

## Los procedimientos garantistas: Sobre todo un modelo oficial \*

Dr. *Fernando Tocora López*

Magistrado del Tribunal Superior de Buga. Buga (Colombia)

Dentro del modelo politicocriminal Estado-autoritario, que hemos planteado como predominante en América Latina, se insertan también procedimientos garantistas como expresión de ese autoritarismo. Inserción por obra del modelo aplicado y no del modelo oficial que pretendió contestar el absolutismo penal del procedimiento inquisitorial.

Los códigos procesales latinoamericanos han seguido generalmente los lineamientos garantistas de corte liberal, cuya vigencia ha sido en gran parte simbólica. Vigencia nominal que se deriva no solamente de la distorsión que en la práctica puedan sufrir las normas procesales, en virtud de los intereses de poder que las puedan desviar de sus fines proclamados, sino también por la misma estructura constitucional, en la que el poder judicial carece de independencia y el ejecutivo usurpa gran parte de la función judicial. Esto último principalmente a través de la instancia policial y luego con la militar.

El modelo del proceso liberal que surge como reacción al inquisitorial, corresponde en principio a un proceso abierto, público, predominantemente oral y respetuoso de la dignidad humana. Hay un claro

\* Este trabajo es uno de los diez capítulos de una investigación sobre política criminal en América Latina, realizada comparativamente con otras que se adelantan en el Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de París, bajo la coordinación de la profesora MIREILLE DELMAS-MARTY. La Fundación para la Educación Superior (FES) financió la fase final del estudio.

rechazo de los tormentos como método de investigación, de las penas crueles, del carácter secreto del proceso, etc. También se trató de una abolición de la justicia privada que tipificaran los señores feudales en relación con sus siervos y contra las ordalías y los llamados "Juicios de Dios". En América Latina tuvo curso también esa reacción frente a la Inquisición que prestaba su apoyo a la labor colonizadora y aculturizadora, y a la justicia privada que los hacendados administraban en sus latifundios. De allí que la divulgación de la Declaración de los Derechos del Hombre fuera labor precursora en las luchas por la independencia. Esa declaración constituyó un faro orientador para los vientos de renovación que alentaban la revolución política.

Los principios garantistas de legalidad, derecho de defensa, igualdad ante la ley, presunción de inocencia, debido proceso, humanidad, etc., han formado parte de la legislación procesal e incluso de las Cartas constitucionales latinoamericanas. Y la tendencia ha sido la de incrementarlos con la inclusión de principios sobre la lealtad de las partes, cosa juzgada, contradicción probatoria, etc. La misma Convención Americana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica, de 1969, contiene el conjunto de principios juridicoprocesales que perfilan un modelo liberal, pero la realidad procesal latinoamericana no ha sido muy fiel a esos parámetros.

El derecho de defensa, por ejemplo, se ha visto seriamente disminuido, particularmente para los desposeídos, a quienes se les suele designar un abogado de oficio o de pobres, cuya actuación casi siempre es una parodia. La igualdad de las partes se desdibuja muchas veces en el cúmulo de influencias que obran sobre policías, jueces, funcionarios subalternos, peritos y auxiliares de la justicia. El poder económico puede propiciar, en ocasiones, transacciones entre ofensor y víctima, ventajosas para quien no tiene la urgencia y el apremio de la necesidad. La actuación selectiva de los cuerpos policiales y el órgano judicial con respecto a la extracción socioeconómica de los involucrados en un hecho presunta o realmente delictuoso, ha atentado también contra el principio de igualdad. Así se van abriendo paso los medios ilegales de la coacción y la tortura que abonarán el terreno para el advenimiento de los procesos sumariales, cruentos y ocultos de los regímenes de seguridad nacional.

Pero una forma previa como se va perdiendo el sentido garantista del proceso penal, es la interpretación exegética que no ve más allá del texto literal de la norma. Ni siquiera ha sido una exégesis que busque la voluntad o el espíritu del legislador, sino que prefiere encerrarse en la interpretación formalista gramatical. Y cuando se ha acudido al espíritu del legislador, apoyado en el apotegma autoritario de su sabiduría, se ha hecho de manera dogmática, sin tener en cuenta los cambios que la realidad demanda permanentemente. Las garantías procesales se distorsionan de esa manera, convirtiéndolas en formalismos sin proyección, rituales legitimadores de una parodia judicial, *mise en scène* de una justicia burocrática y sin alma.

Dentro de esa perspectiva el derecho procesal pierde su carácter garantista, permaneciendo como un derecho secundario frente al derecho sustantivo, abriéndose con ello el camino del menosprecio por las formas procesales que permitirán luego el fraude y la violencia en los procesos. Los logros históricos alcanzados frente

al absolutismo, y particularmente frente al proceso inquisitorial, pierden un valioso espacio conquistado a alto precio. El modelo liberal del proceso, que pretende proteger al ciudadano de los desbordamientos del gobernante contra su libertad y su dignidad, termina siendo más una proclama romántica dieciochesca que una realidad política, particularmente para las clases subalternas de la sociedad, que son las que básicamente constituyen la clientela de los sistemas penales. Si a lo anterior agregamos la recurrencia a las legislaciones de excepción que hemos visto en el acápite constitucional, el idealismo del discurso se acrecienta.

#### *El debido proceso o el principio de legalidad procesal*

Este principio hace alusión a su legalidad. A que las formas y ritualidades del proceso hayan sido prefijadas por el legislador. A que el juez que presida el proceso sea el determinado previamente por la ley, y no uno cualquiera que a *posteriori* designe el Estado.

Este principio constituye uno de los pilares fundamentales sobre los que se sustenta un modelo liberal del Estado y de la política criminal. Es una garantía frente a la arbitrariedad judicial, que puede malograr los derechos consagrados en las leyes sustantivas penales o en los textos constitucionales. En las manipulaciones y distorsiones del proceso penal suelen naufragar los derechos sustantivos, bien del acusado, bien de la víctima o de la sociedad. El que un ciudadano no pueda controvertir la prueba que se presenta en su contra en el proceso o no pueda ejercer adecuadamente su derecho de defensa, tiene graves repercusiones para sus garantías constitucionales. De poco sirven estas estipulaciones sacralizantes si en la práctica el ciudadano sucumbe ante la arbitrariedad de los ritos que desconocen derechos fundamentales como la libertad, para cuya tutela la misma Constitución ha introducido recursos tan contundentes como el *habeas corpus*.

También se realza con este principio la sumisión del Estado a la ley (concepto de Estado de derecho), en cuanto obligación del Estado de perseguir todos y cada uno de los actos punibles. Este es uno de los elementos que más acentúan la diferencia entre el sistema procesal de los Estados Unidos y el de los países latinoamericanos. Mientras que en aquel país prevalece el principio de oportunidad, en América Latina el principio de legalidad impone básicamente la persecución penal de todas las transgresiones penales. Para el subcontinente americano el mundo del "bergaining" es ajeno y va en contravía de la filosofía de sus sistemas penales.

Sin embargo, existen mecanismos o situaciones que impiden que esa obligación persecutoria sea absoluta. Por ejemplo, en el caso de la exigencia de querrela, o en las facultades de archivo que conceden muchas legislaciones, se declina la pretensión penal. Esta es una tendencia que parece ir en aumento en vista de la congestión judicial, la que ha debilitado las tradicionales teorías sobre la intransigencia de la acción penal.

## 1. UN GRAN MITO DEL PROCESO: LA IGUALDAD ANTE LA LEY

Este es un mito que ya hemos visto en el acápite del derecho penal. Es igualmente válido para el derecho procesal penal, o tanto más por su carácter de praxis; espacio donde se toman las decisiones que harán realidad una determinada concepción o hermenéutica del derecho.

Lo primero que entra a conspirar contra el debido proceso es la desigualdad de las partes. La red de influencias que gravitan en torno a los jueces, policías, funcionarios judiciales, peritos y auxiliares de justicia, que comienza incluso con su formación ideológica y profesional, atentan contra el principio liberal de la igualdad ante la ley, que termina siendo un mito en medio de una realidad de profundas desigualdades socioeconómicas como es la latinoamericana. Basta echar una ojeada a las poblaciones carcelarias de América Latina para darse cuenta de cuál es la clientela del sistema penal y del sistema contravencional: las clases desposeídas. Pero no se trata de que ellas ejerzan el monopolio de las infracciones penales y policivas, sino de que el sistema penal y contravencional ha obrado selectivamente. La oleada de delincuencia de "cuello blanco" que ha hecho eclosión en los últimos tiempos, a través de despliegues de prensa, no ciertamente de página roja, nos demuestra que ello es así.

## 2. EL DERECHO DE DEFENSA

Este derecho aparece como fundamental en la ejecución del debido proceso. De allí que todas las legislaciones establezcan que cuando el procesado no pueda o no nombre defensor, el juez le designará uno de oficio. Además se ordena que en lo posible el defensor sea un abogado titulado. Esto ya sucede en general, una vez que se han entrelazado los espacios geográficos y el número de egresados de las escuelas de Derecho lo ha permitido.

A) *La incomunicación: un túnel corto pero suficientemente oscuro.* Una gran deficiencia en el ejercicio del derecho de defensa reside en la oportunidad en que puede empezar a actuar el apoderado, generalmente desde la indagatoria. Si tenemos en cuenta el período que transcurre entre la captura y esa diligencia (puede ser desde 24 horas hasta varios días dependiendo de cada país) y las amplias facultades otorgadas a la policía, tendremos un túnel, espacio oscuro y siniestro donde humanidad y dignidad resultan muchas veces lesionadas. La incomunicación del capturado se sumará a conformar esta región inexpugnable en la que el Estado corta todos los hilos del ciudadano con su medio, dejándolo a merced de gendarmes y carceleros. Es un túnel corto pero suficientemente oscuro para ejercer la coacción y la tortura, para arrancar la confesión o propinar un castigo por la desviación, real o presunta. Se inaugura así un proceso con acusado disminuido e intimidado.

Aunque no se ejerza violencia ni coacción, las tinieblas de la incomunicación y el aire enrarecido de los calabozos policiales ablandarán el espíritu del reo.

Hay países donde el término de la incomunicación es alarmante. En Paraguay puede ser hasta de seis días (arts. 214 y 215); en Argentina hasta ocho días (art. 257); en Costa Rica y Chile (arts. 298 y 299) hasta 10 días. La investigación del IIDH\* dice que en algunos países parece no haber término para el juez. Sin embargo, en algunos países —en ostensible minoría— está prohibida la incomunicación por disposición constitucional: Venezuela (art. 60, inc. 3°) y México (art. 20, inc. 2°).

Los argumentos tecnocráticos tendentes a sostener la incomunicación, referentes a la eficacia de la investigación, han perdido validez y han servido para el deslizamiento de prácticas inquisitoriales violatorias de los derechos humanos. He allí un elemento inequívoco de este modelo autoritario en el que el secreto y la tortura presidían los procesos.

B) *El mito piadoso de la defensa de oficio.* La institución de la defensa oficiosa o de pobres se ha convertido en una formalidad ajena a los fines del *favor defensionis*. Las grandes masas de desposeídos que se ven involucradas judicialmente, en razón de sus carencias ven aquí cerrado el círculo cuando se les asigna un letrado, cuya labor se reduce a un papel simbólico. Su participación muchas veces se limita a firmar las actas de diligencias en las que no participa.

No presentan ninguna petición, contradicción o impugnación probatoria. Con ello se patentiza una justicia clasista, en la que quienes tienen cómo sufragar su defensa corren una suerte distinta de la de quienes no pueden hacerlo.

Este mito de la defensa oficiosa, cuyo espíritu pío se queda en el acto de contricción, sin remediar la condición desventajosa del procesado carente de recursos, atenta no solamente contra el derecho de defensa, sino también contra el principio de igualdad de las partes.

## 3. EL JUEZ NATURAL

La institución del juez natural se encuentra dentro del concepto del debido proceso. Lo primero, en efecto, que define la legalidad del proceso, es la legitimidad del juez. Y esa legitimidad está dada por la "natural" competencia que la Constitución le ha asignado. La justicia debe ser impartida por sus órganos naturales, entendido este concepto con el criterio político de la Carta Fundamental, y en el sentido de independencia y preexistencia del órgano judicial. Esta institución corresponde no solamente a un desarrollo del principio de legalidad del proceso, sino también al principio de estructuración política liberal de la tripartición de poderes.

En América Latina generalmente se ha consagrado dicho principio en las constituciones nacionales. Sin embargo, la asignación de la función judicial a órganos extraños del cuerpo jurisdiccional, ha introducido graves fisuras en el modelo liberal. Así se han transferido competencias de juzgamiento a funcionarios de policía y a la justicia militar. Fenómeno de usurpación que altera el modelo de la tridivisión,

\* Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

hipertrofiada por la concentración del poder en el ejecutivo, cuyo principal interés de estabilidad política determinará un ejercicio parcializado de la función judicial. Este es uno de los puntos claves en que el “deslizamiento” hacia modelos autoritarios y totalitarios de poder se produce. La justicia penal militar ha sido —particularmente en los decenios recientes— en América Latina un recurso para manipular la justicia por la subordinación de los jueces militares al ejecutivo, y específicamente a la institución militar, en la que las decisiones se imponen vertical y autoritariamente.

Igualmente sucede, aunque en menor grado, con los desplazamientos de la función judicial a los funcionarios de policía y a la policía misma como cuerpo armado.

Generalmente se encuentra en las constituciones latinoamericanas la expresión de los órganos competentes para administrar justicia. Y también suele hallarse referencia a la competencia de la justicia penal militar, limitada a las infracciones penales cometidas por los militares en servicio activo. Sin embargo, estas expresiones disposiciones constitucionales han sido malogradas en muchos países, por vía jurisprudencial, cuando se ha tolerado esta distorsión de la Constitución mediante los estados de excepción convertidos en permanentes.

La consagración constitucional de la competencia judicial constituye un referente necesario no solamente para la estructura de un Estado democrático de derecho, sino también para interpretar el sentido del concepto “natural” que trae el principio comentado. Con ello se evita caer o recaer en superados “iusnaturalismos” y se señala un parámetro preciso para que los asociados sepan con certeza cuáles son sus jueces, de la misma manera como saben o deben saber con seguridad cuáles son los comportamientos prohibidos.

A) *El comienzo de la militarización de la justicia.* La usurpación del poder civil por el poder militar comienza muy bien a dibujarse por esa transferencia de jurisdicción. Aunque en los primeros regímenes militares de este siglo tal transferencia no era general —lo será con el modelo de seguridad nacional—, ya empieza a observarse cierto deslizamiento hacia ella. Así, en Colombia tal distorsión del modelo liberal se produjo sin necesidad de llegar a una fase culminante de la seguridad nacional.

La condición constitucional para esta transferencia, como se ha dicho atrás, está dada por la implantación de los estados de excepción. Con ello, como lo señala DELMAS-MARTY, se duplica el sistema penal, superponiéndose un segundo sistema —el de excepción— al ordinario. El modelo oficial se bifurca con privilegio en América Latina del de excepción por el reconocido abuso de las instituciones políticas de emergencia. Ese modelo de excepción empieza por cambiar al juez natural. No se trata del fuero militar, sino del desbordamiento de la jurisdicción militar al espacio de la sociedad civil, absurdo que muestra toda su plenitud si planteamos la hipótesis de los jueces comandando las tropas en el campo de batalla.

Se trata de una distorsión del modelo político liberal, en cuanto una rama del poder usurpa funciones de la otra. Y lo hace faltando a los requisitos de independencia y especialización que se requiere en los jueces. La Corte Suprema de Colombia, que aparece en el escenario latinoamericano como una de las más inde-

pendientes, en tanto que muchas otras se plegaron al gobierno de turno y legitimaron jurisprudencialmente sus desafueros y violencias constitucionales, planteaba en 1971: “La justicia penal militar se administra de un modo acelerado, con parvedad de procedimientos y del ejercicio del derecho de defensa, sobretudo en el aspecto fundamental de las pruebas. Así lo requiere la naturaleza de la institución castrense y la importancia de mantener la autoridad y respetar la jerarquía de los cuerpos militares. Por ello, solo se concibe respecto de estos y en relación exclusiva con tal actividad y los ilícitos cometidos en desarrollo de la misma. Consagrarla, involucrando personas distintas de los militares en servicio activo y delitos diferentes a los que se relacionan con el mismo servicio, equivale a suplantar el orden constitucional concediéndole al artículo 170 de la Carta un valor genérico y no específico que es el que debe corresponder”<sup>1</sup>.

Sin embargo, la Corte colombiana cambió de criterio y permitió durante casi dos decenios más la entronización de esta desviación constitucional, aunque ello sucedió en pronunciamientos divididos y precedidos de profundos debates. En 1987 vuelve a aquel criterio en un pronunciamiento con múltiples salvamentos de votos.

Una de las razones en las que se fundaba la legitimación de esta transferencia de jurisdicción era la de mayor eficiencia y celeridad de la justicia castrense. Ante los embates contra el “orden público” se reclamaba la vigencia de una justicia expedita y contundente. Una justicia de mano dura y de procedimientos sumarios.

Una investigación adelantada por varias universidades de este país, correspondientes a diferentes ciudades, estableció que no había tal celeridad y que, tomada la duración máxima legal del proceso sumario militar, la proporción de veces que la duración real de ese proceso la superaba era del 1.711.42%. En otras palabras, estando concebidos esos procesos para durar entre 43 y 72 días, su duración real era de 791 días. El desfase para la justicia ordinaria era entre tanto de un 202.9%<sup>2</sup>.

Pero más allá de estas cifras la ineficacia de la justicia penal militar está comprobada históricamente. La agudización de la crisis de enfrentamiento violento al Estado ha demostrado que el remedio de la transferencia jurisdiccional no surtió efecto. Muy posiblemente obró en sentido inverso, estimulando en espiral la escalada de la violencia.

#### 4. LAS FORMAS PROPIAS DEL JUICIO

Este principio, que prohíbe las regulaciones procesales *ex post facto*, es a la vez una expresión del principio de legalidad. Aparte del establecimiento del juez natural, el cumplimiento de unas normas determinadas, tendentes a garantizar los derechos fundamentales fijados en la Constitución, constituye las líneas estructurales de los procedimientos garantistas.

<sup>1</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia, fallo del 4 de octubre de 1971.

<sup>2</sup> Investigación dirigida por la Universidad Externado de Colombia. Publicada en la revista de la misma Universidad, núm. 24, Edic. Librería del Profesional, Bogotá, 1984, págs. 97-112.

Estas estructuras entran en disfuncionalidad con la distorsión de aquellas formas, por ejemplo cuando la detención preventiva se convierte en pena anticipada; cuando el derecho de defensa se limita a los privilegiados que puedan pagarlo; cuando la coacción y la violencia se entrecruzan en ciertos interrogatorios; cuando el juez es dominado o manipulado por el ejecutivo, etc. Todo esto, y algunas perversiones más, se produce dentro de situaciones políticas de normalidad; pero con la recurrencia a los estados de excepción que proliferan en América Latina, la disfuncionalidad se acrecienta produciendo un mayor desfase entre modelo oficial y modelo aplicado.

Generalmente, con el advenimiento de la justicia penal para los civiles, vienen los cambios de procedimientos. De los enjuiciamientos ordinarios se pasa a los abreviados y sumarios, y particularmente a los consejos verbales de guerra. Este es un fenómeno que viola la legalidad del proceso, por cuanto impone un procedimiento *ex post facto*. Si bien este tipo de procedimiento preexistía al momento de la comisión del hecho investigado, su preexistencia se daba con relación a otro tipo de hechos. El procedimiento propio del hecho es desplazado por otro, concebido por el legislador para casos diferentes por su naturaleza. Se aplica, por ejemplo, el procedimiento de la deserción militar a quien infrinja prohibiciones penales al derecho de reunión.

A) *La ley procesal en el tiempo.* Otra manera de desconocer las formas propias del juicio es por medio de la aplicación absoluta de la vigencia inmediata de la ley procesal. Hablamos de la nueva ley de procedimiento, que cambia intempestivamente las reglas de juego procesales en relación con hechos que han sido cometidos con anterioridad. Si bien dentro del derecho penal sustantivo el principio de la irretroactividad de la ley penal desfavorable es reconocido por la mayor parte de las legislaciones latinoamericanas, dentro del derecho procesal penal este principio ha encontrado serios obstáculos en las normas que establecen que por ser ese derecho del orden público es de inmediato cumplimiento.

El ciudadano que se encuentra ya involucrado en un proceso, ve producirse el cambio de la estructura y de la dinámica procesal de manera unilateral. Imponer la aplicación de una ley posterior más desfavorable es desconocer el principio de legalidad, y ya sabemos que ese principio histórica y políticamente fue conquistado también para el proceso, como lógica e histórica reacción contra los procesos absolutistas e inquisitoriales.

La ultraactividad de la ley procesal penal debe verificarse cuando sea más favorable al procesado. Esto se torna más imperativo en las regulaciones que tienen que ver con la libertad de la persona, con la supresión de recursos, restricción del derecho de defensa, valoración de la prueba, etc. Es evidente, por ejemplo, que el cambio de un proceso que, ya está en curso puede alterar las garantías procesales, según el equilibrio estructural que pueda tener.

Así, el cambio de un proceso ordinario a uno sumario, o el de un proceso acusatorio a uno inquisitorio, puede afectar o disminuir tales garantías.

En cuanto a la sustanciación o ritualidad del proceso, se puede convenir en su aplicación inmediata siempre y cuando no afecte el carácter garantista del proceso penal liberal.

Generalmente son normas de puro trámite que no tienen esa seria incidencia. En cuanto a la jurisdicción y competencia, en las que se acepta legislativa y jurisprudencialmente la vigencia inmediata de la ley, creemos que debería abrirse la discusión, por cuanto si el desplazamiento se produce hacia jueces "no naturales" o con cambio de los procedimientos, el sentido garantista pierde también su efecto.

El principio de la aplicación inmediata de la ley procesal cuya aceptación en América Latina ha sido casi general, debe tener en cuenta estos serios reparos. La ultraactividad de la ley procesal debe venir en auxilio de las garantías procesales cuando la nueva ley sea desfavorable al procesado.

B) *Los procedimientos abreviados.* En procura de la economía y agilidad de los procedimientos, ante la urgencia creada por el aumento inusitado de la criminalidad y el embotellamiento judicial, se abren paso los procedimientos abreviados. La rapidez y contundencia de tales procedimientos, aplicados en sistemas penales carentes de recursos que puedan acomodarse con suficiencia a esa fluidez, privan muchas veces al proceso de sus garantías fundamentales. La tendencia a crear estos tipos de procedimientos no solamente es suscitada por la necesidad racional de proveer una justicia rápida, sino también por la necesidad de apaciguar el ánimo colectivo, exacerbado por el delito, mediante el ejercicio de una función simbólica de la ley penal. Función caracterizada como un *droit pénal magique*, en el que no solamente se amplían las criminalizaciones, sino que se aceleran y comprimen los procedimientos, para dar una impresión de adecuada y rápida respuesta al desbordamiento y potencialidad de la criminalidad. Una criminalidad que sobrepasa los marcos convencionales, atizando la crisis social y creando malestar e inquietud general, que el Estado debe conjurar y apaciguar. Cortar antes que desanudar.

Ciertamente hay que tratar, en aras de la prontitud de la justicia, de agilizar los procesos, pero hay que ser celoso en la preservación de las garantías procesales. El derecho de defensa puede ser afectado por la fugacidad de los términos, la limitación de los recursos, el apresuramiento en la práctica de las pruebas, la limitación de la controversia probatoria, etc. Y si tenemos en cuenta el atafagamiento de nuestros sistemas penales, que implican una atención mínima a cada caso, tendremos que convenir que el tiempo real del proceso se reduce peligrosamente.

Ha existido cierta convergencia en cuanto a los criterios que permitan la aplicación de procedimientos abreviados: la confesión simple, la flagrancia, y los delitos leves. Sin embargo en la historia reciente de América Latina se han utilizado tales procedimientos aplicando criterios políticos.

La ley 2ª de 1984 de Colombia, creó, por ejemplo, una jurisdicción especializada para investigación de delitos de extorsión, secuestro extorsivo y terrorismo. Teniendo en cuenta que básicamente estaba dirigida a los dos primeros delitos, la ley evidencia su carácter clasista al establecer una jurisdicción privilegiada (los jueces son mejor pagados y su aplicación es exclusiva a esos delitos) y un procedimiento contundente, con desmedro de garantías fundamentales.

El clasismo de esta ley se revela en la condición socio-económica de sus víctimas, que generalmente proceden de estratos altos.

Por una ley posterior se extiende esta jurisdicción a los delitos de tráfico de estupefacientes, como una respuesta a los embates de las organizaciones de narcotraficantes, cuyo real efecto es el de obrar sobre vastos sectores de la población de clase baja o media, que actúan desarticuladamente, al margen de las poderosas organizaciones que controlan el gran tráfico internacional. Las cárceles se llenan entonces de personas de bajos recursos que distribuyen la droga en barrios, muchas de ellas adictas, que trafican para pagarse su consumo. También caen las llamadas "mulas"<sup>3</sup>, que se aventuran en viajes internacionales con un paquete de droga. Este fenómeno obra como un circuito que fluye continuamente hacia las prisiones, con la rapidez que le imprime la celeridad de un procedimiento adecuado, en el que además se burla el principio de presunción de inocencia con la proscripción absoluta de la libertad provisional.

Estos procedimientos abreviados suelen aplicarse en el ámbito contravencional o en el de la justicia penal militar (consejos verbales de guerra) aplicada a civiles. De allí han pasado al sistema penal ordinario. Aceptamos que pueden incluirse dentro de este sistema, por los factores mencionados de confesión simple, flagrancia o delitos leves, pero sin detrimento de las garantías fundamentales del proceso.

## 5. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Este principio, además de estar contemplado en declaraciones y pactos universales sobre los derechos humanos, lo recoge la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su artículo 8, inciso 2, dice: "toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad".

Con la actual tendencia culpabilista, los códigos penales latinoamericanos complementan este principio al establecer que no puede haber responsabilidad penal sin culpabilidad.

La dirección que este principio le da al proceso se refleja básicamente en los aspectos probatorios. Inicialmente porque impone una carga de la prueba. Carga de la prueba que se impone al juez en el sistema inquisitivo, o bien a la parte acusadora en el sistema acusatorio para desvirtuar esa presunción. Desde el comienzo del proceso este principio surte efecto en las regulaciones sobre prueba para detener, enjuiciar o condenar. Sobre cualquiera de esas decisiones se exige una prueba de culpabilidad. Si bien respecto de las dos primeras esa prueba puede no ser plena, se exige una determinada prueba que contradiga la presunción de inocencia. Aunque lo ideal fuera que la vigencia de este principio impidiera el instituto de la detención preventiva, razones de eficacia del proceso y prevención se han opuesto a ello. Pero en América Latina la detención preventiva ha desbordado la racionalidad de esa institución, convirtiéndose en una pena anticipada, aleatoria y conmutativa,

debido a su prolongada duración y a su identidad con la ejecución penal de las penas privativas de la libertad.

A) *La detención preventiva: una inversión del principio de inocencia.* El promedio de personas detenidas preventivamente en América Latina es del 68.47%, según investigación adelantada por el ILANUD, lo que se traduce en que hay más personas detenidas preventivamente que mediante condenas. En esta investigación se demuestra cómo la detención preventiva en América Latina se convierte en el pago anticipado de una pena, y cómo la detención preventiva constituye la regla frente a la libertad provisional, que es la excepción. También asegura que a pesar de haberse liberalizado la institución de la libertad provisional, la tradición restrictiva y excepcional que pesa sobre la magistratura latinoamericana frena tales cambios<sup>4</sup>.

Dentro de este panorama de la detención preventiva irracionalmente prolongada, hay que distinguir quiénes son los que más la sufren. Aunque hemos dicho ya que la población carcelaria de América Latina está conformada básicamente por personas de los sectores bajos de la sociedad, la detención preventiva prolongada acentúa su rigor sobre los más bajos dentro de esa población. Sobre los que no tienen abogado propio, o los que han delinquido por necesidad, o sobre quienes no tienen vínculos con el poder, o sobre los analfabetas, etc. Condiciones estas que no es extraño verlas reunidas en un mismo caso.

En muchos países existe la libertad provisional bajo fianza. Esto se constituye en algunos de ellos en una violación del principio de igualdad ante la ley, cuando no consagra alternativa para quienes no pueden pagar la fianza. Tal alternativa (caución juratoria) se encuentra, sin embargo, en varias legislaciones latinoamericanas.

Este fenómeno es más preocupante aún, si recordamos el estado de nuestras prisiones. Y no se trata de aludir a HOWARD en su clásica obra, reconociendo la miseria de esa institución "total", sino de plantear el desfase entre norma y realidad, entre los fines proclamados (rehabilitación, reinserción, educación, etc.) y los fines reales (retribución, disciplinamiento, intimidación general, etc.). Al plantearlo estamos exponiendo que el carácter prolongado de la detención preventiva está obrando en un sentido autoritario ejemplarizante e intimidador, para el que no importa necesariamente la demostración de la responsabilidad penal, sino la demostración tajante y poderosa de la reacción estatal frente al avance de la delincuencia. No importa tanto si dentro de esa represión intimidatoria hay inocentes o no, y menos, desde luego, aquellos fines tantas veces proclamados y tantas veces burlados en la realidad.

Este problema de la detención preventiva ha sido también realizado por las Naciones Unidas en su V Congreso sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en 1975. Una conclusión de ese evento fue la recomendación de agotar los procedimientos jurídicos y administrativos existentes a fin de que solo los acusados por delitos graves o cuya detención provisional fuera indispensable por razones

<sup>3</sup> *Mule ou Ane.*

<sup>4</sup> ELÍAS CARRANZA, MARIO HOUEJ, LUIS PAULINO MORA, EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, "El preso sin condena en América Latina y el Caribe", ILANUD, San José de Costa Rica, 1983.

de seguridad o de protección de la comunidad, o para asegurar la comparecencia del acusado al tribunal, deberían detenerse precautelativamente.

Según la mencionada investigación de ILANUD, muchas de las legislaciones imponen como criterios de otorgamiento de la libertad provisional factores que corresponden a la cuantificación concreta de la pena y que, “a veces, en sana doctrina, ni siquiera correspondería tomar en cuenta para la cuantificación penal”<sup>5</sup>. Señalan la frecuencia de criterios como la alarma social, el clamor público y la frecuencia del delito en la comarca, criterios que se inscriben dentro de una finalidad de prevención general, que soslaya la conducta del autor como parámetro central de la mensura punitiva.

Pero si bien la ley ha consagrado este principio —garantía ciudadana frente a la persecución penal—, la mentalidad judicial y general no lo han seguido muy de cerca. La estigmatización criminal, por ejemplo, ha desvirtuado en gran parte tal principio, por la vía de la predisposición creada en la mente del juzgador y de los ciudadanos comunes por los estereotipos criminales. Estereotipos que en América Latina no solamente tienen que ver con una condición socio-económica, o con un asunto marginal, sino con el mestizaje racial. La valoración de la prueba se hace algunas veces a la luz de esos prejuicios. Determinadas condiciones raciales y socio-económicas marginales entran a jugar como indicios de criminalidad. La presunción de inocencia prácticamente se ve invertida.

## 6. EL PRINCIPIO DE HUMANIDAD

El cuadro infamante de la justicia inquisitorial, con sus tormentosos métodos y sus penas crueles y atroces, hizo clamar a los humanistas de hace dos siglos por el tratamiento humanizado de los procesados. Frente a una justicia absolutista, implacable y brutal, se alzaron las voces de librepensadores que reclamaban por la dignidad humana. Lamentablemente esto no es cosa solamente del pasado. De ese pasado que suscitara *De los delitos y de las penas*. Es en buena parte cosa de América Latina (entre otras regiones del mundo) y de hoy. La tortura es recurso cotidiano en muchas dependencias policiales y militares de América Latina, bien para extraer confesiones, veraces o inventadas, bien para castigar la disidencia o la marginalidad. La pena de muerte “extrajudicial” ha cobrado miles de vidas a lo largo del continente. Las desapariciones se constituyeron en táctica predilecta de regímenes de oprobio en el cono sur. La violencia policial, la militar o la paramilitar ha vapuleado, humillado y asesinado a millares de latinoamericanos. Las cárceles, centros de hacinamiento y violencia, laberintos dantescos, han aumentado la historia de la infamia. Al amparo de la fementida proclama de la rehabilitación social se han torturado los cuerpos y los espíritus de culpables e inocentes, lanzados a mazmorras pestilentes en las que no puede haber ninguna restauración, solo dolor e ignominia. Aunque este cuadro es más propio del modelo de seguridad nacional, su germen incubó en el modelo liberal autoritario.

<sup>5</sup> CARRANZA, etc., ob. cit., ILANUD, pág. 115.

No hay necesidad de acudir a estadísticas para confirmar el superpoblamiento de nuestras cárceles. Ni para establecer los irrisorios presupuestos para proveer la alimentación de los presidiarios. Ni para mostrar el alto índice de violencia y de atentados dentro de las prisiones. Atentados contra la vida, la integridad personal, sexual, corrupción administrativa de la prisión, tráfico interno de estupefacientes, la violencia como atmósfera, etc. Es un lugar común en las crónicas “piadosas” de nuestros periódicos; se trata de un círculo infernal que allí se cierra y que se vuelve a abrir como un circuito que se reproduce, recreando el crimen y la alienación, reproduciendo la desigualdad.

A) *Los derechos humanos*. Por ese venero —el de la indignación— van abriéndose paso los derechos humanos. Aportando la idea de un mínimo infranqueable por debajo del cual no se puede llevar al ser humano. Si bien la intervención penal representa una restricción de derechos fundamentales (de locomoción, de trabajo, de disfrute patrimonial, etc.), ella no puede traspasar esos umbrales en donde se compromete la dignidad del ser humano. Es así como los derechos humanos van constituyéndose en materia de acuerdos internacionales. Empezando por el Pacto de Derechos Civiles y Políticos aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966, y ratificado por muchos países latinoamericanos. O la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, también signada por la mayoría de los países del área, cuyo artículo 5° dice: “Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”, mientras que en su artículo 11 expresa: “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”.

Nuevos códigos de procedimiento penal están incorporando estos principios. Así, el artículo 2° del nuevo Código de Procedimiento Penal colombiano incluye dentro de sus normas rectoras el siguiente texto: “Toda persona a quien se atribuya un hecho punible, tiene derecho a ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

Infelizmente esas normas han tenido vigencia más simbólica que real. Hoy los sectores democráticos de los países latinoamericanos insisten en la puesta en práctica de esas formulaciones. La conyuntura histórica ha demostrado la necesidad de su reconocimiento y de su vigencia. El derecho internacional es reconocido entre comillas. Su falta de coercitividad para respaldar sus normas ha puesto en tela de juicio su validez.

Sobre el punto de la dignidad, hay que preguntarse también si el procesamiento periodístico que se hace de los delincuentes convencionales, con fotografías de reseña judicial, que implican la reacción desproporcionada y marginadora de su medio social, atiende el principio de humanidad, o se constituye en la base de una pena superior a la impuesta judicialmente. Una pena altamente infamante.

La pretensión de un trato que reconozca la dignidad del ser humano implica una serie de garantías. De allí que coincida con muchas de las garantías fundamentales del proceso que estudiamos. Garantía de ser reconocido como sujeto, no como cosa. Sujeto procesal por lo tanto. Garantía de no ser vejado, torturado o tratado

cruelmente. De no ser forzado a declarar contra sus parientes cercanos. De ser asistido en su defensa. De un trato decoroso en los casos de privación de la libertad, etc.

Lamentablemente nuestros sistemas penales están muy lejos de llenar esas mínimas aspiraciones de humanización de los procesos. La crisis de las políticas de rehabilitación no son exclusivas del Viejo Continente y de Norteamérica. En América Latina tal crisis tiene la desmesura de su miseria. En América Latina nunca debió arraigar la pretensión de tal política, porque era evidente que ninguna oportunidad podía tener dadas las falencias económicas estructurales que impedían su desarrollo, y la presencia agobiante de una realidad social en la que era absurdo pretender reinsertar a los acusados.

El balance para los derechos humanos en la región es negativo. Sin embargo no hay que perecer en el escepticismo y hay que promover una serie de recomendaciones para mejorar la situación en el área. Desde los mismos cambios legislativos dentro del derecho penal y procesal, y las reformas constitucionales que permitan un marco amplio y democrático de reformas sociales y del sistema penal, como de la reforma de los subsistemas policiales, penitenciarios, manicomiales, de menores, etc. Reformas democráticas que permitan no solamente una mayor participación de la base social, sino también mayores controles de los gobernantes por los gobernados. Desconcentración del poder y educación masiva para realizar estos cambios políticos, y educación especializada para la judicatura y trabajadores afines para la gestión democrática y humanitaria del sistema penal.

#### 7. EL PRINCIPIO DEL "FAVOR REI": LA REIVINDICACIÓN DEL CIUDADANO FRENTE AL ABSOLUTISMO PENAL

Contra el carácter autoritario, unilateral y vertical del procedimiento inquisitorial, el principio del *favor rei* viene a representar una reacción política que reivindica al ciudadano dentro del proceso. Este principio constituye una de las columnas fundamentales del modelo liberal, en cuanto persigue la defensa de la libertad frente a la parcialización que puede tomar el sistema penal en la búsqueda de sus fines, proclamados u ocultos. Históricamente se ancla en la reacción contra la arbitrariedad, evidenciada en una justicia manipulada por los gobernantes.

A) El "*in dubio pro reo*". Existen una serie de principios que se desprenden de aquel más general. El *in dubio pro reo*, generalmente incluido en las legislaciones latinoamericanas, se constituye en uno de los más alegados y aplicados en la práctica judicial. La carga de la prueba en cabeza del Estado, representado por el juez, es otro desarrollo procedimental en favor del reo. Sin embargo, con respecto a este último principio, se ha presentado una grave distorsión, en el sentido de estimarse que la prueba por recoger es solamente aquella que desfavorece al reo. Con ello se contraviene indudablemente el principio del *favor rei*, adquiriendo el proceso matices inquisitoriales.

Ciertamente el Estado tiene un legítimo interés en demostrar la responsabilidad de quienes quebrantan la ley. Pero ello no significa que ese sea su objetivo último

en todo proceso. Ese objetivo lo constituye la verdad, verdad real además, y la justicia o equidad de sus decisiones. En muchos casos la justicia la puede constituir el reconocimiento de la inocencia de la persona acusada. Ni siquiera para el ministerio público es válida esta pretensión de perseguir la condena de todos los acusados. A la sociedad, que es su representada, no le interesa necesariamente esa pretensión, sino la de la verdad y la justicia.

En América Latina ha habido esa lamentable tendencia judicial de investigar solamente, o por lo menos prevalentemente, lo desfavorable al procesado. Y si tenemos en cuenta que la mayoría de los acusados son personas de escasos recursos económicos y hasta culturales, cuya defensa se legitima con el apoderado de oficio o de pobres, cuya realidad es meramente simbólica, tendremos que su suerte estará finalmente echada. Los clamores de algunos inocentes, de haber obrado en estado de necesidad o por cualquier otra causal de justificación o inculpabilidad, pero principalmente aquella, serán desatendidos por los jueces, quienes privilegiarán la investigación sobre la autoría y la tipicidad para deducir imperturbablemente la violación del ordenamiento penal. Miles de personas encerradas en las prisiones han sido condenadas injustamente por no haber podido probar el estado de necesidad en que obraron, o a veces la legítima defensa, o el error invencible en que actuaron. Estando detenidos preventivamente quedaron maniatados para demostrar probatoriamente su situación de inocencia. Los jueces por su parte se conforman con un encajamiento silogístico de la tipicidad para deducir su responsabilidad. El ministerio público, inclinado al cumplimiento de su papel acusatorio, considera satisfecha su aspiración.

Esta malhadada tendencia judicial se explica en la mentalidad positivista que la judicatura latinoamericana ha padecido. Mentalidad en la que ha anidado la responsabilidad objetiva y los desarrollos cerrados de la dogmática juridicopenal. Ella ha llevado a los jueces a pensar que basta la transgresión típica para responder punitivamente.

Este principio está íntimamente relacionado con el de la presunción de inocencia, también garantía liberal frente al Estado, y que, como vimos en otra parte de este trabajo, ha sido seriamente vulnerado por la detención preventiva prolongada que ha terminado por convertirse en "pena anticipada".

#### 8. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

La teoría de la sana crítica ha predominado en la hermenéutica latinoamericana en los últimos tiempos. Sin embargo, existe ciertas prescripciones tarifarias que se mezclan con aquel sistema. Por otra parte, el criterio de la libre e íntima convicción tiene también cabida en los casos en que intervienen los jurados de conciencia, institución que en América Latina funciona de manera bastante restringida.

A) *Los indicios según el criterio positivista*. No obstante, la sana crítica no impera en la práctica judicial en todo su desarrollo. Está contaminada de prejuicios que los jueces anteponen en sus exámenes probatorios. Muchos indicios se constitu-

yen, por ejemplo, con las condiciones personales del acusado, correspondientes a estados marginales (menesteroso, desempleado, alcohólico, drogadicto, exconvicto, homosexual, etc.). Una interpretación así no puede ser llamada sana. El carácter de reincidente suele ser sobrevalorado como indicio de responsabilidad, activando el circuito de la reproducción de la delincuencia y de la marginalidad.

Estas valoraciones prejuiciosas tienen muchas veces anclaje legal, como cuando se consagran en las normas presunciones de responsabilidad con base en antecedentes de los acusados. Así, en Colombia, el artículo 233 del recientemente derogado Código de Procedimiento Penal decía: "Constituye asimismo presunción legal de que una persona es responsable del delito de robo o hurto, el hecho de encontrarse en su poder la cosa robada o hurtada, o el de haberla enajenado con posterioridad a su sustracción ilícita, siempre que esa persona haya sido anteriormente condenada en sentencia ejecutoriada por un delito contra la propiedad".

Muchos indicios son constituidos no por lo que ellos impliquen dentro del contexto real sino por el desacato al imperio estatal que ellos envuelven. De esta suerte la fuga de la prisión puede ser interpretada como indicio de responsabilidad.

También la rebeldía procesal puede ser valorada como indicio grave. Ignoran estas valoraciones el contexto real de una prisión lacerante en la que la violencia y la ofensa a la dignidad humana superan cualquier descripción: niegan al hombre sus sentimientos más auténticos, como el miedo, y a la vez su deseo de libertad.

Más lógica puede haber en que sea el hombre responsable quien quiera permanecer en prisión, para expiar su culpa. Cualquiera que conozca las leyes elementales de la psicología sabrá que todos anhelamos la libertad, luego no puede inferirse necesariamente de la fuga un indicio de responsabilidad. Por igual pueden huir culpables o inocentes.

Tampoco puede hacerse esa deducción del juzgamiento en rebeldía, por similares razones. Menos cuando el sistema penal, habiendo vencido todos los términos, mantiene una detención preventiva prolongada, cohonstando unas instituciones carcelarias que infestan y repugnan, y en general recortando las garantías judiciales. Lo que se hace al valorar tales circunstancias como indicios es castigar la desobediencia al poderío estatal; la falta de sumisión al Estado. Razones estas que han avivado reconocidas teorías jurídicas de corte totalitario.

En esta actitud o disposición de la judicatura latinoamericana tiene que ver la grande influencia que el positivismo ha ejercido en la formación jurídica, pero también, debemos reconocerlo, en la mentalidad común. La ideología dominante comprende ciertos estereotipos criminales, relacionados con la estratificación social. Estos estereotipos provienen de las clases desposeídas, lo que en muchos países se complementa con un ingrediente racial, en virtud de la diversidad de mezclas raciales: mestizos, mulatos, zambos, indígenas o negros. La "opinión pública" tiene una profunda creencia en la realidad de esos estereotipos, y los jueces en gran parte participan en ella. Solo hay grupos capaces de criticar este lombrosianismo que se filtra en una judicatura que debería ser consciente de esa aberración cognoscitiva. En ello tienen mucho que ver, desde luego, los medios de comunicación masivos que construyen una realidad diferente, a través del procesamiento ritual y tecnológi-

co que implica su *status* de oráculo oficial que se manifiesta como verdad revelada. El tratamiento que se da allí a los delincuentes convencionales (de página roja), rodeado de una temible espectacularidad, difiere del tratamiento reposado de primera página o página económica que recibe el delincuente de alto poder.

En muchos procesos de delincuencia no convencional los acusados centran su defensa en probar que son personas de respetabilidad social. Acreditar un *status* social y vínculos con el poder pueden determinar una valoración de la prueba más indulgente. Al lado de esto estarán por supuesto las presiones e influencias que se puedan ejercer sobre el funcionario, todo lo cual constituye un mecanismo clave de distorsión de la función judicial, como quiera que la prueba es imprescindible para decidir la declaración o la negación de un derecho. Esto no obra solamente sobre los jueces sino también sobre los peritos, que en muchos casos pueden definir la suerte de un caso. Por ejemplo, un perito de tránsito en los casos de accidentes automovilarios, o el químico forense en caso del gran tráfico de drogas, etc. Muchas veces el mejor abogado no es el que más domine las disciplinas jurídicas sino el que mejores conexiones tenga con la judicatura, la policía y las oficinas forenses.

B) *El testimonio extrajudicial: una prueba desprestigiada.* Sin necesidad de contar con el cambio político de las dictaduras militares, la tortura se ha instalado en las investigaciones penales. Pero no ha sido en las sedes judiciales donde ella ha anidado, sino en los departamentos policiales. La policía, pretendiendo quizá una mayor eficacia en su gestión investigativa, ha apretado la tuerca a sus capturados para obtener cualquier versión, no importa si verdadera o inventada, pero que de todas maneras le proporcionará resultados. Y la sociedad quiere resultados. No quiere más impunidad. Hay que apaciguar la inconformidad por la inseguridad, la real y la creada. Si los gobernantes crean leyes para todo, tras todas las crisis, la policía creará resultados, no importa que muchos de ellos sean falsos y entrañen graves injusticias. Hay que contener la alarma social.

Pero, aparte de que tales resultados sean positivos o equivocados, se compromete el sistema penal con una práctica contra la cual se levantaron los humanistas hace dos siglos, y que ha sido erradicada en la teoría normativa de esos sistemas. La tortura vuelve, pues, como método de investigación. Método clandestino, que trasciende públicamente, pero ante el que hay poca reacción. La mentalidad positivista de la sociedad muestra indiferencia, cuando no cierta complacencia. La tortura se siente allí cumpliendo dos funciones: de método de investigación de una delincuencia en ascenso, y de castigo de una delincuencia resistente, que reincide y se mantiene en ella. No hay, en definitiva, una conciencia del influjo de la marginalidad. Sobre este terreno abonado de la tortura aparecerán los escuadrones de la muerte. Entonces solo habrá una función de las dos mencionadas: el castigo. Y otra más: profilaxis o higiene social.

Esta situación ha dado lugar en muchos países a cierta confrontación entre la instancia judicial y la policiva. Los jueces se ven en dificultades en su labor de interpretación probatoria cuando los acusados, ya libres de la intimidación policial, denuncian las torturas. Y como los jueces latinoamericanos no tienen su prece-

dente MAPP vs. OHIO (jurisprudencia americana que declara inadmisibles las pruebas obtenidas ilegalmente), viene la discusión jurisprudencial de si han de dar crédito a lo dicho por el acusado, y si, siendo afirmativa la respuesta, deban rechazar o aceptar la prueba. Algunas nuevas legislaciones ya se pronuncian sobre esto de manera negativa.

Ante el aumento de esta práctica ilegal, el problema de valoración se agravará para los jueces, cuando los acusados comiencen a alegar falsamente que han sido torturados para malograr la prueba en su contra.

Las recientes reformas de los procedimientos tienen en cuenta estas graves anomalías y tratan de incluir garantías como la participación del abogado desde el primer momento, a la manera norteamericana. La jurisprudencia *Miranda vs. Arizona* es para los latinoamericanos algo completamente desconocido. Forma parte de la ficción cinematográfica. El estado de conciencia que puede tener el ciudadano americano al reclamar su derecho a callar y nombrar un abogado, es ajeno al espíritu latinoamericano, quizás por aquello del autoritarismo heredado y hospedado en su mentalidad.

La preponderancia de la prueba testimonial en América Latina, se debe no solamente a la importancia que tiene esa prueba por sí misma, sino por la carencia de recursos que permitan un "aggiornamento" criminalístico. Los pesados y polvorientes fardos que reposan en los anaqueles de los juzgados son el símbolo de una justicia paquidérmica y anacrónica. Esta es una situación que se produce por la condición tercermundista, y quizás porque mantener la administración de justicia en ese estado es conveniente a los intereses alojados en el poder. Sin embargo la situación amenaza con salir de cauce y las presiones por cambios democráticos tocan a la reforma de la justicia, para prodigarle mayores recursos y un mayor radio de acción.

C) *Las decisiones fundamentadas.* En un modelo no autoritario los pronunciamientos de fondo de los jueces deben ser fundamentados. Esta fundamentación debe además basarse en la prueba legalmente acopiada. Un pronunciamiento de fondo, llámese sentencia, auto de enjuiciamiento, auto de detención, etc., debe ser sustentado en las pruebas que la ley exige sobre comportamientos que la ley prohíbe. Esa sustentación debe ser desarrollada en un discurso que explique por qué de esas pruebas se infiere la transgresión; ella es vital para un Estado de Derecho, porque a través de ella el Estado expone al acusado la razón de su decisión. He allí un puente entre la teoría del Estado de Derecho y un caso judicial en que una decisión se legitima jurídicamente a través de la motivación explícita de cara al acusado. Emitir un pronunciamiento de esa índole sin motivación alguna implica llanamente la arbitrariedad. Y fue esto lo que originó la gran reacción de las revoluciones liberales: la arbitrariedad, el despotismo, el absolutismo. De otra parte, sin fundamentación se dificulta ejercer algún control sobre el acto jurisdiccional. Ni los ciudadanos ni los jueces de apelación podrán saber el porqué de la decisión que se impugna. Tampoco los letrados podrán saber por qué fueron desoídos sus alegatos. Sobre este punto no es extraño que en muchos países del área un juez ni siquiera se tome la molestia de mencionarlos.

Incluimos este tema en este acápite porque la motivación de una providencia implica la consignación en ella del juicio de valoración de la prueba. Y esta valoración no debe solamente producirse en relación con el aspecto central sino con todos los aspectos que demanden un soporte probatorio. En la sentencia, por ejemplo, deben aludirse las pruebas que tengan que ver con la individualización de la pena, con la concesión o negación del subrogado penal, con la decisión sobre indemnización, etc.

Llama la atención también que en muchos países latinoamericanos la orden judicial de captura no está precedida de una fundamentación. Simplemente se expide la orden, que se presume está tácitamente legitimada por el acervo probatorio recaudado en el expediente.

Si bien, posteriormente, dentro de un término relativamente corto, el juez deberá formalizar la situación jurídica del capturado, la decisión tomada implica nada menos que el sacrificio de la libertad personal, lo que amerita un pronunciamiento previo, así sea sucinto.

## 9. EL MINISTERIO PÚBLICO

Una de las serias fisuras del sistema penal liberal en América Latina ha sido la falta de independencia del ministerio público, o al menos en muchos países su limitada autonomía. Y esa independencia no es una pretensión gratuita, sino una aspiración natural de una institución que representa a la sociedad; representación al interior del proceso penal y representación del ciudadano en el contexto del Estado de Derecho (derecho de petición, derechos humanos, promoción del cumplimiento de la ley, vigilancia administrativa, etc.).

Hay incluso un caso de un país (Chile) detectado por la investigación del IIDH, en el que no hay fiscales o promotores desde hace más de medio siglo, siendo el propio tribunal el que se encarga de esa función. El proceso liberal introduce una clara distinción entre juez y sujetos procesales (hablamos expresamente de "sujetos procesales" para salvar la discusión teórica sobre la posibilidad de hablar de "partes" en el derecho procesal penal). Esto nos muestra, en efecto, un resabio inquisitorial, pues la fusión que se evidencia en el caso chileno de la función de acusación con la de juzgamiento corresponde a la característica de la concentración de funciones del proceso absolutista inquisitorial.

En otros países, el ministerio público depende del poder ejecutivo. Esto es supremamente grave en aquellos países donde a esa institución se le reserva la facultad de iniciar la acción penal, porque deja en manos del ejecutivo (de acuerdo con el "principio de oportunidad") el manejo de este delicado asunto. Tal es el caso de México, donde la Procuraduría maneja además la policía judicial. La manipulación política de la institución y a través de ella del sistema penal se hace ostensible, desvirtuando seriamente el modelo liberal. El manejo de la investigación preliminar por un tentáculo del ejecutivo es un filtro obturado a conveniencia por el gobernante, y si tenemos en cuenta la práctica modalidad de partido único existente en ese

país, tendremos una de las razones de esa inamovilidad en el poder. La actuación del ministerio público en estas condiciones tiene allí valor probatorio delante del juez. El Código Penal del Distrito Federal obliga al juez a atribuirle fuerza probatoria absoluta.

El monopolio en el ejercicio de la acción pública sirve a los intereses de los poderosos, que pueden ejercer toda su influencia ante las instancias políticas para que la Procuraduría archive o inicie una acción penal. La gran criminalidad económica, de "cuello blanco", presionará a través de su *status* de poder, del cual se prevale para cometer el delito, para igualmente obtener su impunidad. Es en este contexto en el que debe empezar el análisis del grave problema mexicano de la corrupción administrativa, la más alta quizás de América Latina. Contra la decisión de archivar un caso, no hay manera alguna de impugnar. Ni siquiera por medio del recurso de amparo. De esta manera un órgano del Estado netamente dependiente del ejecutivo (es nombrado por el presidente) ejerce jurisdicción, con detrimento de la separación de poderes que modela al Estado liberal<sup>6</sup>.

En otros países existe dependencia del ejecutivo, aunque en menor grado. En Argentina el gobierno puede instruir al ministerio público en casos concretos. En Colombia el presidente de la República interviene en el nombramiento del procurador, de manera conjunta con el legislativo. Sin embargo su intervención es determinante, pues la Cámara de Representantes debe elegir uno de la lista de tres que elabora el presidente.

Hay que reconocer que esta influencia es restringida, pues en países como Colombia, una vez que se elige el procurador, el funcionario adquiere inamovilidad y puede, con base en ella, ganar cierta independencia y ejercer más o menos autónomamente su función de control sobre el ejecutivo.

Lo ideal es que el ejecutivo no intervenga en el proceso de elección de su principal fiscal. Dentro de la filosofía de equilibrio de los órganos del poder público es más saludable que su origen proceda del cuerpo representativo; la intervención del ejecutivo en el nombramiento del procurador no es saludable, como no lo es que el poder judicial participe en la elección o designación de sus fiscales. Debe haber completa independencia y autonomía. La coordinación y convergencia hacia unos fines supremos comunes de convivencia social se los da el marco constitucional y legal en que todas las tres ramas actúan.

Debe haber, en el camino de esa independencia, la existencia de una carrera para los funcionarios del ministerio público. Así como debe existir una carrera judicial y, en general, una carrera administrativa. La burocracia ha sido en América Latina uno de los botines con que las organizaciones políticas premian a sus cuadros. Ello ha alentado la corrupción política y administrativa, y ha propiciado la injusticia de la inestabilidad laboral.

Generalmente en América Latina el ministerio público ha desempeñado un papel pasivo. En algunos países ello obedece principalmente a su gran dependencia del poder ejecutivo, lo que le da un carácter predominantemente político a la institu-

ción, que la priva de su dinámica investigativa y de control. Esa falta de independencia se acentúa con la inestabilidad de los funcionarios que lo ejercen, que los determina a una tendencia al mínimo y cauteloso desempeño de su actividad, para no exponerse al grave riesgo de un licenciamiento laboral, crítico en la crónica situación de desempleo que viven los países de la región.

Secundariamente podríamos anotar cierta concepción de la función del ministerio público como meramente acusadora, con detrimento de la defensa de las personas injustamente acusadas, y también con perjuicio de perseguir la satisfacción real de la indemnización de la víctima. Finalmente, podemos decir que las posiciones peligrosistas y dogmáticas han influido en esa conducta pasiva. La primera por su condición prejuiciosa, que a través de los estereotipos releva el cuestionamiento crítico del sistema que crea y reproduce el delito, y la segunda porque a través de sus depuradas abstracciones aleja al funcionario del contexto social y económico, cuyo entendimiento es necesario para desembocar en decisiones más justas y humanas.

La falta de independencia del ministerio público en relación con el ejecutivo, lo han convertido en un órgano tentáculo más de este, distanciándolo de su papel primigenio que es la representación de la sociedad. Por esa vía el modelo liberal se desvía y toma el camino absorbente del autoritarismo. Es básicamente lo que sucede en México, un país que tiene la presentación del más democrático de Latinoamérica, y en el que el militarismo ha tenido su punto más bajo. Allí el ministerio público es el que de manera exclusiva ejerce la acción penal. En razón de su dependencia del ejecutivo, fácilmente podrá imaginarse absteniéndose de hacerlo en los casos que puedan comprometer la responsabilidad de los funcionarios del ejecutivo.

Además, concentrar monopólicamente el ejercicio de la acción penal atenta contra la concepción de un Estado liberal democrático, retro trayéndolo a una suerte de absolutismo penal<sup>7</sup>.

La investigación del IIDH encontró una diversidad de sistemas con respecto al ministerio público, con mayoría de los dependientes del ejecutivo. Mientras que otros tienen cierta autonomía y hasta se da el caso, como ya dijimos, de un país donde no existe desde hace más de medio siglo (Chile)<sup>8</sup>.

La conclusión a la que pueda llegarse en el área latinoamericana es que el ministerio público debe salir de esa inactividad y asumir una función dinámica en defensa de los intereses de la sociedad. En esa perspectiva, la defensa de los llamados "intereses difusos" y la de los derechos humanos le han de proporcionar una extensa y ardua labor. Para ello debe contar con una plena independencia del ejecutivo y brindarles a sus agentes una estabilidad laboral que se pueda complementar con el sistema de carrera similar o paralela a la judicial. El jefe del ministerio público debe tener un origen democrático. Su elección por parte de un cuerpo representativo puede proporcionar ese origen. Una vez nombrado debe contar con

<sup>7</sup> Sobre este punto véase "Deber del ministerio público de ejercitar la acción penal", de ÁNGEL CAAMAÑO URIBE, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 117, págs. 719-725.

<sup>8</sup> IIDH..., pág. 136.

<sup>6</sup> MARÍA TERESA ZAMBRANO, ob. cit., pág. 102.

plena autonomía, aunque, como todo órgano de un Estado liberal democrático, ha de quedar sometido a ciertos controles, que deben provenir de la entidad electora.

En Colombia, el recientemente expedido Código (decreto 50 de 1987) de Procedimiento Penal amplía el campo de acción del ministerio público al asignarle funciones como la de velar por la defensa de los derechos humanos en los establecimientos carcelarios, judiciales, de policía y de internación psiquiátrica, aparte de las funciones normalmente asignadas, que son tan amplias que imponen a esa entidad ver por el cumplimiento de la ley.

La idea que puede presidir el replanteamiento del papel del ministerio público es la del control del control. Esta es una idea que marcha en el camino de la democratización, en cuanto el Estado mismo admite su autocontrol. Un organismo público, al que se le asigna oficialmente la función de defensa de la sociedad, revisa e inspecciona la actividad del Estado en sus diferentes ramas. No se puede pretender que el Estado de hoy corresponda a aquel modelo liberal primigenio. La sociedad y el Estado han llegado a tal grado de complejidad, que se impone su remodelación. Ello implica que la idea de los pesos y contrapesos se desarrolle con relación a la mayor complejidad del cuerpo social. Ese desarrollo empieza por el mismo Estado que ve crecer sus propios órganos de control (procuradurías, contralorías, tribunales disciplinarios, etc.). De otra parte, ya en un plano político, se puede apreciar una pluralidad de centros de poder que se vigilan y controlan. En América Latina, lamentablemente ha sucedido en los últimos años un proceso en contrario. Concentración absoluta del poder. Concentración en el ejecutivo presidencialista y luego en la agudización de la crisis, concentración en la institución militar.

Las sociedades que pretenden mayores niveles de democratización deberán pensar en ese control de control. Control a partir del mismo Estado y a partir del cuerpo social. La institución de la representación ha evidenciado ciertas fisuras. Las de quienes detrás de la imagen financian las campañas. Las del incumplimiento de las promesas. Las de las influencias de los centros reales del poder, etc. Crear mecanismos e instituciones de control, está en el porvenir de la democracia contemporánea. No se puede funcionar hoy en día con las mismas instituciones de hace dos siglos, aunque se puedan seguir ciertos lineamientos estructurales. La sociedad ha crecido, su complejidad política y jurídica imponen un reordenamiento que permita la vigencia cada vez mayor de un sistema democrático. El ministerio público está llamado a jugar un gran papel dentro de esa perspectiva, colaborando con la justicia y controlándola cuando sea el caso.

## Poder político y derechos humanos en América Latina

(Autoritarismo y Democracia) \*

Dr. Roberto Bergalli

Profesor titular de la Universidad de Barcelona.

"Nuestra derrota estuvo siempre implícita en la victoria ajena; nuestra victoria ha generado siempre nuestra pobreza para alimentar la prosperidad de otros; los imperios y sus caporales nativos. En la alquimia colonial y neocolonial, el oro se transfigura en chatarra, y los alimentos se convierten en veneno". [E. GALEANO, *Las venas abiertas de América Latina*, México, Siglo XXI, 28ª ed., 1981, 31].

"En síntesis, la intervención militar en la aplicación de normas penales, ha constituido en Colombia, lo mismo que en varios otros países latinoamericanos, el penúltimo recurso de los sectores dominantes para la defensa de sus posiciones de privilegio. Decimos el 'penúltimo', por cuanto después de él a dichos sectores y para la misma finalidad, solo le queda acudir a las acciones armadas de organizaciones militares o paramilitares, como también se ha hecho". [E. SANDOVAL HUERTAS, *Sistema penal y criminología crítica*, Bogotá, Temis, 1985, 89]

### EXPLICACIÓN

Es la primera vez que asisto y participo en un Congreso organizado por la Sociedad Internacional de Criminología, no obstante me

\* Ponencia presentada en el x Congreso Internacional de Criminología realizado en Hamburgo el 7 de septiembre de 1988, dedicado al tema del "Abuso de poder y Criminalidad".