2-90, 21-2-91, 1-4-91, 15-5-91 y 10-10-91).

⁴⁴ A través de dicha norma interpretativa se ha venido a reconocer "materia penal" a los efectos del Convenio en las acciones disciplinarias propias del ordenamiento militar (sentencia ENGEL) y del régimen de los Centros Penitenciarios (sentencia CAMPBELL y FELL, 28 de junio de 1984).

⁴⁵ De esta forma, el Tribunal Europeo ha venido a manifestar en la sentencia OSTURK de 21 de febrero de 1984 que: "Si los Estados pudieran, por la vía de calificar de administrativa una infracción, evitar las garantías de los arts. 6 y 7, la aplicación del Convenio quedaría subordinada a la voluntad de los Estados". Naturalmente, esta manifestación, basada en la desconfianza hacia los Estados adheridos al Convenio, no deja de aparecer llamativa en tanto en cuanto sugiere la existencia de un posible fraude de ley que pudiera ser cometido precisamente por una de las partes con subjetividad internacional que han dado vida al Tratado.

⁴⁶ Esta última sentencia, establece que la naturaleza "penal", se da en las infracciones penales descriminalizadas por las leyes con criterios de oportunidad y convertidas en ilícitos administrativos en los siguientes casos: a) Cuando la norma administrativa sancionadora tiene carácter general; b) La sanción correspondiente tiene caracteres preventivos y represivos; c) Si el proceso sancionador carece de autonomía respecto del anterior penal a pesar de la descriminalización, y d) Si las legislaciones de los demás Estados tratan penalmente a las infracciones semejantes. Pero, negativamente, en cambio, no existe "materia penal", y por ello no se aplica el artículo 6º del Convenio, a los procesos en los que no se ventila una acusación, y entre ellos, los casos de: a) procesos de extradición (Decisión de inadmisibilidad 4.247/69 de 14-12-70); b) expulsión de Extranjeros (Decisión de inadmisibilidad 1.983/63 de 13-12-63); c) el proceso de revisión de Sentencias (Decisión de inadmisibilidad 914/61 de 16-12-61); d) el proceso sobre responsabilidad civil derivada de delito (Decisión de inadmisibilidad 3.245/67 de 4-2-69); y e) el proceso de imposición de medidas de seguridad postdelictuales (Decisión de inadmisibilidad 6.840/77 de 12-3-77).

⁴⁷ A ello se refieren las sentencias del Tribunal Supremo de fechas 3-01-86, 16-12-86, 23-01-85, 16-09-85, 25-03-85, 8-05-91, entre otras muchas, que recogen expresiones tales como "auténtico vacío probatorio", o "desolado y desértico vacío probatorio, auténtico campo de soledad y mustio collado", o "carencia absoluta de actividad probatoria de carácter incriminador" (STS 23-09-87). Naturalmente, en todos estos casos, procede la absolución del reo, por haber permanecido incólume la presunción de inocencia que le ampara.

⁴⁸ Reconocido tanto en el artículo 6 CEDH, como en el artículo 16-3 y 24-2 de la CE, y en los 118, 520, 384, 701, 789, 791, 793-2 de la LECRIM, se concreta en el derecho a conocer los motivos de la detención (520 LECRIM), a ser informado de la incoación del procedimiento desde que existan indicios de participación en él (118, 789-4), a que se entiendan con él las actuaciones siguientes a la imputación (384, 791 LECRIM), a la lectura de los escritos en que se concreta la acusación y la defensa a la iniciación de las sesiones del juicio (701 y 793 LECRIM). etc. Es evidente que el conocimiento efectivo de la acusación es presupuesto básico del ejercicio del derecho de defensa, hasta el punto de que el desconocimiento de la acusación existente, de por sí, causa la indefensión proscrita por el artículo 24-1 CE, y 7-3 LOPJ, ya que no cabe defensa de lo desconocido.

"todas las autoridades y funcionarios que intervengan en el proceso penal estarán obligados, a falta de disposición expresa, a instruir a éste (el presunto reo) de sus derechos y de los recursos que pueda ejercitar mientras no se hallare asistido de defensor".

Tal obligación material, impone la pauta a seguir en el proceso penal de la LECRIM, y viene sancionado por la proscripción de indefensión a que se refiere el artículo 24-1 CE, así como el 7-3 LOPJ.

El abogado, en el ejercicio de esa función defensora, es independiente del tribunal, y tiene derecho a la libertad de ejercicio de su defensa, estando sometido al principio de buena fe, y gozando de los derechos inherentes a la dignidad de su función, debiendo ser amparado por los tribunales (singularmente por aquél ante el que actúan) en su libertad de expresión y defensa (437 LOPJ). No puede el abogado ser obligado a declarar sobre los hechos que conozca por razón de su actuación profesional como defensor (416 LECRIM), teniendo derecho a excusarse de tal obligación en virtud del indicado precepto, y si vulnerare el secreto profesional, estaría incurso en las penas que el Código Penal señala para el delito de prevaricación. Todo este cúmulo de preceptos, viene a reforzar el derecho a la efectiva defensa, en tanto en cuanto se refuerza la figura del defensor incluso frente al tribunal, siempre en beneficio del interés de su defendido.

El ejercicio del derecho a la defensa, se muestra en concreto en la intervención del imputado y su defensor en las diligencias policiales y judiciales (118, 384, 520, 788, etc. LECRIM), en la interposición de recursos de toda clase (216 y ss., 787, 795, 797, 847 y ss. 954, así como sus concordantes de la LECRIM), y, muy señaladamente, en las actuaciones propias de la fase intermedia y el juicio oral (790 y ss. y 652 y ss. LECRIM).

4.- Derecho al interrogatorio de los testigos de cargo. Que es lo mismo que dejar consagrado el principio de contradicción efectiva en la práctica de las pruebas dentro del juicio oral, siendo conocida la doctrina sobre el tema, íntimamente ligada con la jurisprudencia acerca de la presunción de inocencia y la actividad probatoria mínima, ya citada, por lo que se excusa su nueva cita.

5. Derecho a la asistencia de intérprete. si no conoce la lengua empleada en la audiencia. No merece mayor comentario este apartado, a la vista del contenido del artículo 398, 440, 520 y 785 regla primera de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, siendo necesario solamente hacer mención del artículo 231 de la LOPJ, tanto para el caso de lenguas extranjeras (ap. 5), como para las demás cooficiales dentro del territorio nacional.

6. Derecho al proceso en un tiempo razonable. El transcurso del tiempo en la aplicación del Derecho Penal, juega en contra de la virtualidad de la norma sancionadora, impide la correcta acción del Estado sobre el condenado para atender a su resocialización, no satisface el interés social, y, aún en los casos de absolución, no hace sino aumentar el sufrimiento del reo debido a la inseguridad acerca de su futuro próximo, a la vez que deja desamparada a la víctima del delito que no ve reparada la agresión a sus bienes jurídicos en ninguno de sus aspectos.⁵⁰

⁴⁹ Se hace referencia así en el CEDH, en preceptos independientes (apartados b) y c) del artículo sexto), al derecho formal a la defensa, esto es, a estar asistido de un defensor, y el derecho a la efectiva defensa, esto es a que tanto el acusado como el defensor puedan estudiar la causa penal y obtener las pruebas de descargo necesarias presentándolas al tribunal. Nuestra legislación, proclama el derecho formal a la defensa en el artículo 17-3 CE, mediante defensor de elección del imputado o nombrado por turno de oficio, como también se proclama en el 118 y ss LECRIM.

⁵⁰ Sin embargo, la dilación indebida en la dispensación de la tutela judicial efectiva es de difícil reparación: una vez producida, la única forma de amparo, es retomar la tramitación del proceso con diligencia, siendo deseable la indemnización económica del perjudicado por este concepto, que difícilmente se puede entender como simple error judicial. La dilación indebida del proceso no imputable al acusado, puede ser tenida como un motivo de equidad para la solicitud de indulto del condenado, para la adecuación de la pena en el caso de que el Tribunal pueda escoger razonadamente entre dos penas privativas de libertad de diversa duración, o entre la pena de privación de libertad y la de multa para castigar el mismo delito. En todo caso, ha de tenerse en cuenta que el transcurso del tiempo, en los lapsos ya muy dilatados, aquieta la conciencia individual y social, no reclamándose ya por la sociedad con tanta vehemencia el castigo del culpable sino llamándose más bien a la razón y a la clemencia; y no es ocioso además recordar que la equidad ha de presidir las resoluciones judiciales, como se ocupa de recordar el artículo 3-2 del Código Civil.

X.- La irrupción en América del Derecho de los derechos Humanos

Los Pactos Supranacionales sobre Derechos Humanos en América

Por lo que se refiere a Hispanoamérica, en el ámbito del Derecho de los Derechos Humanos ha de recordarse la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José⁵¹. Este texto internacional ha incorporado al ordenamiento jurídico interno de los países de la región los principales pactos internacionales sobre derechos humanos, favoreciendo la acomodación de la reforma procesal a postulados humanitarios.⁵²

El verdadero desafío, a decir de José Thompson, consiste hoy en lograr que la normativa internacional aludida no se superponga a la legislación anterior como si fuera una nueva “capa geológica”, sino que logre “penetrarla”, sintetizarse con ella.⁵³

Esto ya está ocurriendo hoy, pudiendo notarse en la literatura jurídica hispanoamericana, y en la cooperación internacional para el establecimiento de instituciones sostenibles de gobierno, cómo el derecho de los derechos humanos va calando, con mayor o menor intensidad y rapidez, en la legislación positiva y en la práctica diaria, administrativa y judicial. Y aún más, la influencia de dicho pacto llega incluso a la definición del fundamento del derecho penal como derecho protector de la víctima y de la libertad ciudadana, y no como mero derecho regulador del derecho del estado a castigar, fundamento clásico del mismo.

Y sobre todo, la aportación del derecho de los derechos humanos al área procesal penal que nos ocupa, ha sido la noción del “*debido proceso*”, como estándar jurídico que viene a definir un proceso justo y conforme a los compromisos internacionales.⁵⁴

El debido proceso. concepto y contenido

El “debido proceso” es un fundamento esencial del Derecho Procesal Penal moderno, pero es igualmente una exigencia del ordenamiento de los derechos humanos. Esto ocurre porque los principios que informan el debido proceso son garantías no sólo para el funcionamiento judicial en sí mismo, sino también porque involucran el cumplimiento de otros derechos fundamentales.

El debido proceso conlleva, pues, la existencia de un órgano judicial independiente y funcional, del mismo modo que una serie de normas que aseguren un procedimiento equitativo y en el cual el procesado tenga a su alcance las posibilidades de una defensa de su caso.

Para los derechos humanos, el debido proceso es, entonces, un requisito básico. Si recordamos la historia del desarrollo de los derechos fundamentales comprendemos que la acusación y juzgamiento, en lo penal, era un útil instrumento para el poder absoluto porque daba a lo que es simple persecución el marco y respetabilidad de lo jurídico y permitía, sin problema, aplicar los más fuertes mecanismos de represión, incluyendo la muerte. Por esto las garantías procesales revisten una particular importancia para los derechos humanos.

Los principios fundamentales que se relacionan con el debido proceso, y que están incorporados en el marco de los derechos humanos, podemos reseñarlos del modo siguiente:

A) Puesta a disposición de la justicia ordinaria: evitando así el peligro es para la vida y la integridad física, no se trata solamente de un atentado contra la libertad individual.⁵⁵ Por lo anterior las detenciones administrativas y las incomunicaciones, aun cuando encuentren respaldo en la legislación interna, son violatorias de los derechos humanos.

⁵¹ Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Interamericana sobre Derechos Humanos

⁵² Son firmantes de la Convención Americana: Argentina, Barbados, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, la República Dominicana, Suriname, Uruguay, Venezuela.

⁵³ José Thompson. “Derechos humanos, garantías fundamentales y Administración de Justicia”, Poder Judicial, número especial X.

⁵⁴ Para la exposición de este concepto vamos a contar con la lúcida exposición de José Thompson. “Derechos humanos, garantías fundamentales y Administración de Justicia”, en Poder Judicial, número especial X.

⁵⁵ Por esa razón, la Convención americana prescribe que: «Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un Juez o Tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley... » (artículo 8). Es cierto que no se especifica cuánto puede durar este período, pero la razonabilidad no puede ser mayor de unos cuantos días.

B) Principio de Juez natural:⁵⁶ Lamentablemente, la formación y funcionamiento de Tribunales especiales es un hecho bastante común en las legislaciones, en particular para el enjuiciamiento de los que se estiman como delitos contra la seguridad nacional, o el establecimiento de tribunales “ad hoc” para casos concretos que eviten la condena de personas determinadas.

C) Principio de defensa: Existe una serie de disposiciones que podemos encontrar en el Derecho internacional de los derechos humanos y que en la Convención Americana se destacan en el artículo 8, que tienden a brindar garantías dentro del proceso: a hablar en la lengua materna si no se conoce la del tribunal; a estar asistido de intérprete, a no autoincriminarse, y derecho a un recurso contra el fallo ante un Tribunal superior.⁵⁷

D) Principio de publicidad: Este principio está consagrado en el artículo 8.5 de la Convención Americana. Aun así es frecuente que la violación del principio de Juez natural vaya acompañada de la no aplicación de este otro, en tanto el secreto es característico de muchos de los procesos que son llevados a cabo por Tribunales especiales.

E) Principio “non bis in idem”: En la Convención Americana encontramos la consagración de este principio, quizá no en la forma más depurada, según veremos:

«Artículo 8... 4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.»

La imprecisión proviene del empleo del término «sentencia», cuando es sabido que dentro del procedimiento penal hay una serie de resoluciones definitivas que no se denominan sentencia y que, no obstante ello, implica en caso favorable la imposibilidad de un nuevo juicio. De hecho, ante un auto firme que prevea el sobreseimiento (en los sistemas en que no se trata de una sentencia, aunque tenga el carácter de tal), un nuevo juicio es inaceptable.

Hay quienes cuestionan la institución de la reincidencia como calificativo de la pena, en tanto es difícilmente compatible con una aplicación estricta del *non bis in idem*. La aceptación de esta tesis dependerá, lógicamente, de las implicaciones que las legislaciones asignen a la reincidencia.

Probablemente, la imprecisión terminológica ya señalada de la Convención Americana obedece a una idea relacionada, la de que la condena sí debe ser dada por una sentencia, sin que pueda haber ninguna otra resolución con este carácter.

Parte Cuarta.- El día de hoy americano

XI.- Los Nuevos Códigos Procesales Penales

En general los actuales Códigos americanos, redactados en los últimos diez años, con las naturales diferencias entre ellos, responden a un patrón parecido que puede resumirse así: implantación de un proceso penal en el que la fase sumarial o investigación preliminar es llevada por el Ministerio Fiscal, bajo la vigilancia del Juez de Instrucción o de Garantías; plenario abierto tras una concreta acusación realizada por el Ministerio Fiscal ante el Tribunal de Sentencia (unipersonal o colegiados según su respectiva competencia) o el Tribunal del Jurado en su caso, no instaurado en todos los países; recurso de apelación ante un tribunal Superior o Corte Suprema, y eventualidad de la Casación. En todo caso en el proceso se tiende a respetar tanto los derechos del imputado a la defensa letrada privada o pública, y la protección jurídica y asistencial de la víctima, de obligada observancia tanto por los ser vicios policiales como por los Tribunales y el Ministerio Fiscal, así como por las Defensorías Públicas.

Paradigma de dicha codificación es el nuevo Código de Procedimiento Penal de la República de Chile⁵⁸, que entró en vigor en Enero de 2.001, cuyas disposiciones generales dan buena cuenta del

⁵⁶ Mismo artículo 8 del Convenio de San José.

⁵⁷ Indica Thompson, cit. que “Muchos de estos principios, que pueden parecer innecesarios por formar parte de los procedimientos penales por definición, son, sin embargo, restringidos o directamente contradichos por la legislación o la práctica del sistema. Un par de casos sirven para ejemplificar la situación: aunque esté prevista dentro de las normas, la institución de los traductores no siempre funciona, sobre todo si se trata de uno nacional que, muchas veces, por su pertenencia a comunidades indígenas, desconoce el idioma «nacional». Frecuente es, asimismo, que no se contemple un recurso contra los fallos si se está frente a sanciones «de poca gravedad». Ambas constituyen violaciones de los derechos humanos.”

⁵⁸ Promulgado por ley 19.696, publicado en el Diario Oficial el 12 de octubre de 2000.

empeño de la reforma operada, en la que, por primera vez se introduce en la República hermana el Juicio Oral y público.⁵⁹

⁵⁹ Dicen así esas Disposiciones Generales: **Artículo 1º.- Juicio previo y única persecución.** *Ninguna persona podrá ser condenada o penada, ni sometida a una de las medidas de seguridad establecidas en este Código, sino en virtud de una sentencia fundada, dictada por un tribunal imparcial. Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral y público, desarrollado en conformidad con las normas de este cuerpo legal. La persona condenada, absuelta o sobreseída definitivamente por sentencia ejecutoriada, no podrá ser sometida a un nuevo procedimiento penal por el mismo hecho.*

Artículo 2º.- Juez natural. *Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho.*

Artículo 3º.- Exclusividad de la investigación penal. *El ministerio público dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinaren la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado, en la forma prevista por la Constitución y la ley.*

Artículo 4º.- Presunción de inocencia del imputado. *Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme.*

Artículo 5º.- Legalidad de las medidas privativas o restrictivas de libertad. *No se podrá citar, arrestar, detener, someter a prisión preventiva ni aplicar cualquier otra forma de privación o restricción de libertad a ninguna persona, sino en los casos y en la forma señalados por la Constitución y las leyes. Las disposiciones de este Código que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades serán interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía.*

Artículo 6º.- Protección de la víctima. *El ministerio público estará obligado a velar por la protección de la víctima del delito en todas las etapas del procedimiento penal. Por su parte, el tribunal garantizará conforme a la ley la vigencia de sus derechos durante el procedimiento. Asimismo, la policía y los demás organismos auxiliares deberán otorgarle un trato acorde con su condición de víctima, procurando facilitar al máximo su participación en los trámites en que debiere intervenir.*

Artículo 7º.- Calidad de imputado. *Las facultades, derechos y garantías que la Constitución Política de la República, este Código y otras leyes reconocen al imputado, podrán hacerse valer por la persona a quien se atribuyere participación en un hecho punible desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia. Para este efecto, se entenderá por primera actuación del procedimiento cualquiera diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realizare por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, el ministerio público o la policía, en la que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible.*

Artículo 8º.- Ámbito de la defensa. *El imputado tendrá derecho a ser defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra. El imputado tendrá derecho a formular los planteamientos y alegaciones que considerare oportunos, así como a intervenir en todas las actuaciones judiciales y en las demás actuaciones del procedimiento, salvo las excepciones expresamente previstas en este Código.*

Artículo 9º.- Autorización judicial previa. *Toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa. En consecuencia, cuando una diligencia de investigación pudiere producir alguno de tales efectos, el fiscal deberá solicitar previamente autorización al juez de garantía.*

Artículo 10.- Cautela de garantías. *En cualquiera etapa del procedimiento en que el juez de garantía estimare que el imputado no está en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, adoptará, de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio. Si esas medidas no fueren suficientes para evitar que pudiere producirse una afectación sustancial de los derechos del imputado, el juez ordenará la suspensión del procedimiento y citará a los intervinientes a una audiencia que se celebrará con los que asistan. Con el mérito de los antecedentes reunidos y de lo que en dicha audiencia se expusiere, resolverá la continuación del procedimiento o decretará el sobreseimiento temporal del mismo.*

Artículo 11.- Aplicación temporal de la ley procesal penal. *Las leyes procesales penales serán aplicables a los procedimientos ya iniciados, salvo cuando, a juicio del tribunal, la ley anterior contuviere disposiciones más favorables al imputado.*

Artículo 12.- Intervinientes. *Para los efectos regulados en este Código, se considerará intervinientes en el procedimiento al fiscal, al imputado, al defensor, a la víctima y al querellante, desde que realizaren cualquier actuación procesal o desde el momento en que la ley les permitiere ejercer facultades determinadas.*

Artículo 13.- Efecto en Chile de las sentencias penales de tribunales extranjeros. *Tendrán valor en Chile las sentencias penales extranjeras. En consecuencia, nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual hubiere sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo a la ley y al procedimiento de un país extranjero, a menos que el enjuiciamiento en dicho país hubiere obedecido al propósito de sustraer al individuo de su responsabilidad penal por delitos de competencia de los tribunales nacionales o, cuando el imputado lo solicitare expresamente, si el proceso respectivo no hubiere sido instruido de conformidad con las garantías de un debido proceso o lo hubiere sido en términos que revelaren falta de intención de juzgarle seriamente. En tales casos, la pena que el sujeto hubiere cumplido en el país extranjero se le imputará a la que*

A esos principios responden igualmente los Códigos de El Salvador, Venezuela, Paraguay, Bolivia y Córdoba, promulgados el de la República de El Salvador Decreto No. 904 de fecha 4 de diciembre de 1996, ya vigente; el Código Orgánico Procesal Penal de la República de Venezuela que fue aprobado en el primer semestre de 1998; el Código de Procedimiento Penal de la República de Paraguay aprobado en 1998; el Código de Procedimiento Penal de la República de Bolivia que fue aprobado por la Honorable Cámara de Diputados el 21 de septiembre de 1998 y que actualmente se encuentra en trámite en el Senado; el Código Procesal Penal de Guatemala que fue promulgado en julio de 1994; y el Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba que comenzó a regir totalmente en marzo de 1998.⁶⁰

De ellos pueden extraerse las siguientes consideraciones acerca de los principios que rigen el proceso penal en el área de nuestro estudio:

La protección de la Víctima.

Hoy, puede decirse que en todo el horizonte hispanoamericano, la víctima está reconocida como destinatario del sistema penal, tanto en cuanto persona a la que le es debida una reparación por la merma producida en su hacienda o derechos por el delito y que va a ser solicitada por el Ministerio Fiscal, como en su dimensión de ciudadano que puede ejercitar su derecho a la tutela efectiva personándose ante los tribunales por sí mismo a fin de obtener lo que en Justicia cree que le corresponde.⁶¹

debiere cumplir en Chile, si también resultare condenado. La ejecución de las sentencias penales extranjeras se sujetará a lo que dispusieren los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encontraren vigentes.

⁶⁰ Citados por CAFFERATA NORES, José I.; "LA REFORMA PROCESAL EN AMERICA LATINA", del que tomamos la información acerca de la actualidad legislativa de Hispanoamérica.

⁶¹ La expresada relación incluye los siguientes comentarios: **El Salvador.** En los delitos de acción pública la víctima, por medio de su representante, podrá intervenir en el proceso. Las asociaciones legalmente constituidas podrán nombrar apoderados especiales para que representen a la víctima en el ejercicio de sus derechos y facultades, previa petición de ésta. Asimismo, si se constituye como querellante podrá proponer la suspensión condicional del procedimiento, el sobreseimiento o la aplicación de un procedimiento abreviado. En tal caso, y si fuera procedente, el Juez de instrucción deberá pronunciarse en la audiencia preliminar sobre la reparación de los daños y perjuicios. **Venezuela.** La protección y reparación del daño causado a la víctima del delito son objetivos del proceso penal. El Ministerio Público está obligado a velar por dichos intereses en todas las fases. Los jueces garantizarán la vigencia de sus derechos y el respeto, protección y reparación durante el proceso. Asimismo, la policía y los demás organismos auxiliares deberán otorgarle un trato acorde con su condición de afectado, facilitando al máximo su participación en los trámites en que deba intervenir. Amplía la definición de víctima, considerando que también revisten esta condición las asociaciones, fundaciones y otros entes, en los delitos que afectan intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la agrupación se vincule directamente con esos intereses y se hayan constituido con anterioridad a la perpetración del delito. Las facultades de la víctima, en el orden práctico, le permiten perseguir personalmente sus intereses en el proceso y actuar como factor de presión contra posibles abstenciones de la fiscalía que pudieran propender a la impunidad. En muchos casos, ni necesitará de abogado para hacerse oír en el proceso. El Estado debe dar a la víctima y sus familiares protección ante amenazas de agresiones o atentados. **Paraguay.** Además de las clasificaciones clásicas, este código considera víctima a las asociaciones, en aquellos hechos punibles que afecten intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la asociación se vincule directamente con esos intereses; y las comunidades indígenas, en los hechos punibles que impliquen genocidio respecto de los miembros de la etnia o generen regresión demográfica, depredación de su hábitat, contaminación ambiental, explotación económica o alienación cultural. La víctima tiene derecho a recibir un trato digno y respetuoso. Podrá ejercer querrela a través de su representante. Asimismo, podrá encomendar que sus derechos y facultades sean ejercidos directamente por una asociación de protección o ayuda a las víctimas, sin fines de lucro, cuando la participación en el procedimiento le pueda causar mayor daño psíquico o moral, o cuando sea más conveniente para la defensa de sus intereses. Cualquier persona, física o jurídica, podrá intervenir como querellantes en los procesos contra funcionarios o empleados públicos, o agentes de las fuerzas policiales o militares, que hayan cometido hechos punibles tipificados como: tortura, genocidio o crímenes de guerra (querrela por violación de Derechos Humanos). **Bolivia.** Como en los anteriores códigos mencionados, se considera víctima -además de las convencionales- a las fundaciones y asociaciones legalmente constituidas, en aquellos delitos que afecten intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la asociación se vincule directamente con estos intereses. En los delitos de acción pública, el querellante o su representante legal podrán provocar la persecución penal o intervenir en la ya iniciada por la Fiscalía. La persona ofendida por el delito podrá disponer que sus derechos y facultades sean ejercidos por una asociación o fundación de protección o ayuda a las víctimas. **Guatemala.** Son consideradas víctimas por este código la afectada por el delito; al cónyuge, a los padres y los hijos de la víctima y a la persona que conviva con ella en el momento de cometerse el delito; a los representantes de una sociedad por los delitos cometidos contra la misma y a los socios respecto a los cometidos por quienes la dirijan, administren o controlen; y las asociaciones de los delitos que afecten a intereses difusos o colectivos siempre que el objeto de la asociación se vincule directamente con dichos intereses. El agraviado podrá provocar la persecución penal o

Pero no solo ha de pensarse en la víctima persona individual, también las personas morales o jurídicas, sociedades o corporaciones, tienen la posibilidad de acceder a la reparación y al personamiento ante el Tribunal, siendo en todo caso defendidos sus intereses por el Ministerio Fiscal salvo el caso de renuncia. Incluso en algún Código Procesal, como el de Venezuela, se mantiene que *“la protección y reparación del daño causado a la víctima del delito son objetivos del proceso penal”*.

Por lo general, se contienen en éstos declaraciones acerca de *“la obligación a cargo de los órganos judiciales de respetar a la víctima en su dignidad y brindarle asistencia; también la de informarla de los avances y conclusiones del proceso”*.

Por fin, las asociaciones de consumidores o afectados por determinadas situaciones delictivas o conductas aisladas, podrán ejercitar en nombre de sus afiliados o de los meramente afectados la defensa de los intereses difusos que les compete. El Código paraguayo establece que las comunidades indígenas podrán ser parte en los procesos por *“los hechos punibles que impliquen genocidio respecto de los miembros de la etnia o generen regresión demográfica, depredación de su hábitat, contaminación ambiental, explotación económica o alienación cultural”*.

El Imputado

Como se ha visto en las páginas anteriores, el imputado, sujeto de derecho, y parte en el proceso, ha de ser tenido como ciudadano inocente, que tiene derecho a la operatividad de esa presunción, a no declarar contra sí mismo, a no declararse culpable y a procurarse su defensa por todos los medios, singularmente valiéndose de Abogado de su elección o del turno de oficio, que en su nombre presente las pruebas de descargo y hable en su nombre. Se considera igualmente que tiene derecho a conocer la acusación en forma comprensible, a guardar silencio, a conocer los motivos de su detención y a comunicar con sus familiares, como derechos de mayor fuste.⁶²

adherirse a la ya iniciada por el Ministerio Público. **Córdoba.** Se establece la obligación a cargo de los órganos judiciales de respetar a la víctima en su dignidad y brindarle asistencia; también la de informarla de los avances y conclusiones del proceso. Puede reclamar en el mismo proceso penal la indemnización civil del daño sufrido. También se le reconoce el derecho a ejercer la acción penal (constituyéndose en querellante) en contra del imputado, en forma adhesiva (no autónoma) con el Ministerio Fiscal. “

⁶² La referida relación indica: **El Salvador.** El imputado tiene el derecho de ser informado de manera inmediata y comprensible de las razones de su detención y de la autoridad a cuya orden quedará detenido; a designar la persona o entidad a la que debe comunicarse su captura y que la comunicación se haga en forma inmediata; a ser asistido y defendido por el abogado que designe o por un defensor público; a ser llevado sin demora dentro del plazo legal ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales; a abstenerse de declarar; a no ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad. La detención provisional debe guardar la debida proporción a la pena que se espera. En ningún caso puede sobrepasar la pena máxima prevista en la ley, ni exceder el plazo de doce meses para los delitos menos graves o veinticuatro meses para los graves, bajo pena de incurrir en responsabilidad penal. **Venezuela.** En general, se le acuerdan todas las formas posibles de manifestación del derecho de defensa. Así, entre los más importantes se destacan el derecho a comunicarse con sus familiares, abogado de confianza o asociación de asistencia jurídica, para informar sobre su detención; el derecho a ser asistido por un defensor, lo que equivale a que en todo momento el imputado pueda asesorarse por un abogado; la exclusión de torturas y la presiones indebidas y los interrogantes extenuantes. Así también se entiende que el imputado tiene derecho a guardar silencio sobre todo, incluso abstenerse de proporcionar datos que lo identifiquen, ya que la carga de la prueba de la imputación se extiende incluso al extremo de tener que probar la identidad del acusado. Se dispone que la privación preventiva de la libertad o su restricción tienen carácter excepcional, y su aplicación debe ser proporcional a la pena o medida de seguridad que pueda ser impuesta. **Paraguay.** Al imputado se le asegurarán las garantías necesarias para su defensa, informándole de manera inmediata y comprensible, por parte de la policía nacional, del Ministerio Público y de los jueces, cuáles son sus derechos. El imputado tendrá derecho a declarar y a abstenerse de declarar, como también a declarar cuantas veces quiera, siempre que su declaración sea pertinente y no aparezca como un medio dilatorio en el procedimiento. En todos los casos, la declaración sólo tendrá validez si la hace en presencia de un abogado defensor. No se le exigirá juramento o promesa de decir la verdad, ni podrá ser sometido a ninguna clase de fuerza o coacción. Las normas procesales que coarten la libertad personal, limiten el ejercicio de las facultades conferidas a las partes o establezcan sanciones procesales se interpretarán restrictivamente. **Bolivia.** Es un derecho del imputado conocer los derechos que la Constitución, las Convenciones y Tratados internacionales vigentes y el Código le reconocen. El imputado, desde el inicio de su captura, tendrá derecho a entrevistarse privadamente con el defensor. Podrá abstenerse de declarar, y esa decisión no podrá utilizarse en su perjuicio. En ningún caso la policía podrá interrogar al imputado, excepto para constatar su identidad. Las declaraciones del imputado no podrán llevarse a cabo sin la presencia de su abogado defensor. La aplicación de medidas cautelares será excepcional. Cuando exista duda en la aplicación de una medida cautelar o de otras disposiciones que restrinjan derechos o facultades del imputado deberá estarse a lo que sea más favorable a éste. **Guatemala.** Los derechos que se otorgan al imputado, puede hacerlos valer por sí o por medio de su defensor, desde el primer acto del procedimiento dirigido en su contra hasta su finalización. Si

Junto a ellos, otro de la mayor importancia en lugares donde las eliminaciones y desapariciones de delincuentes o de adversarios políticos, así como las detenciones ilegítimas han estado desgraciadamente a la orden del día: el derecho de “*habeas corpus*”, esto es, el de ser presentado ante un Juez que determine si la detención se ha efectuado con arreglo a la Ley, o si se ha de proceder a la inmediata libertad del imputado.

Y por fin, la prohibición legal de tratos inhumanos o degradantes, verdadero baluarte de la civilización en tanto que ha preservado la dignidad humana frente a las necesidades mejor o peor entendidas de la investigación criminal o de la seguridad pública, cierran la clave del arco de la protección del imputado frente al sistema penal.

Principio de Oportunidad

Cuando hablamos de aplicación del principio de oportunidad, nos referimos a la posibilidad de que el Ministerio Fiscal deje de perseguir un determinado hecho que, en estricta legalidad vendría sin embargo constreñido a hacerlo, atendiendo por lo tanto a razones de mera conveniencia social, jurídica o de la misma investigación en marcha. No se oculta la importancia de esta decisión, ya que la actuación del Ministerio Fiscal por principios de sola oportunidad podría desembocar en una amplia impunidad de determinadas conductas instigadas desde el poder. Por ello se ha procurado limitar el ejercicio del principio de oportunidad mediante diversos medios: la concesión del derecho de acción o de prosecución del proceso a las víctimas de los delitos o asociaciones de afectados; la proscripción de la misma cuando se trate de delitos cometidos por funcionarios públicos; y la necesidad de autorización para ejercitar esa facultad por parte del Juez de Garantías, cuya resolución será recurrible por la víctima o sus representantes ante una instancia superior.

Por lo general, en cambio, se ha admitido el ejercicio de esta facultad en los casos en que se trata de un hecho que por su insignificancia o por su poca frecuencia no afecte gravemente el interés público (excepto si la pena es grave, o se comete el delito por un funcionario o empleado público en ejercicio de su cargo o por razón de él); cuando la participación del imputado en la perpetración del hecho se estime de menor relevancia; cuando en los delitos culposos el imputado haya sufrido a consecuencia del hecho, daño físico o moral grave que torne desproporcionada la aplicación de una pena; cuando concurren los presupuestos bajos los cuales el juez está autorizado para suspender condicionalmente la ejecución de la pena; o cuando la pena o medida de seguridad que pueda imponerse por el hecho o la infracción, de cuya persecución se prescinde, carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta, o a la que se debe esperar por los restantes hechos o infracciones, o la que se le impuso o se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero.⁶³

el imputado estuviere privado de su libertad, toda autoridad que intervenga en el procedimiento velará para que conozca, inmediatamente, los derechos que las leyes le conceden. Puede abstenerse de declarar, sin que su decisión pueda ser utilizada en su perjuicio. No será sometido a ninguna clase de coacción, amenaza o promesa., ni se le harán cargos o reconvenciones tendientes a obtener su confesión. Las disposiciones de esta ley que restringen la libertad del imputado o que limitan el ejercicio de sus facultades serán interpretadas restrictivamente; en esta materia, la interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas, mientras no favorezcan la libertad o el ejercicio de sus facultades. Las únicas medidas de coerción posibles son las autorizadas, tendrán carácter excepcional y serán proporcionales a la pena o medida de seguridad y corrección que se espera del procedimiento, con estricta sujeción a las disposiciones pertinentes. **Córdoba.** Se reconoce al imputado ampliamente el derecho a la defensa material y técnica y todas las garantías previstas en el derecho moderno y reconocidas por los pactos internacionales sobre derechos humanos Su declaración sin la presencia del defensor será nula. Se dispone como regla general un “estado de libertad” durante el desarrollo del proceso, salvo que sea imprescindible privarlo de ella para evitar el peligro de frustración de la averiguación del delito y la actuación de la ley. También se fija un límite máximo para la duración.”

⁶³ Relación citada: “**El Salvador.** Se establece que en las acciones públicas, el fiscal podrá solicitar al juez que prescinda de la persecución penal de uno o varios de los hechos imputados, respecto de uno o algunos de los partícipes o se limite a una o algunas de las calificaciones jurídicas posibles. Previendo como criterios de aplicación la insignificancia del hecho realizado, la escasa contribución de un partícipe o su mínima culpabilidad; que el imputado haya hecho todo cuanto estaba a su alcance para impedir la ejecución del hecho o que haya contribuido decisivamente al esclarecimiento de la participación de otros imputados en el mismo hecho o en otro más grave; que el imputado haya sufrido, como consecuencia directa del hecho, un daño físico o psíquico, grave o irreparable o cuando tratándose de un delito culposos haya sufrido un daño moral de difícil superación; o que la pena correspondiente por el hecho o calificación jurídica de cuya persecución se prescinde carece de importancia en consideración a la pena ya impuesta, a la que corresponde por los restantes hechos o calificaciones, o a la que se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero. Será el juez quien aplique los criterios de oportunidad, pero nunca lo hará sin el acuerdo del fiscal. **Venezuela.** Dispone que el fiscal podrá solicitar al juez de control la autorización para prescindir, total o parcialmente, del ejercicio de la

Reparación Sustitutiva de la Pena

No se oculta que en multitud de casos el ejercicio del principio de oportunidad vendrá precedido de una discusión entre las partes, el imputado y la víctima, acerca del contenido de la reparación moral y civil debida al perjudicado, especialmente en los delitos de contenido patrimonial. Igualmente esta reparación puede venir exigida por las leyes para que se pueda hacer uso de la oportunidad, salvo los casos de imposibilidad o suma dificultad.⁶⁴

acción penal, o limitarla a alguna de las personas intervinientes en el hecho, en los siguientes supuestos: cuando se trata de un hecho que por su insignificancia o por su poca frecuencia no afecte gravemente el interés público, excepto cuando el máximo de la pena exceda los cuatro años de privación de libertad, o se cometa por un funcionario o empleado público en ejercicio de su cargo o por razón de él; cuando la participación del imputado en la perpetración del hecho se estime de menor relevancia, salvo que se trate de un delito cometido por funcionario o empleado público en ejercicio de su cargo o por razón de él; cuando en los delitos culposos el imputado haya sufrido a consecuencia del hecho, daño físico o moral grave que torne desproporcionada la aplicación de una pena; cuando concurren los presupuestos bajos los cuales el juez esta autorizado para suspender condicionalmente la ejecución de la pena; o cuando la pena o medida de seguridad que pueda imponerse por el hecho o la infracción, de cuya persecución se prescinde, carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta, o a la que se debe esperar por los restantes hechos o infracciones o la que se le impuso o se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero. **Paraguay.** Establece que el Ministerio Público podrá prescindir de la persecución penal, con consentimiento del tribunal, cuando el procedimiento tenga por objeto un delito, que por su insignificancia o por el grado de reproche reducido del autor o partícipe, no genere interés público en la persecución; o cuando el código penal o las leyes permitan al tribunal prescindir de la pena; o cuando la pena que se espera por el hecho punible carece de importancia en consideración a una sanción ya impuesta, a la que se espera de los demás hechos punibles que constituyan el objeto de procedimiento pendientes o a la que se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero; o cuando se haya decretado, en resolución firma, la extradición o expulsión del imputado por delito cometido en nuestro país. **Bolivia.** Aunque se establece que la Fiscalía tendrá la obligación de ejercer la acción penal pública, también contempla que podrá solicitar al juez que prescinda de la persecución penal de uno o varios de los hechos imputados, respecto de uno o algunos de los partícipes, o limitar a una o alguna de las calificaciones jurídicas posibles, cuando: se trate de un hecho de escasa relevancia social por la afectación mínima del bien jurídico protegido; el imputado haya sufrido a consecuencia del hecho, un daño físico o moral más grave que la pena a imponerse; la pena que se espera por el delito cuya persecución se prescinde carece de importancia en consideración a una pena ya impuesta y cuando la pena que se espera carezca de importancia en consideración a las de los restantes delitos, o a la que se le impondría en un proceso tramitado en el extranjero y sea procedente la extradición solicitada. **Guatemala.** Dispone que el Ministerio Público con consentimiento del agraviado (si lo hubiere) y con autorización del juez de primera instancia o de paz que conozca del asunto, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal cuando: se tratase de delito que por su insignificancia o su poca frecuencia no afecte gravemente el interés público, salvo cuando a pedido del Ministerio Público, el máximo de la pena privativa de libertad supere dos años de prisión, o se hubiere cometido por un funcionario o empleado público en ejercicio de su cargo; la culpabilidad del sindicado o su contribución a la perpetración del delito sea mínima, salvo que se trate de un hecho delictuoso cometido por un funcionario o empleado público en ejercicio de su cargo; o cuando el inculpadado haya sido afectado directa y gravemente por las consecuencias de un delito culposo y la pena resulte inapropiada. **Córdoba.** En virtud de la forma de organización federal de la Argentina, las excepciones al principio de legalidad solo pueden ser dispuestas por el Congreso Nacional, y no por las legislaturas provinciales (estatales). Las vigentes en todo el país se relacionan con la posibilidad de suspensión del juicio "a prueba" (una especie de "diversion") en delitos de poca entidad, bajo condición de no cometer nuevos y reparar el daño, todo dentro de un cierto lapso, vencido el cual y cumplidas esas condiciones, el proceso se cierra mediante sobreseimiento definitivo. Hay otra relacionadas con la "narcoactividad" (disminución y exención de pena para colaboradores, etc.) o delitos tributarios (pago del impuesto eludido) pero estas temáticas no son de competencia de la justicia provincial."

⁶⁴ Ibidem.: **Venezuela.** En primer lugar se consagran como objetivos del proceso penal la protección y reparación del daño causado a la víctima del delito. Estableciendo la obligación para el Ministerio Público de velar por dichos intereses durante todas las fases y disponiendo que los jueces garantizarán la vigencia de sus derechos y el respeto, protección y reparación durante el proceso. Por otra parte, se contempla la posibilidad de que se realicen acuerdos reparatorios, esto es, en aquellos casos donde el hecho punible recaiga sobre bienes jurídicos de carácter patrimonial o cuando se trate de delitos culposos, el juez podrá, desde la fase preparatoria, aprobar acuerdos reparatorios entre el imputado y la víctima, verificando que quienes concurren al acuerdo hayan prestado su consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos. **Paraguay.** Dispone que para la aplicación de algunos de los criterios de oportunidad anteriormente mencionados (insignificancia y utilización de leyes que permitan al tribunal prescindir de la pena) será necesario que el imputado haya reparado el daño ocasionado, que haya firmado un acuerdo con la víctima en ese sentido o que haya demostrado su voluntad de reparación. **Bolivia.** Se requiere para la aplicación del principio de oportunidad -en los casos de insignificancia, de retribución natural o en los que se prescinde de una pena porque carece de importancia con relación a la ya impuesta-, que el imputado haya reparado el daño ocasionado, firmando un acuerdo con la víctima en ese sentido o afianzado suficientemente esa reparación. **Guatemala.** Establece que será necesario

XII.- Los nuevos Tribunales americanos

Por lo general, los nuevos Órganos de investigación y de enjuiciamiento en el ámbito hispanoamericano, en la actualidad, presentan, en su escalón inferior, un Tribunal o Juzgado de Garantías, Penal o de Instrucción, que se ocupa de la vigilancia de la instrucción de los procesos por el Ministerio Fiscal así como de la vigilancia de sus decisiones que vulneren derechos individuales de los imputados. En un escalón superior, los Tribunales o Jueces de Sentencia, y el Tribunal del Jurado en las causas de su competencia, conocen de los plenarios y dictan sentencia en primera instancia, absolviendo o condenando al imputado en Juicio Oral y Público.⁶⁵ Habitualmente los Tribunales de Sentencia están formados por tres Jueces profesionales, salvo para los delitos menores, en los que pueden estar formados por uno solo. Se contemplan igualmente tribunales de escabinos en algunos países en los que el tribunal de sentencia se constituye por jueces profesionales y ciudadanos legos elegidos por sorteo o con arreglo a otros sistemas.

La segunda instancia se ha generalizado igualmente en Hispanoamérica, de manera que la causa fallada por el Tribunal de Sentencia puede ser revisada por un órgano superior, tal como previenen los Tratados en materia de Derechos Humanos. Esta función viene encomendada, por lo general a Cortes Supremas o Tribunales Superiores, únicos para todo el Estado o para una determinada región o estado federado.

Igualmente son de tener en cuenta determinados órganos judiciales especializados creados en algunos países a fin de atender a necesidades concretas de lucha contra el crimen organizado. Tales

que el imputado hubiese reparado el daño ocasionado o que exista acuerdo con el agraviado en ese sentido, para que sea posible la aplicación del principio de oportunidad. **Córdoba.** Se prevé la reparación de la víctima como condición para la procedencia de la suspensión del juicio “a prueba”; o la reparación al fisco (en delitos tributarios) como causa de sobreseimiento, funcionando en ambas hipótesis la reparación como sustituto de la pena (en las condiciones previstas al referirnos a la recepción del principio de oportunidad en Argentina).”

⁶⁵ En la relación de Cafferata, citada, se manifiesta lo que sigue: “**El Salvador.** Dispone que, además de la Corte Suprema y de las Cámaras de segunda instancia, existirá un Tribunal del Jurado al que le corresponderá el juzgamiento, en vista pública de los delitos en que no sea competente el Tribunal de Sentencia. Este último estará integrado por tres jueces de primera instancia y conocerán de la etapa plenaria de todos los delitos. En cuanto a los jueces de Primera Instancia de Instrucción conocerán de la instrucción formal en todos los delitos de acción pública. Por último, los jueces de Paz conocerán del control de las diligencias iniciales de investigación y la realización de la audiencia inicial, y también del juzgamiento por falta. **Venezuela.** Los tribunales penales se organizarán en dos instancias: una primera instancia, integrada por tribunales unipersonales, mixtos y de jurados; y otra de apelaciones, integrado por tribunales colegiados de jueces profesionales. El control de la investigación y la fase intermedia estarán a cargo de un tribunal unipersonal que se denominará tribunal de control; la fase de juzgamiento corresponderá a los tribunales de juicio que se integrarán con jueces profesionales que actuarán solos o con escabinos o jurados. Las Cortes de Apelaciones estarán compuestas por tres jueces profesionales. El tribunal unipersonal estará constituido por un juez profesional. Los tribunales unipersonales, mixtos y de jurados, se integrarán con el juez profesional, los escabinos o jurados, según el caso. **Paraguay.** Está previsto en este ordenamiento que sean órganos jurisdiccionales la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales de Apelación, los Tribunales de Sentencia -que podrán ser unipersonales o integrados por tres jueces penales-, los Jueces Penales, los Jueces de Ejecución y los Jueces de Paz. Son los Jueces Penales los competentes para actuar como juez de garantías y del control de la investigación, y conocerán de las decisiones de naturaleza jurisdiccional que se deban tomar durante la etapa preparatoria; de la sustanciación y resolución del procedimiento en la etapa intermedia y de la sustanciación y resolución del procedimiento abreviado. **Bolivia.** Son Tribunales competentes la Corte Suprema de Justicia, las Cortes Superiores de Justicia, los Tribunales de Sentencia, los Jueces de Sentencia, los Jueces de Instrucción y los Jueces de Ejecución Penal. Los tribunales de sentencia estarán integrados por dos jueces técnicos y tres jueces ciudadanos y serán competentes para conocer la sustanciación y resolución del juicio en todos los delitos de acción pública. Los jueces de instrucción llevan adelante el control de la investigación, así como emiten las resoluciones jurisdiccionales que correspondan durante la etapa preparatoria y la aplicación de criterios de oportunidad. **Guatemala.** Tienen competencia en materia penal los Jueces de Paz, los de narcoactividad, los de delitos contra el ambiente, de Primera Instancia, los Tribunales de Sentencia, las Salas de la Corte de Apelaciones, la Corte Suprema de Justicia y los Jueces de Ejecución. Los jueces de Primera Instancia tendrán a su cargo el control jurisdiccional de la investigación efectuada por el Ministerio Público. Los Tribunales de Sentencia conocerán del juicio oral y pronunciarán la sentencia respectiva en los procesos por los delitos que la ley determina. **Córdoba (Argentina).** Los jueces de garantía controlarán la investigación preparatoria que deberá ser llevada adelante por el Ministerio Fiscal, tanto en orden al resguardo de los derechos del imputado como respecto del fundamento de la acusación. Los Tribunales de Juicio pueden ser unipersonales en casos sencillos, o colegiados en el resto de los casos; en delitos graves pueden ser integrados con ciudadanos (modelo de jurado “escabinado”). El debate será oral y público. En todo caso carecerán de atribuciones probatorias autónomas.”

son los jueces de narcoactividad y de medio ambiente, de Guatemala. O bien a determinadas exigencias técnicas del proceso, como son los Jueces de Ejecución penal. En todo caso, es de ver cómo el Juez de Garantías, en todo caso, es el encargado de supervisar o aprobar el ejercicio del principio de oportunidad por parte del Ministerio Público en los casos de criminalidad de bagatela (*plea bargaining*) u otros, a los que nos hemos referido.

Pieza clave de la nueva organización judicial es el Ministerio Fiscal. Frente a la clásica concepción del Ministerio Fiscal que se ha venido observando en tiempos pasados en Hispanoamérica, mero aparato de represión política o económica al servicio de una clase dominante, y a la que ya nos referimos al comentar el panorama esbozado por el Profesor López Rey, las nuevas leyes de las Repúblicas Hispanoamericanas configuran por lo general un Ministerio Público diferente.

Este en general, viene encargado de las funciones de dirección de las acciones investigadoras de la Policía Judicial, incluso en los estados preprocesales, para averiguar las circunstancias de comisión de los delitos e identificar y detener a sus autores y acopiar las pruebas materiales y los elementos y piezas de convicción.

Es instructor de los procesos, una vez establecida la existencia de un hecho que presenta los caracteres de tal, siempre bajo la directa vigilancia del Juez de Garantías, a quien se habrá de dirigir para la solicitar la autorización precisa para la adopción de medidas de aseguramiento de la persona o bienes del imputado, así como para allanar su casa o limitar sus derechos mediante el uso de medios de investigación que lesionen la libertad o el derecho a la intimidad o secreto de las comunicaciones de todo orden.

Por fin, presenta ante el Tribunal del Juicio o Sentencia la acusación, ejerciendo la acción penal ante los Tribunales sin perjuicio de las posibilidades de actuación en este sentido del perjudicado, víctima o querellante.⁶⁶

XIII.- Los nuevos Jueces de América. La contribución española para la formación de nuevos Jueces americanos.

Esto obliga desde luego a considerar la existencia de un Poder Judicial eficiente, eficaz e independiente. En este sentido, tanto las normas constitucionales en general como las internacionales en materia de derechos humanos demandan el establecimiento de las condiciones de justicia que permitan canalizar conflictos y tensiones sociales. Así, el artículo 8. f) de la Convención

⁶⁶ Según la relación de CAFFERATA, ya citada, puede efectuarse el siguiente resumen por países en cuanto a la actuación constitucional y legal del Ministerio Fiscal en el proceso: **“El Salvador.** A la Fiscalía General de la República le corresponde dirigir la investigación de los delitos y promover la acción penal ante los jueces y tribunales, formulando motivada y específicamente sus requerimientos y conclusiones ante los jueces. Los Fiscales dirigen los actos iniciales de la investigación de la policía, velando por el estricto cumplimiento de la ley. Durante la instrucción buscarán los elementos que les permitan fundamentar la acusación o pedir el sobreseimiento. Actuarán siempre bajo el control jurisdiccional. **Venezuela.** El Ministerio Público tiene que, entre otras atribuciones, dirigir la investigación de los hechos punibles y la actividad de los órganos de policía de investigaciones para establecer la identidad de sus autores y partícipes; ordenar y supervisar las actuaciones de los órganos de policía de investigaciones en cuanto se refiere a la adquisición y conservación de los elementos de convicción; formular la acusación y ampliarla, y solicitar la aplicación de la penalidad correspondiente. Los tribunales no deberán acceder jamás a la solicitud del fiscal de separar del proceso al querellante, cuando invoque una supuesta obstrucción que no obedece si no a la lícita búsqueda de la verdad por el querellante ante un fiscal vacilante. **Paraguay.** Corresponde al Ministerio Público, a través de los agentes fiscales, funcionarios designados y sus órganos auxiliares, dirigir la investigación de los hechos punibles y promover la acción penal pública. Tendrá a su cargo la dirección funcional y el control de la policía nacional, en todo lo relativo a la investigación de delitos. En ningún caso asumirán funciones jurisdiccionales. **Bolivia.** Le corresponde al Ministerio Público dirigir la investigación de los delitos y promover la acción penal pública ante los órganos jurisdiccionales. En su investigación tomarán en cuenta no sólo las circunstancias que permitan comprobar la acusación sino también las que sirvan para eximir de responsabilidad al imputado, formulando sus requerimientos conforme a este criterio. Deberán velar por el efectivo cumplimiento de las garantías que reconocen la Constitución, las Convenciones y los Tratados internacionales vigentes y las leyes. **Guatemala.** Le corresponde el ejercicio de la persecución penal. Tendrá a su cargo específicamente el procedimiento preparatorio y la dirección de la policía en su función investigativa. Deberá formular sus requerimientos siendo guiado por un criterio objetivo, aún en favor del imputado. **Córdoba.** Al Ministerio Fiscal le compete la investigación preliminar de los delitos, con el auxilio de la Policía Judicial (que lo integra orgánicamente) y con una distribución distrital de su actuación (criterio territorial). Tiene a su cargo lograr las pruebas para fundar la acusación, formularla, y luego sostenerla y acreditarla ante el Tribunal de Juicio. Debe guiarse por un criterio objetivo.”

Americana: «*Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un Juez o Tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la substanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter*». Por tanto, ahora desde la óptica del Derecho Internacional, la misma inexistencia de un Poder Judicial nacional no independiente ni imparcial, es en sí misma, una violación de las obligaciones internacionales de derechos humanos asumidas por los Estados.

De lo dicho podemos resumir en que un Poder Judicial eficaz es, a la vez, una garantía y una exigencia del Derecho de los derechos humanos. Por ello debe estudiarse no solo la implantación de leyes nuevas, sino además y sobre todo el establecimiento de cuerpos judiciales competentes.

En concreto, dentro del conjunto de iniciativas internacionales dirigidas a la construcción de un espacio democrático y de justicia en Hispanoamérica, ha de encuadrarse la actuación del Consejo General del Poder Judicial español en estrecha colaboración con la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI) dentro de las actuaciones del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) en desarrollo del acuerdo entre España y el PNUD de 23 de Octubre de 1.995 por el que se constituyó el Fondo Fiduciario para apoyar el fortalecimiento de la Gobernabilidad Democrática en Centroamérica.

No se oculta que las primeras acciones del Fondo y de organismos anteriores fueron dirigidas a la creación legislativa o al apoyo al poder ejecutivo a fin de promover leyes justas y actuaciones de gobierno conformes a las declaraciones y Cartas internacionales sobre derechos humanos.

Pero es también cierto que, junto a la demanda de justicia que cada vez con mayor frecuencia se exige por los ciudadanos de los órganos del poder judicial, se veía con mayor recelo su intervención debido a la existencia de corrupción existente en los Juzgados y Tribunales, a las prácticas procesales dilatorias, defectuosas o irregulares, cuando no manifiestamente ilegales, unidos a la administración sumaria de castigos policiales sustitutivos del proceso penal y a la aparición de amplias zonas de impunidad.

Ello llevó a la convicción de que había de realizarse una intervención de gran calado para la formación de jueces en el área centroamericana que tendiera a fortalecer el conocimiento del derecho de los derechos humanos y la efectiva aplicación de éstos en los procesos sometidos a la consideración de los Jueces, en forma tal que no se hicieran ilusorias las garantías de los ciudadanos. Y a la vez se tendía al refuerzo de los mecanismos de defensa de la independencia judicial, necesitada no solo de declaraciones *ad hoc*, sino de las garantías de inamovilidad y de no inquietamiento del Juez propias de todo sistema democrático.

Fruto de todo ello, como indican de la Mata y Müller⁶⁷, ha sido la “aprobación y ejecución desde 1.995, de diversos proyectos de apoyo a Defensorías Públicas, mejora de instrumentos procesales de investigación y de notificación, mejora y tecnificación de la medicina forense, reforma de sistemas penitenciarios, apoyo a reformas legales y desarrollos reglamentarios, y de capacitación judicial continuada.”

Pero la capacitación de los Jueces hispanoamericanos en el área centroamericana (Guatemala, El Salvador, Costa Rica, Honduras, Panamá, Nicaragua), se concibió dentro del proyecto citado como una cooperación a una acción liderada por los propios Poderes Judiciales de cada uno de los países interesados, especialmente por los órganos encargados en cada país de la capacitación judicial, a los que apoyaron las respectivas Cortes Supremas, Fiscalías Generales y/o Consejos de la Magistratura, dependiendo de la organización de cada una de las Repúblicas. A tal efecto se establecieron unos grupos de trabajo nacionales y unos consultores internacionales, trabajando ambos en estrecho contacto a través de las respectivas Escuelas Judiciales o Unidades de Capacitación.

El esfuerzo desarrollado ha sido impresionante, no sólo en el diseño, calidad y cantidad de las actuaciones formativas, sino incluso en el número de Jueces y Magistrados expertos que se han desplazado a dichos países a fin de procurar a los compañeros de América la adecuada formación técnica, instrumental y en relación al debido proceso. Durante el bienio 1.997-98, se realizaron en

⁶⁷ José de la MATA AMAYA, y Catherine MÜLLER, “PROYECTO REGIONAL DE CAPACITACION JUDICIAL CONTINUADA. EXPERIENCIAS Y RESULTADOS”. Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) del Consejo General del Poder Judicial, 2.000.

esas Repúblicas no menos de 213 acciones formativas⁶⁸, para las que se desplazaron a América multitud de Jueces y Magistrados españoles. Debo citar entre ellos a cuatro Magistrados que hoy están destinados en la Audiencia Provincial de Cádiz, Don Antonio Marín Fernández, Don Manuel Estrella Ruiz, Don Juan Carlos Campo Moreno y Don Alfredo de Diego Díez, han participado en multitud de estas acciones de formación, en Honduras, Guatemala, Panamá y Nicaragua. Incluso posteriormente han extendido algunos de ellos sus experiencias docentes en América a Bolivia y a la República Dominicana en años sucesivos.

En la actualidad existen proyectos bilaterales de cooperación para la formación de jueces con todos los países del área centroamericana y Bolivia, llevándose a cabo estas actividades en Guatemala dentro de la Universidad de Verano Juan Carlos I.

Es de notar incluso en lo que respecta a Honduras, el asesoramiento prestado al Poder Legislativo por este grupo de Magistrados para la redacción del Código penal, así como la redacción del Proyecto de Ley del Consejo de la Judicatura y de la Carrera Judicial; la edición de los Comentarios al Código de Procedimiento Penal de Honduras; la edición de 12 monografías y el apoyo permanente a las escuelas Judiciales nacionales por parte de la escuela Judicial y el Consejo General del Poder Judicial Español.

Es tan importante la labor realizada por Jueces y Magistrados formadores de Jueces hispanoamericanos, que el Servicio de Formación Continuada de la Escuela Judicial española ha diseñado, de acuerdo con el Servicio de Relaciones Internacionales del Consejo General del Poder Judicial un curso de duración media dirigido precisamente a la formación en materia de cooperación internacional, no sólo dirigido a los países americanos, sino también a los candidatos a su integración en la Unión Europea.⁶⁹

Y, a su vez, se ha establecido dentro del propio Consejo General del Poder Judicial, el Servicio de Relaciones Internacionales ha diseñado y puesto en práctica dos proyectos⁷⁰, ya materializados en años anteriores, y que son los siguientes: el "AULA IBEROAMERICANA"⁷¹, dirigida a la capacitación de Jueces y magistrados americanos, tanto mediante programas específicos de formación continuada, como mediante la incorporación de alumnos a la Escuela Judicial española; y el "PROGRAMA PERMANENTE DE FORMACIÓN INTERNACIONAL", conjunto de actividades dirigidas a la jueces y magistrados de todo el mundo que acrediten conocimientos suficientes de lengua española, que, entre otros objetivos se plantea la formación de formadores para reparar para esa misión a los que van a ser profesores de las escuelas judiciales de los respectivos países, y también la incorporación de jueces extranjeros a las actividades formativas de tipo continuado de la escuela judicial española.

XIV.- El día de hoy es español

En materia procesal penal, el horizonte próximo español se ve delimitado por las previsiones del llamado "*Pacto de Estado para la Justicia*", que prevén entre otras cuestiones que se elaborará una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, que recoja la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y que culmine el proceso de modernización de nuestras grandes leyes procesales. La nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal abordará:

- a) La agilización de los procedimientos, la mejora de los procedimientos abreviados, el enjuiciamiento inmediato de los delitos menos graves y flagrantes, y la simplificación de trámites en las grandes causas.
- b) La modificación de la regulación del ejercicio de la acción popular y la acusación particular.
- c) Fortalecer la protección y defensa de las víctimas de delitos violentos en todos los procesos penales, incluido en el ámbito de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor.
- d) La reforma de la prisión provisional de acuerdo con la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.
- e) La extensión de la doble instancia, de manera que en todos los procesos penales se asegure la revisibilidad de las condenas por un Tribunal Superior.

⁶⁸ 40 en Panamá, 25 en Costa Rica, 36 en Nicaragua, 25 en Honduras, 42 en El Salvador, 45 en total en Guatemala. Ver fuente en nota anterior.

⁶⁹ "FORMACIÓN CONTINUADA 2.002". Escuela Judicial. Consejo General del Poder Judicial. 2.001.

⁷⁰ "FORMACIÓN CONTINUADA 2.002". Escuela Judicial. Consejo General del Poder Judicial. 2.001.

⁷¹ Entendemos que debió llamarse "Aula Hispanoamericana".

- f) La delimitación precisa de los sujetos durante el proceso: imputado, acusado y condenado.
- g) El establecimiento de los métodos de investigación y procesales apropiados para el enjuiciamiento de los delitos de nuevo cuño.
- h) La adaptación de la regulación de los medios de prueba, en especial a los últimos avances tecnológicos.
- i) La readaptación del sistema de jurado a la luz de la experiencia sobre su funcionamiento.
- j) La delimitación precisa de los derechos del detenido, en línea con la Resolución 43/173 de 1 de diciembre de 1988, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas. La tramitación de esta reforma de conjunto afrontará y resolverá para el futuro el debate sobre la investigación previa al proceso penal bien por el Fiscal o por el Juez, lo que asegurará que se realice en plazo proporcionado y razonable, con todas las consecuencias y responsabilidades derivadas de la observancia del mismo, como el esfuerzo de medios personales y materiales necesarios para modificar, en su caso, con garantías el sistema actual, o el nuevo papel diferenciado del Juez como Juez de garantías, que ha de adoptar las medidas limitativas de derechos fundamentales.

Tales son los propósitos, y a ellos corresponden las esperanzas. Entretanto, los Tribunales españoles siguen funcionando con la vieja y venerable Ley de Enjuiciamiento Criminal, que ha sido sin embargo un instrumento apto para regir la vida judicial española durante más de un siglo, con la flexibilidad precisa para acoger en su práctica el derecho de los Derechos Humanos, complementada en lo menester con la ley del Jurado y la de Responsabilidad Jurídica del Menor.

Ley de Enjuiciamiento Criminal herida hoy de gravedad sin embargo por la cuestión de constitucionalidad interpuesta por el propio Tribunal Constitucional acerca de los artículos 503 y 504 de la misma, reguladores de la prisión provisional, y que hace necesaria una urgente reforma al menos del mismo calado que la operada en 1.989 para adecuar el enjuiciamiento de los delitos menores a la separación de la instrucción y el fallo, sin dejar de recordar que una de las promesas contenidas en el Pacto de estado comentado es la tramitación de un Proyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Pero les aseguro a ustedes que los miembros de la Carrera Judicial están empeñados en usar esos medios legales de que el Estado les ha provisto, viejos y acreditados o nuevos y pendientes de evaluación, usándolos a la luz de los instrumentos internos e internacionales de Derechos Humanos, con la mirada puesta en su responsabilidad constitucional y social, celosos de su independencia, y deseando contar con el apoyo del pueblo al que sirven, del que emana la Justicia que administran en nombre de S. M. El Rey.

Muchas gracias.

© Manuel de la Hera Oca. 31 de Enero de 2.002.