COMISIONES ROGATORIAS

LAS REFORMAS PROCESALES PENALES EN AMÉRICA LATINA. UN RESUMEN

KAI AMBOS Y JAN WOISCHNIK*

SUMARIO:

Observación previa. — 1. Bases político-jurídicas y principios constitucionales del procedimiento penal. 1.1. Persecución penal. a) Persecución penal pública y privada. b) Monopolio acusatorio del Ministerio Público. c) Legalidad/Oportunidad. d) Organización del Ministerio Público. e) Funciones y organización de la policía. 1.2. Garantías individuales del imputado. a) Derecho de defensa. b) Presunción de inocencia. c) Principio de nemo tenetur. d) Facultades de injerencia estatal y sistema de control judicial. e) Prohibiciones probatorias. f) Ne bis in idem. g) Defensa pública. 1.3. Imparcialidad de los jueces. 1.4. Independencia de los tribunales. 2. El procedimiento tradicional (y en parte todavía) vigente. 2.1. Fuentes strictu sensu del Derecho procesal penal nacional. 2.2. Estructura del procedimiento común. 2.3. Procedimientos especiales. Soluciones alternativas al sistema penal. 2.4. Ejecución penal. 3. La reforma ya vigente o diseñada. 3.1. Proyectos actuales y su estado. 3.2. Correlación de los proyectos con los principios del

* Traducción de Renate Hoffmann (Buenos Aires). Revisión de Kai Ambos y Katja Ponert, MPI.

proceso penal de un Estado de Derecho. 3.3. Estructura del procedimiento común y órganos estatales encargados de llevarlo a cabo. 3.3.1. Prevalece la estructura de tres etapas. a) Procedimiento preliminar. b) Procedimientos intermedios. c) Procedimiento principal. 3.3.2. Otros modelos. 3.4. Procedimientos especiales. Soluciones alternativas al sistema penal. 3.5. Participación del ofendido en el procedimiento. 3.6. Ejecución penal. 3.7. Organización judicial y del Ministerio Público. — Observación final.

OBSERVACIÓN PREVIA

En los últimos años, el proceso de democratización en América Latina ha recibido nuevos impulsos a partir de importantes proyectos nacionales de reforma del sistema judicial[1]. En el ámbito del Derecho procesal penal se observa una tendencia a reemplazar el tradicional proceso inquisitivo escrito por formas de juicio oral propios de un Estado de Derecho[2]. Se reduce la característica posición de poder del juez y como contrapartida mejora la posición del imputado que en los sistemas tradicionales era considerado esencialmente como objeto[3] del proceso penal iniciado en su contra. La reforma, en cambio, le garantiza determinados derechos[4]. Pese a que el

1. Comp. *Comisión Andina de Juristas* (ed.), Reforma del Estado y Derechos Humanos, Lima 1999; *Corporación Excelencia en la Justicia* (ed.), Reforma judicial en América Latina: una tarea inconclusa, Bogotá 1999, ambos con numerosas contribuciones.

2. Comp. *Ambos*, Strafprozeßreform in Lateinamerika. Normalverfahren und abgekürztes Verfahren in den neuen Strafprozeßordnungen von Chile, Bolivien, Venezuela, Paraguay und Uruguay. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 110 (1998), 225-251; versión ampliada en: Ahrens/Nolte (ed.), Rechtsreformen und Demokratieentwicklung in Lateinamerika. Francfort del Meno 1999, 175-206. *En edición en español*: El proceso penal alemán y la reforma en América Latina. Bogotá (Gusato Ibañez) 1998; *id.*, Procedimientos abreviados en el proceso penal alemán y en los proyectos de reforma sudamericanos. Contribuciones (KAS/CIEDLA, Buenos Aires) 3 (1996), 83-131; version revisada en: Revista de Derecho Procesal (España) No. 3 (1997), 545-597; Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal (Argentina) 4/5 (1997), 275-326; Revista Peruana de Ciencias Penales 5 (1995, publicado 1997), 11-69; Revista Peruana de Derecho Procesal II (1998), 173-208.

3. *J. Bofill* define al imputado como al «verdadero ofendido del proceso penal» (Die Strafprozeßreform in Chile: ein Sprung in die Gegenwart. En: Gössel/Triffterer (eds.), Gedächtnisschrift für Heinz Zipf, Heidelberg 1999, págs. 435-449, 441).

4. Esa misma evolución tuvo lugar en Europa continental en el siglo XIX (comp. *Roxin*, Strafverfahrensrecht, 25a ed.. Munich 1998, pág. 117).

Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica, presentado en 1988 por los profesores *Jaime Bernal Cuéllar*, *Fernando de la Rúa*, *Ada Pellegrini Grinover* y *Julio B. J. Maier*[5], puede ser considerado el punto de partida central del movimiento reformador, los legisladores de los diferentes países fueron apartándose y continúan haciéndolo en muy diversa manera de las estructuras tradicionales.

El siguiente Resumen Comparativo intenta brindar al lector un panorama general sobre la evolución y el estado actual de las reformas procesales penales en América Latina con base en 15 Informes Nacionales[6] que fueron preparados en el marco de un proyecto de investigación del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional en cooperación con la Fundación Adenauer (Programa de Estado de Derecho con sede en Buenos Aires, Argentina)[7]. En una *primera Parte* se hará referencia en una introducción comparativa a las bases de los sistemas procesales penales. Pese a que muchos de los Informes Nacionales hacen debido hincapié en las pertinentes disposiciones de los acuerdos sobre derechos humanos, en particular en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)[8], el análisis dedica especial interés a las respectivas disposiciones *constitucionales*. El derecho constitucional permite obtener una impresión de las particularidades nacionales y establece la base para una mejor comprensión de los Capítulos siguientes, en particular en cuanto a la correlación de las reformas con estas disposiciones.

5. Comp. respecto de la génesis del Código Procesal Penal modelo: *Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal* (ed.), Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica, Buenos Aires 1989, págs. 7 y ss.

6. Argentina (F. *Guariglia*/E. *Bertoni*), Bolivia (R. *Imaña*), Brasil (F.H. *Choukr*), Chile (C. *Riego*), Costa Rica (D. *González*), Cuba (R. de la *Cruz Ochoa*) El Salvador (J.R. *Membreño*), Guatemala (L.R. *Ramírez*/M.A. *Urbina*), Honduras (J.M. *Palacios*), Colombia (O.J. *Guerrero*), Mexico (M. *Moreno*/M. *Bezares*/D. *Ruiz*), Paraguay (E.A. *Kronawetter*), Perú (C. *San Martín*), Uruguay (G.D. *Fernández*), Venezuela (S. *Brown*).

7. Ver http://www.iuscrim.mpg.de/de/forsch/straf/projekte/ambos_es.html. Los informes nacionales se publican en su idioma original —español o portugues— en: *J.B. Maier/K. Ambos/J. Woischnik* (eds.), La reforma procesal penal en América Latina, Buenos Aires (editorial ad hoc) 2000, aprox. 850 pp. con un prólogo de *Albin Eser* y una introducción de *Julio Maier*. Las siguientes notas se refieren a los informes nacionales publicados.

8. *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Pacto de San José), OEA, Official Records, OES/Ser.K/XVI/I.I, Documento 65, Rev. 1, Corr. 2; comp. también http://www.oas.org. Comp. además *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* (IPbpR), UN Treaty Series (UNTS) tomo. 999, 171; http://www.un.org/Depts/Treaty así como Convención Europea de Derechos Humanos, UNTS tomo. 213, 221; http://www.coe.fr

Dado que cuando se procede a analizar un sistema jurídico ajeno, el lector extranjero por naturaleza tiene poca sensibilidad por las raíces y tradiciones que le subyacen, y las conquistas de una reforma sólo se tornan comprensibles ante el marco referencial de su punto de partida, en una *segunda Parte* se esboza —con la debida brevedad— el tradicional proceso penal inquisitivo. Según cual sea el estado de la reforma al momento del Informe (comienzos a mediados de 1999), es actualmente parte del pasado, subsiste en forma fragmentaria pese a reformas básicas, o se mantiene vigente sin mayores variantes. En el primero de los casos, es decir si las reformas ya cobraron vigencia, solo interesa la situación jurídica *previa* a la entrada en vigor de las reformas[9].

En una *tercera Parte* se ofrecerá una síntesis precisa del avance de las reformas en cada uno de los países estudiados al momento de escribir el presente Resumen y qué reformas entrarán en vigor en un futuro inmediato (*sub* 3.1.). En un segundo paso se analizarán las conquistas de la reforma que son típicas del Estado de derecho (3.2.). Quedará demostrado que no existe una «reforma procesal penal latinoamericana» homogénea[10]. Demasiado grandes son las diferencias entre aquellos países que se han apartado del derecho tradicional en todos sus aspectos, o que aspiran a hacerlo, y aquellos otros que han impulsado o proyectan introducir solo reformas parciales. Especial énfasis se hará en aquellos problemas que surgen con vistas al derecho constitucional o a los derechos humanos en los países pertenecientes al segundo grupo. Por fin se hará hincapié en las estructuras procesales y en algunos detalles relacionados con las mismas. (3.3.-7.).

No será posible, en cambio, realizar una descripción comparativa de datos *empíricos* sobre el proceso penal. Por un lado, sólo algunos Informes Nacionales brindan estos datos[11], por el otro, los datos disponibles no permiten hacer una comparación consistente.

9. Las informaciones se extraen de todas las partes pertinentes de los respectivos Informes Nacionales y no limitativamente de la segunda parte. No se trata de hacer una comparación de extrema exactitud de cada uno de los puntos del índice, sino brindar una descripción fácilmente entendible de la situación jurídica antes y después de la reforma.

10. No obstante, presentan una homogeneidad considerable los países que se guiaron en forma sustancial por el Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica.

11. Comp. en particular los Informes de Argentina, Bolivia, Costa Rica y Colombia, **punto 4 respectivamente**.

1. Bases político-jurídicas y principios constitucionales del procedimiento penal

Con la sola excepción de Cuba, todos los países incluidos en el estudio cuentan hoy con constituciones liberales y de Estado de Derecho[12] y son Estados signatarios de diferentes tratados internacionales sobre derechos humanos que —en forma más o menos explícita— contienen importantes principios referidos al procedimiento penal, además de datos sobre los derechos que le asisten al imputado (comp. más abajo 1.2.). La CADH es ciertamente el pacto más importante de este tipo en América Latina[13]. A menudo se lo define como la «columna vertebral de la defensa regional de los derechos humanos»[14]; en parte prevalece sobre las constituciones o tiene rango constitucional[15].

Además, en América Latina se ha adoptado en general el principio del debido proceso legal proveniente del derecho estadounidense (*due process of law*), aunque sólo algunas constituciones hacen expresa referencia al mismo. Ejemplos son las constituciones de *México*, *Perú* y *Brasil*[16]. En Guatemala tiene carácter tácito de principio constitucional[17].

No obstante, no todas las estipulaciones son recogidas en forma explícita en las leyes inferiores, en particular en las leyes procesales penales, ni implementadas en forma implícita. En muchos países deben lamentarse —aun después de la reforma— contradicciones considerables entre lo estipulado en la Constitución y los tratados sobre derechos humanos y el derecho procesal penal vigente. El Informe de *Venezuela* habla en este contexto del «reino

12. En muchos casos se remontan a constituciones de la primera mitad del siglo XIX (comp. p.ej. Uruguay, 1.), que tomaron como modelo a la Constitución de los Estados Unidos.

13. Comp. supra nota 8.

14. *R. Zaffaroni*, La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el sistema penal, Revista de Derecho Público 2 (Buenos Aires 1987), pág. 49 y s.; igualmente: *E. Ezequiel Casal*, Los tratados de derechos humanos y su incidencia en el Derecho Procesal Penal, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal 3 (Buenos Aires 1996), pág. 165. Comp. también *Ambos*, Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen, Freiburg i. Br. 1997, págs. 19, 165; *el mismo autor*, Impunidad y Derecho Penal Internacional, Buenos Aires (ad hoc) 1999, pág. 46, 66 y ss.

15. En algunos casos prevalece por sobre la Constitución, como en Guatemala cuando se trata de los derechos humanos (art. 46 Const.); Rango constitucional p.ej. en Argentina (art. 25 nro. 22 Const.; Argentina, I.4.). Comp. también la documentación en *Ambos*, supra nota 14, pág. 165, supra nota 14; *el mismo autor*, págs. 67 y s., supra nota 13.

16. Peru, II. § 1B 1; México, 1.2.a.; Brasil, 1. El Informe de Colombia contiene una extensa explicación sobre la interpretación conceptual de este principio (1.1.).

17. Guatemala, 1.2.

del fraude de etiquetas»[18]. En relación al *Brasil* se habla de «marcante contradição» (contradicción marcada)[19].

1.1. Persecución penal

a) Persecución penal pública y privada

En todos los países latinoamericanos la acción pública es la norma. Al respecto los delitos se clasifican en diferentes grupos: La acción pública se presenta en la mayoría de los delitos. Se trata de los llamados *delitos de acción pública*. Se conocen además como casos de excepción los *delitos dependientes de instancia privada*[20] o *delitos semi-públicos*[21] y/o los *delitos de acción privada*[22].

Al igual que en el derecho alemán, en los *delitos dependientes de acción pública,* la presentación de la querella es condición para el proceso. En el caso de los *delitos de acción privada* la víctima tiene mayor influencia sobre la marcha del proceso además de otros derechos de intervención, que adoptan en detalle formas bastante diversas.

Particularmente definida es la posición del ofendido en *Argentina*. En este país, el ofendido no sólo decide sobre el inicio de la acción, sino que además

18. Venezuela, II.1.2. Comp. también Chile, 1.2.
Estas contradicciones solo se comprenden ante el marco referencial de la noción latinoamericana de Constitución. Por un lado existe una enorme confianza en la Constitución, que es considerada uno de los principales factores para la regulación de la vida social. Por el otro parece prevalecer en general la convicción de que la ruptura existente entre orden jurídico y realidad social, no es motivo de preocupación. Por el contrario, esta ruptura es considerado un hecho más o menos lamentable pero bastante intrascendente (comp. *E. Garzón Valdés*, Rechtsphilosophische Überlegungen über Verfassungsreformen in Lateinamerika, en: Ahrens/Nolte, supra nota 2, págs. 110 y ss.).

19. Brasil, 1.

20. Es el caso en Argentina (*ibídem*, I.1.), Brasil (1.1.a.), Chile (1.1.), Costa Rica (1.1.1.), Guatemala (1.1.), Colombia (1.1.2.), México (1.1.f.), Paraguay (1.1.), Uruguay (1.1.) y Venezuela (II.1.1.).

21. Peru, II. §. 3 A. 2.

22. Delitos de acción privada existen en Argentina (*ibídem*, I.1.), Bolivia (1.1.1.), Brasil (1.1.a.); Chile (1.1.), Cuba (I.1.1.), Honduras (1.1.1.), Paraguay (1.1.), Perú (II. § 3 A.1.), Venezuela (II.1.1., referido a la situación jurídica al 1.7.1999).
También en Colombia existe un procedimiento de acción privada; no obstante no se conoce la subdivisión en *delitos de acción pública* y *delitos de acción privada* (Colombia, 1.1.2.).

puede renunciar a la persecución después la sentencia condenatoria. En ningún momento del proceso está previsto una intervención del Ministerio Público[23]. El panorama es distinto en *Bolivia*, donde el Ministerio Público posee importantes derechos de injerencia y donde el rol del ofendido queda fuertemente relegado[24]. En *Brasil* se distinguen los delitos de acción penal privada pura y delitos de acción penal privada subsidiaria de pública («ação penal privada subsidiária da pública»); en el ultimo caso, el ofendido solo pueda actuar en la medida en que el Ministerio Público dicta la clausura de la causa. Sin embargo, la posibilidad de control que ello implica es prácticamente insignificante, porque el ofendido no es informado acerca de la decisión del Ministerio Público de proceder a cerrar las actuaciones[25].

b) Monopolio acusatorio del Ministerio Público[26]

En la mayoría de los países analizados, el Ministerio Público posee el monopolio acusatorio[27]. En parte así lo establece expresamente la Constitución[28] en parte está consignado en las leyes de nivel inferior o está reconocido como principio tácito[29].

Chile, en cambio, sigue plenamente enraizado en la tradición del proceso inquisitivo. También en Chile existe un Ministerio Público, pero la acción es formulada básicamente en forma de decisión judicial por parte del juez que ha

23. Argentina, I.1. Tampoco en Costa Rica (1.1.1.). y en Perú (II. § 3 A.1.) se da intervención al Ministerio Público.

24. Bolivia, 1.1.1.

25. Crít. Brasil, 1.1.a.

26. El concepto de «monopolio acusatorio», que fuera indicado a los Relatores Nacionales en el Indice general es ambiguo. Gran parte de los relatores entendieron que existía un monopolio acusatorio cuando —al margen de procedimientos especiales como el proceso penal privado—, sólo el Ministerio Público puede formular la acusación (comp. supra nota 28 y 29). El presente Resumen coincide con esta interpretación. No obstante, algunos relatores han interpretado el concepto en sentido más estricto, y negado la presencia de un monopolio acusatorio del Ministerio Público cuando existe un proceso penal privado (comp. Honduras, 1.1.)

27. Solo en principio, ya que en algunos países este monopolio es quebrado, por ejemplo cuando se trata de procesos políticos (Comp. p.ej. Guatemala, 1.1.; Colombia, 1.1.7.; México, 1.1.f.).

28. Argentina, I.1.; Brasil, 1.; El Salvador, I.1.1.; Colombia, 1.1.7.; Cuba, I.1.1.; México 1.1.b.; Uruguay, 1.1.

29. Bolivia, 1.1.1.; Costa Rica, 1.1.1.; Guatemala, 1.1.; Honduras 1.1.; Perú, II. art. 3 A.6.; aparentemente también en Venezuela (*ibídem*., II. 1.1.).

llevado las actuaciones en el procedimiento preliminar y que una vez concluida la etapa de juicio también dictará la sentencia[30]. En el *Paraguay*, el procedimiento principal también puede ser abierto por decisión de un juez y sin que necesariamente el Ministerio Público deba formular previamente una acusación[31].

c) Legalidad/Oportunidad

En los países latinoamericanos, tradicionalmente rige el principio de legalidad procesal sin que se admitan los actos de potestad discrecional basados en el principio de oportunidad. Al momento de rendirse este Informe, los órganos de la persecución penal están obligados a la investigación frente a todos los casos en los que se toma noticia de presunta comisión de un delito en *Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Guatemala, Honduras, Colombia, México, Paraguay* y *Venezuela*[32]. Sin embargo, en algunos Informes Nacionales se hace hincapié en que en la práctica a menudo se prescinde de la persecución *praeter legem*[33].

En *Costa Rica, Cuba, El Salvador, Perú y Uruguay*[34], en cambio, al momento del Informe ya existe la posibilidad de desistir de una persecución, pese a la sospecha de criminalidad objetiva. Esta normativa está prevista ante todo para casos de delitos menores o casos en los que el imputado mismo se ha visto perjudicado sensiblemente por su acto delictivo (*poena naturalis*).

En *Costa Rica* existe, además, una interesante disposición respecto del imputado que colabora eficazmente con la investigación. En efecto: cuando se

30. Chile, 1.1.
31. Paraguay, 1.1.
32. Argentina, I.2.; Bolivia, 1.1.; Brasil, 1.1. b.; Chile, 1.1.; Guatemala, 1.1.; Honduras, 1.1.; Colombia, 1.1.2. y 1.1.7.; México, 1.1.c.; Paraguay, 1.1; Venezuela , II. 1.1. Algunos Informes Nacionales hacen referencia a diferentes tipos de procedimientos abreviados, posibilidades de diversión, etc. En el presente aporte, en cambio, se partirá *strictu sensu* solo en aquellos casos de «oportunidad», cuando queda a criterio del órgano encargo de la persecución penal, prescindir de la misma.
33. Honduras, 1.1.; México, 1.1.c.; Paraguay, 1.1. Pese a que los restantes Informes no recogen este aspecto, seguramente es de rigor en muchos otros países. En efecto: la permanente sobrecarga de trabajo muchas veces obliga a la Justicia a renunciar a una persecución, al menos en caso de delitos menores.
34. Costa Rica, 1.1.1.; Cuba, I.1.1.; El Salvador, I.1.1.; Perú, II. Art. 3 A.4.; Uruguay, 1.1.1.

trata de asuntos de delincuencia organizada el fiscal puede prescindir de ejercer la acción penal si el imputado brinda información esencial y evita que continúe el delito o se perpetren otros, ayuda a esclarecer el hecho investigado o proporciona información útil para probar la participación de otros imputados, siempre que la acción penal de la cual se prescinde resulte considerablemente más leve que los hechos punibles cuya persecución facilita o cuya continuación evita[35].

d) Organización del Ministerio Público[36]

En numerosos países latinoamericanos, específicamente en *Argentina, Bolivia, Brasil, Guatemala, Honduras* y *Venezuela*, en los últimos años se estableció por Constitución o ley simple el rango de órgano de Estado para el Ministerio Público, que es independiente y actúa con autonomía funcional y autarquía financiera[37]. En *Bolivia*, país en el que se dictó la norma correspondiente en 1993, continúa prevaleciendo en la práctica la tradicional dependencia del Ejecutivo[38].

En *Chile*, en cambio, son funcionarios del sistema judicial los que cumplen las (escasas) funciones del Ministerio Público[39]. También los Ministerios Fiscales de *Costa Rica, Colombia, México* y *Paraguay* dependen administrativamente de la Justicia, aunque gozan de independencia funcional[40]. Diferente es la situación en *Uruguay*, donde el Ministerio Público depende del Ejecutivo y actualmente está asignado al Ministerio de Educación y Cultura[41]. El Ministerio Público tampoco es independiente en *Cuba*: en ese país está subordinado a la Asamblea Nacional del Poder Popular así como al Consejo de Estado. El Consejo de Estado posee facultades para impartir al Fiscal General instrucciones directas[42].

35. Costa Rica, 1.1.1.b.
36. En el punto «Organización del Ministerio Público» del Indice general, los Informes en parte tratan su posición en la organización del Estado, en tanto que otros tratan su estructura interna y en algunos casos se hace referencia a ambos aspectos.
37. Argentina, I.1.; Brasil, 1.1.d.; Guatemala, 1.1.; Honduras, 1.1.; Venezuela, II.1.1.
38. Bolivia, 1.1.
39. Chile, 1.1.
40. Costa Rica, 1.1.2.; Colombia, 1.1.7.; México, 1.1.d.; Paraguay, 1.1. Tal parece ser también el caso del Perú (II. § 3 A.6.).
41. Uruguay, 1.1.2.A.
42. Cuba, I.1.1.

En cuanto a la *estructura* interna de las fiscalías latinoamericanas, cabe mencionar que son de tipo jerárquico. Están encabezadas por un Fiscal General de la República (Procurador-Geral da República). Asimismo, en muchos Estados latinoamericanos se observa el fenómeno de que en las diferentes etapas del procedimiento penal actúan diferentes fiscales. El fiscal responsable por cierta causa en la etapa preliminar no continúa interviniendo hasta que se cierra el caso. En la etapa de enjuiciamiento interviene un fiscal especialmente competente para esta etapa del proceso[43].

e) Funciones y organización de la policía

En la medida en la que los Informes Nacionales hacen mención a las funciones de la policía, surge de los mismos que la policía tiene asignadas tanto funciones preventivas como represivas[44]. En parte, los aspectos represivos forman parte de las competencias de una policía de justicia especial, la llamada Policía Judicial[45].

Pese a que en general los Informes no aluden a la existencia de una *policía militar*, de hecho existe un cuerpo de estas características en la mayoría de los países.

> En verdad sólo en *El Salvador* y *Honduras* se descarta expresamente su existencia[46]. En cambio se la menciona en forma explícita en el caso de *Brasil*[47]. Desde el *Paraguay* se informa que la policía de ese país ya no lleva los rasgos que identifican a una policía militar[48]. Lo contrario surge del Informe de *Perú*: la policía de este país continúa presentando rasgos fuertemente militares[49]. En *Chile* existen dos unidades policiales separadas en su organización. El cuerpo de Carabineros de Chile cumple fundamentalmente funciones preventivas, en tanto que la policía civil denominada Investigaciones de Chile actúa sobre todo en la persecución del crimen[50].

43. Es el caso de Bolivia, p.ej. (1.1.). Lo mismo se aplica también a otros países, como Argentina, por ejemplo, sin que el Informe Nacional así lo haga notar expresamente en el punto pertinente.
44. Argentina, I.3.; Brasil, 1.1.f.; Chile, 1.1.; Uruguay, 1.1.2. El Informe sobre Costa Rica, en cambio, solo hace referencia a un «Organismo de Investigación Judicial», que actúa en el ámbito de la persecución penal (Costa Rica, 1.1.3.).
45. Brasil, 1.1.e.; México, 1.1.e.; Venezuela, II.1.1. En *Colombia,* las funciones de la Policía Judicial las cumplen tanto la Policía Nacional como los demás órganos obligados por ley a cumplir dichas funciones. La Procuraduría General de la Nación, coordina las actividades de los diferentes organismos. (Colombia, 1.1.8.).
46. El Salvador, I.1.1.3.; Honduras, 1.1.
47. Brasil, 1.1.e.
48. Paraguay, 1.1.

Numerosos Informes nacionales mencionan que la policía actúa en el cumplimiento de su tarea represiva como órgano auxiliar en la investigación criminal[51]. Desde *Colombia* se informa, que la policía puede actuar tanto durante las actuaciones preliminares como en el procedimiento principal sólo por orden del fiscal[52]. En *Brasil,* la policía judicial está sujeta al control externo del Ministerio Público[53].

Las facultades concretas de la policía represiva varían considerablemente entre los diferentes países latinoamericanos. En general, puede constatarse que las reformas impulsadas tienden a disminuir sus facultades.

> *Argentina* y *Guatemala* son ejemplos de países en los que en la actualidad las facultades policiales se han reducido conscientemente; en estos países la policía ni siquiera posee la facultad de interrogar a un imputado. Existen numerosos recursos que tanto en estos países como en *Paraguay* sólo pueden aplicarse excepcionalmente en caso de peligro en la demora. En particular, toda injerencia que afecte garantías individuales puede realizarse sólo con autorización judicial previa[54]. Amplias facultades posee, en cambio, la policía *peruana*. En la medida en que se dio intervención al fiscal y al abogado defensor, los resultados de sus investigaciones pueden ser aplicados en forma directa por el juez de la causa como medios probatorios y utilizados como base para el fallo[55]. Igual situación regía en *Uruguay* antes de la reforma; en la actualidad, las averiguaciones policiales sólo pueden ser utilizadas como sugerencia para una eventual diligencia de pruebas, pero no en forma directa como prueba[56].

Desde el punto de vista de la organización, en general la policía depende del Ejecutivo, diferenciándose en cuanto a la cartera ministerial competente.

49. Perú, II § 3 A.7.
50. Chile, 1.1.
51. Argentina, I.3.; Costa Rica, 1.1.3.; Guatemala, 1.1.; México, 1.1.e.; Venezuela, II.1.1.
52. Colombia, 1.1.8.
53. Brasil, 1.1.e. (art. 129 Const.).
54. Argentina, I.3; Guatemala, 1.1.; Paraguay, 1.1.
55. Perú, II. § 3 A.7.
56. Uruguay, 1.1.2.

En *Brasil* el jefe de la policía provincial es nombrado por el gobernador y en el nivel federal por el Ministerio de Justicia[57]. En *Argentina, Cuba, Perú* y en *Uruguay* la policía depende del Ministerio del Interior; en *Bolivia* y *Guatemala* del Presidente de la República, ubicándose en *Bolivia* entre ambos el Ministerio de Gobierno[58]. Los dos cuerpos policiales de *Chile* dependen administrativamente del Ministerio de Defensa y operativamente del Ministerio del Interior. La policía militar cuenta con amplia autonomía, descrita exhaustivamente en el Informe Nacional de Chile. Su control democrático se ve significativamente reducido, debido a que solo está sujeto a la justicia militar[59]. El «Organismo de Investigación Judicial» de *Costa Rica* forma parte de la justicia y depende administrativamente de la Corte Suprema de Justicia[60]. En *Venezuela* depende a nivel nacional del Ministerio de Justicia[61]. En *Colombia* y *México* las tareas policiales son conducidas por la Fiscalía General de la República[62], en *Honduras* por la Secretaría de Estado en los Despachos de Seguridad[63].

Teniendo en cuenta la situación reinante en América Latina, llama la atención que tan solo el Informe de *México* hace referencia a que en la práctica existen numerosas transgresiones cometidas por la policía[64]. Es de suponer que lo señalado en este Informe Nacional puede hacerse extensivo a otros países y que muchos relatores lo han dado por sabido[65].

1.2. Garantías individuales del imputado

Tal como fuera señalado, casi todos los países latinoamericanos cuentan con constituciones liberales de Estado de Derecho y son signatarios de los acuerdos internacionales correspondientes, que en forma más o menos explícita también contienen referencias a las garantías individuales del imputado.

57. Brasil, 1.1.e.
58. Argentina, I.3.; Bolivia, 1.1.; Cuba, I.1.1.; Guatemala, 1.1.; Perú, II. § 3 A.7.; Uruguay, 1.1.2.
59. Chile, 1.1.
60. Costa Rica, 1.1.3.
61. Venezuela, II.1.1.
62. Colombia, 1.1.8.; México, 1.1.e.
63. Honduras, 1.1.
64. México, 1.1.e.
65. Comp. fundamentalmente *C. Schmid*, Justiz im Alltag: Die Rolle der Polizei in Lateinamerika, en: Ahrens/Nolte, supra nota 2, págs. 240 y ss. (246 y s.); *P. Waldmann* (ed.), Justicia en la calle. Ensayos sobre la Policía en América Latina, Medellín 1996, passim.

En cierta medida se agregan[66] evoluciones del derecho a partir de la jurisprudencia sentada.

a) Derecho de defensa

En la mayoría de los países, la Constitución garantiza el derecho a la defensa[67]. En *Argentina* a partir de la norma constitucional correspondiente se deducen tres garantías individuales: en primer lugar el derecho a ser informado de la imputación, ya que de lo contrario es imposible ejercer en forma efectiva la defensa; en otras constituciones, como la de *El Salvador*[68], por ejemplo, incluso se menciona expresamente este derecho. En segundo lugar el derecho a defensa técnica, incluso el derecho a un defensor de oficio en caso de ser necesario; este derecho se enuncia explícitamente en la Constitución *boliviana.* por ejemplo[69]. Y en tercer lugar el derecho a obtener la comparencia de testigos y de contradicción[70].

Este último aspecto, sin embargo, se ve cercenado en muchos casos, al menos en las investigaciones preliminares[71]. En algunos casos las posibilida-

66. Esto es así solo hasta cierto punto, dado que en la mayoría de los países no existe un tribunal de constitucionalidad y, por lo tanto, el imputado no puede presentar un recurso de amparo constitucional para hacer valer sus derechos y depende, en cambio, de la vía judicial ordinaria (comp. p.ej. Cuba, I.1.2.). Sin embargo, la reforma constitucional, en particular la institución de Cortes Constitucionales, es una de las prioridades de las reformas de los sistemas judiciales. (comp. *Comisión Andina de Juristas*, Democracia en la Encrucijada. Informe anual sobre la región andina, Lima 2000, págs. 117 y ss.; *Saligmann*, Verfassungsgerichtsbarkeit in Lateinamerika, en: Ahrens/Nolte, supra nota 2, págs. 133 y ss. (135-37).
67. Argentina, I.4.a.; Bolivia, 1.2.; Brasil, 1.2.a.; Costa Rica, 1.2.3.; Cuba, I.1.2.; Guatemala, 1.2.; Honduras, 1.2.; México, 1.2.a.; Paraguay, 1.2.; Perú, II. § 3 B.1.; Uruguay, 1.2.; Venezuela, II.1.2.
68. El Salvador, I.1.2.1.
69. Bolivia, 1.2.
70. Argentina, I.4.a.1.-3. Una clasificación similar plantea también el Informe sobre Colombia (1.2.).
71. Ver p.ej. Argentina, I.4.a.3. En particular, cuando el derecho de defensa solo comienza a ser efectivo a partir de cierto momento de las investigaciones preliminares — por ejemplo a partir de la declaración indagatoria, ver además punto 2.2. —, aunque previo a ese momento se adoptan sustanciales acciones investigativas (tal el caso de Honduras, 1.2.). Otro aspecto esencial es en este contexto es el derecho a contar o no con defensa técnica durante la declaración indagatoria (la Constitución uruguaya así lo prevé, comp. Uruguay, 1.2.) y en que medida puede intervenir en la indagatoria. Haciendo un análisis más profundo surge que la pregunta verdaderamente relevante es cuál es el sentido de la declaración indagatoria. En el pasado ser-

des de la defensa no sólo se ven extremadamente reducidas en las actuaciones preliminares sino también durante el juicio mismo. El Informe de *Chile* hace referencia a que la defensa en la instancia de juzgamiento debe limitarse a comentar los medios de prueba exhibidos[72].

b) Presunción de inocencia

Todos los países reconocen el principio de presunción de inocencia. En parte está consagrado en la Constitución[73], en parte en el Código Procesal Penal[74], en parte es tomado en consideración en la jurisprudencia, invocando, por ejemplo a la CADH[75].

> Muchos Informes hacen referencia a sus consecuencias más importantes, específicamente a la regla *in dubio pro reo*, la división de la carga de la prueba vigente en el proceso penal, así como el carácter de excepción de la prisión provisional; el Informe de *Argentina* hace una descripción pormenorizada[76]. Una caracterización adicional se encuentra en el derecho *cubano*. La declaración del imputado, de su cónyuge y, hasta cierto punto, de sus parientes, no es nunca prueba suficiente para demostrar su culpabilidad. Para demostrar la culpabilidad se requiere de otros medios probatorios adicionales[77].

Sin embargo, en el nivel legal inferior existen disposiciones difícilmente compatibles con la presunción de inocencia. El derecho procesal penal *paraguayo* permite presuponer dolo[78].

vía fundamentalmente para diligenciar pruebas de cargo porque el imputado era considerado un objeto del proceso, actualmente el fin primordial de la declaración del imputado como sujeto del proceso provisto de derechos, sirve ante todo a su defensa (comp. *A. Binder*, Introducción al Derecho Procesal Penal, Buenos Aires 1993, S. 310 f.).

72. Chile, 1.2.

73. Ver p.ej. Bolivia, 1.2.; Brasil, 1.2.b.; Guatemala, 1.2.; Honduras, 1.2.; Paraguay, 1.2.; Perú, II. § 3 B.1. y Venezuela, II.1.2.

74. P. ej. en Colombia (Colombia, 1.2.)

75. P. ej. en Argentina (Argentina, I.4.b.) o México (México, 1.2.).

76. Argentina, I.4.b. En consideración a la presunción de inocencia, algunas constituciones establecen que quienes cumplen prisión preventiva deben permanecer separados de los condenados (comp. p.ej. Guatemala, 1.2.). Comp. respecto de la prisión preventiva desde la perspectiva latinoamericana en general *J. Llobet Rodríguez*, Die Unschuldsvermutung und die materiellen Voraussetzungen der Untersuchungshaft. Freiburg. i. Br. 1995; *el mismo autor*, La prisión preventiva (limites constitucionales) San José (Costa Rica) 1997.

77. Cuba, I.1.2.

78. Paraguay, 1.2.

c) Principio de nemo tenetur

En todos los países latinoamericanos se conoce el principio de *nemo tenetur se ipsum accusare* y del *se ipsum prodere*, respectivamente. El art. 60 inc. 4 de la Constitución *venezolana* recoge una versión particularmente extensa: «Nadie podrá ser obligado a prestar juramento ni constreñido a rendir declaración o a reconocer culpabilidad en causa penal contra sí mismo.»[79] En otros países como *Brasil, Cuba* o *Uruguay*, por ejemplo, el principio está consagrado en el nivel de leyes simples[80]. *Perú* es un ejemplo de aquellos países cuya legislación nacional no contempla expresamente el referido principio pero en los que lo dispuesto en el art. 8 inc. 2 g) de la CADH determina su vigencia a nivel nacional[81]. El art. 127 del Código Procesal Penal *peruano* ha caído en desuso por encontrarse reñido con la citada norma de la CADH[82].

El principio de *nemo tenetur* presenta dos consecuencias. Por un lado, la facultad del imputado de abstenerse de declarar sin que su silencio pueda producir consecuencias negativas para su persona. Por el otro lado, el derecho de declarar durante todas las etapas del procedimiento[83].

d) Facultades de injerencia estatal y sistema de control judicial[84]

Todas las constituciones latinoamericanas contemplan disposiciones tendientes a proteger la esfera individual. Se establece que son inviolables la libertad personal, la correspondencia, las comunicaciones privadas y el

79. Tanto en Venezuela (II.1.2.) como en Colombia (1.2.), Honduras (1.2.), Bolivia (1.2.) y Guatemala (1.2.), las disposiciones pertinentes son extensivas a los cónyuges y parientes hasta cierto grado. En estos países nadie puede ser obligado a declarar en contra de estas personas.

80. Brasil, 1.2.c.; Cuba, I.1.2.; Uruguay, 1.2.c. Sin embargo, en el Informe de Brasil se hace notar que en la práctica este principio se ve vaciado en la medida en que la (primera) indagatoria del imputado sirve para introducir pruebas y no es interpretada como ejercicio de su derecho de defensa.

81. Perú, II. § 3 B.4.

82. La norma reza: «Si el inculpado se niega a contestar alguna de las preguntas, el Juez Instructor las repetirá aclarándolas en lo posible, y si aquel se mantiene en silencio, se dejará constancia en la diligencia. El Juez le manifestará que su silencio puede ser tomado como indicio de culpabilidad».

83. El Salvador, I.1.2.5.2.

84. En principio bajo este punto del Indice General debían exponerse las facultades de injerencia en el proceso penal sobre todo del órgano sumariante. Una parte de los relatores

domicilio y sólo admiten injerencias excepcionales, ejecutadas con arreglo a la ley[85].

Sin embargo, en algunos países las reglamentaciones que facultan las injerencias estatales son tan amplias que la instrucción puede ordenarlas arbitrariamente, de modo que de hecho se desvirtúa la garantía correspondiente[86]. En algunos países la garantía de la libertad personal también se ve socavada porque no están dadas las condiciones necesarias para regular la prisión preventiva. En ciertos casos la prisión preventiva no es la excepción sino la regla[87].

Un segundo problema surge porque en algunos casos y a fin de garantizar la legalidad de estas injerencias, las mismas sólo pueden hacerse en base a una autorización judicial previa[88]. En el Informe de *Argentina* esta disposición es considerada como «principal mecanismo de control» de las injerencias que afectan las garantías fundamentales. En *Argentina* ese control es ejercido (o no ejercido) precisamente por el juez de instrucción que como dueño de la instrucción tiene un interés considerable en el esclarecimiento de los hechos y por lo tanto también en las medidas que interfieren con el ámbito de intimidad protegido frente a injerencias estatales[89]. En consecuencia, el

interpretó «*Facultades de injerencia estatal* (...)» de modo diferente —por cierto nada descabellada— y se ha referido a la influencia en la elección de los jueces (Cuba, I.1.2.) o a la suspensión de garantías constitucionales en el caso de un estado de emergencia nacional (Venezuela, 1.2.). Este punto del Indice general muestra una vez más (ver ya supra nota 26), que en proyectos de derecho comparado no es conveniente indicar los puntos a ser tratados sin ningún tipo de aclaración. Parece más razonable formular a los relatores preguntas específicas, formuladas en forma precisa. Es la única forma de evitar malentendidos en el tratamiento de los puntos y de poder comparar las informaciones brindadas.

85. Comp. p.ej. los Informes de Argentina, I.4.e.; Bolivia, 1.2. (la Constitución boliviana prohibe cualquier injerencia en la esfera privada); El Salvador, I.1.2.5.1.; Guatemala, 1.1. (en Guatemala un fallo emitido por la Corte de Constitucionalidad prohibe cualquier intervención de los teléfonos, ver ibídem.); Honduras, 1.2.; Colombia, 1.2.; México, 1.2.b. (Hasta el momento, en México ciertas medidas como por ejemplo la intervención de los teléfonos solo están permitidas cuando se trata de combatir al crimen organizado); Paraguay, 1.2.; Peru, II. § 3 B. 5.; Uruguay, 1.2.

86. Argentina, I.4.e. En Argentina, por ejemplo, la reglamentación que faculta a intervenir en la integridad y reserva de las comunicaciones telefónicas es el Art. 236 Código de Procedimiento Penal de la Nación CPPN): «El juez podrá ordenar, mediante auto fundado, la intervención de comunicaciones telefónicas o cualquier otro medio de comunicación del imputado para impedirla o conocerla.» No se contemplan otros requisitos.

87. Bolivia, 2.2.; Chile, 2.2.; El Salvador, 2.2. (en este país en el 95% de los casos se dicta prisión preventiva); Honduras, 2.2.; Colombia, 1.2.; Uruguay, 2.2. Respecto de los datos sobre prisión preventiva ver *Ambos*, ZStW 1998, supra nota 2, 225 supra nota 1.

88. Argentina, I.4.e.; Bolivia, 1.2.

89. Es el caso de Argentina (Argentina, I.4.e.),

juez de instrucción difícilmente pueda ser imparcial en su juicio acerca de la legalidad de una cierta injerencia, siendo cuasi 'juez en propia causa'. En particular desde la perspectiva del imputado, su evaluación de la situación no constituye una garantía de la legalidad de la injerencia. Algo semejante ocurre en *Brasil,* donde el juez es el garante de los derechos fundamentales del imputado[90], pero su imparcialidad es cuestionable debido a que el mismo juez que está a cargo de la investigación preliminar es también el juez a cargo de la instancia de juicio[91].

También es problemático en este contexto que a menudo los jueces muestran escasa voluntad de insistir en una autorización judicial previa frente a la policía (en la medida en que no existe un estado de excepción que de por sí faculta a la policía a una injerencia sin necesidad de contar con una orden emitida por un juez). En la práctica a menudo se toleran los excesos policiales[92]. Aún subsiste la imagen del Estado todopoderoso y absolutista, cuyos personeros no están dispuestos a que sus esfuerzos por esclarecer un delito se vean trabados por «engorrosas» formalidades.

Una imagen realmente positiva se observa solo en *Costa Rica*. En este Informe se alude a numerosas posibilidades de control que pueden ser consideradas efectivas. Dentro del fuero penal está prevista la queja frente al juez que ordena la injerencia, la casación así como la revisión del caso; asimismo existen diferentes posibilidades de dar intervención al tribunal de constitucionalidad[93].

e) Prohibiciones probatorias[94]

En la medida en que los relatores se manifiestan sobre este punto, se conocen en los respectivos países diferentes prohibiciones probatorias[95]. En general se deducen del Código Procesal Penal o de la jurisprudencia. Un

90. Brasil, 1.2.d., 2.b.

91. Brasil, 1.3.

92. El Salvador, I.1.2.5.1.

93. Costa Rica, 1.2.3.

94. También en este caso la especificación del Indice general, obviamente dio lugar a malentendidos. Bajo el punto «*Prohibiciones probatorias*» el Informe de Venezuela (II.1.2.) no trató prohibiciones de *utilizar* pruebas, sino solo prohibiciones de pruebas. En ese sentido ciertas pruebas son improcedentes en determinadas situaciones al margen de haber sido diligenciadas en forma legal o no.

95. Argentina, I.4.e.; Bolivia, 1.2.; Brasil, 1.2.d.; Cuba, I.1.2.; Honduras, 1.2.; México, 1.2.; Paraguay, 1.2.; Uruguay, 1.2.

ejemplo típico se encuentra en el art. 181 del Código Procesal de *Costa Rica*, que establece que los medios probatorios obtenidos aplicando tortura, malos tratos, coacción, amenaza, engaño o injerencias indebidas en la esfera privada solo podrán usarse si redundan en beneficio del imputado[96]. En algunos casos aislados, la Constitución recoge disposiciones comparables.

> El Art. 29 de la Constitución *colombiana*, de gran alcance, establece que es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso[97]. El Art. 5 Nro. 56 de la Constitución *brasileña* establece que es nula toda prueba obtenida violando el derecho procesal[98]. Asimismo se prevén regulaciones especificas. El Art. 20 de la Constitución *boliviana* y el Art. 2.10 de la Constitución *peruana* establecen, que no producen efectos legales los documentos privados que fueren violados o sustraídos[99]. También el Art. 24 de la Constitución *guatemalteca* apunta en esa misma dirección y agrega las pruebas derivadas de violación de la correspondencia[100].

Las legislaciones y jurisprudencias de *Argentina, Brasil* y *El Salvador* se sirven de la doctrina americana del *fruto del árbol venenoso*[101]. Según este principio son nulas también aquellas pruebas obtenidas en forma indirecta[102].

Otro tema es determinar hasta qué punto efectivamente se observan estas disposiciones en la práctica. El Informe *Honduras* hace especial referencia a que los jueces que entienden en el juicio muchas veces fundamentan sus fallos en pruebas obtenidas violando la ley[103].

f) Ne bis in idem

De los Informes que hacen referencia a este punto se desprende la aplicación del principio de *ne bis in idem* o *bis de eadem re ne sit actio* respectivamente[104]. En general no se desprende expresamente de la Constitución sino

96. Costa Rica, 1.2.3.
97. Colombia, 1.1.4.
98. Brasilia, 1.2.d.
99. Bolivia, 1.2.; Perú, II. § 3 B.2.
100. Guatemala, 1.2.
101. Argentina, I.4.e.; Brasil, 1.2.d.; El Salvador, I.1.2.3.
102. *Roxin*, anterior supra nota 4, págs. 193 y s.
103. Honduras, 1.2.
104. Algunos Informes omiten ciertos puntos por completo o simplemente los nombran (es el caso de Costa Rica, 1.2.3. p. ej.). En todos estos casos se ha optado por la fórmula «(...)

del principio del debido proceso[105]. El Art. 11 inc. 1 de la Constitución de *El Salvador*, *el* Art. 95 de la Constitución de *Honduras*, el Art. 23 de la Constitución de *México* así como el Art. 60 inc. 8 de la Constitución de *Venezuela* hacen explícita referencia a este principio[106]. Establecen que nadie podrá ser sometido a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiera sido juzgado anteriormente. Una revisión del juicio sólo es posible cuando favorece al imputado[107].

> Un problema interesante surge en este contexto en un Estado federal como *Argentina*, país en el que tanto el Estado Nacional como las provincias cuentan con Códigos Procesales Penales propios como así también con un fuero penal propio. El principal problema lo constituye en ese sentido el concurso formal o ideal de delitos en un hecho único, siendo uno de ellos de competencia de la organización judicial provincial y el o los restantes de competencia de la justicia federal. Así por ejemplo, un hecho delictivo perpetrado en un territorio provincial contra un agente federal, es de competencia de la justicia *local*, pero al mismo tiempo actúa la competencia *material* de los tribunales federales. El problema se soluciona concediendo a los tribunales federal prioridad de juzgamiento y unificando las penas[108].

En algunos casos se relata que la prohibición de una doble persecución no rige cuando el mismo hecho es al mismo tiempo un acto delictivo y una contravención[109].

g) Defensa pública

Frente a la imposibilidad material del imputado de costearse un abogado particular, en muchos países latinoamericanos existe el sistema de la

en la medida en que los Informes lo tratan» o similar. Es una evidencia más de la conveniencia de un desglose más detallado (ver anteriores supra nota 26 y 84).

105. Argentina, I.4.d.; Bolivia, 1.2.; Brasil, 1.2.e.; Cuba, I.1.2.; Colombia, 1.1.; Uruguay, 1.i.
106. El Salvador, I.1.2.4; Honduras, 1.2.; México, 1.2.a.; Venezuela, II.1.2. Las constituciones de Guatemala y Perú contienen al menos una definición del *ne bis in idem* (Guatemala, 1.2.; Peru, II. § 3 B.3.).
107. Argentina, I.4.d.; El Salvador, I.1.2.4; Guatemala, 1.2.
108. Argentina, I.4.d.
109. Argentina, I.4.d.; El Salvador, I.1.2.4.

defensa pública. A tal efecto, además del Ministerio Público existe un órgano de defensoría, organizado en muchos casos en forma muy similar al Ministerio Público[110]. Al igual que los fiscales, los defensores están asignados a los respectivos tribunales y a las diferentes etapas del proceso[111].

En la mayoría de los países, los defensores públicos están crónicamente sobrecargados de trabajo y deficientemente equipados[112]. Para solucionar este problema, se emplean para la defensa egresados de las escuelas de derecho[113] que carecen de experiencia, o que incluso aún no han completado sus estudios[114]. En *Chile* existe además la alternativa de los llamados abogados de turno que consiste en que el juez puede designar un defensor oficial de la lista de abogados de la ciudad de acuerdo con un sistema de turno[115]. No sorprende, pues, que ambas soluciones redundan cualitativamente en detrimento del imputado.

En términos positivos, en cambio, se informa desde *Costa Rica*. En este caso la defensa pública parece funcionar muy bien. Su compromiso ha generado decisiones de trascendencia a cargo de la más alta instancia judicial. Los defensores oficiales son descritos como independientes y «combativos»[116].

110. Argentina, I.4.f.; Brasil, 1.2.a., f.; Costa Rica, 1.2.4.; El Salvador, I.1.2.1.; Colombia, 1.2.; México, 1.2.b.; Paraguay, 1.2.; Uruguay, 1.2. En el Perú, la ley prevé la institución de la defensa pública, pero hasta el momento no ha sido puesta en funcionamiento por falta de recursos (Perú, II. § B.1.). Comp. también *Comisión Andina de Juristas*, Los sistemas de Defensa Pública en Bolivia, Colombia y Perú, Lima 1998; *los mismo autores*, anterior supra nota 66, págs.. 130 y ss.

111. Costa Rica, 1.2.4. comp. también n.a. p. 43.

112. Brasil, 1.2.a.; Paraguay, 1.2. En la capital uruguaya Montevideo, 13 defensores públicos tienen que asumir aprox. el 80% de todos los casos. En el estado de San Pablo (Brasil) con 30 millones de habitantes, el organismo de defensa pública cuenta 600 abogados, entre ellos estudiantes de derecho. Cifras similares son de lamentar también en Buenos Aires, Argentina; en este país el 80 a 90% de todos los casos son atendidos por tan salo 21 defensores oficiales (Argentina, I.4.f.). El Informe de México habla «**de la institución más olvidada de cuantas posee la administración pública**» (México, 1.2.b.).

113. Chile, 1.2.

114. Brasil, 1.2.a.; El Salvador, I.1.2.1.

115. Chile, 1.2.

116. Costa Rica, 1.2.4. La interpretación de su función así como la «ética profesional» personal del defensor público es de gran importancia para la eficiencia de la defensa. A diferencia de Costa Rica, en Argentina, por ejemplo, se aprecia el problema de que muchos defensores se muestran sumisos al tribunal y a la fiscalía y que interpretan su función defensora no como un deber sino más bien como una interferencia con la administración de derecho. Algunos defensores se resisten a obstaculizar al juez en la persecución penal a partir de un «espíritu corporativo» mal interpretado. (comp. *S. Maris Martínez*, Algunas reflexiones sobre el derecho de defensa en juicio, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal 8/C, 1999, págs. 237 y ss.). El Informe de El Salvador lamenta en este contexto la deficiente formación profesional de los defensores penales (El Salvador, I.1.2.1.).

En *Cuba* no existe la institución de la defensa pública. Si el imputado no cuenta con la necesaria defensa, el Estado puede dirigirse a la *Organización de Bufetes Colectivos*, que pasa a facilitarle un abogado. Una vez por año, el Estado abona el total de los costos generados[117].

1.3. Imparcialidad de los jueces

En algunos países, la Constitución consagra el principio de imparcialidad de los jueces[118], aunque en la mayoría de los países la imparcialidad rige en virtud de la ratificación de la CADH (Art. 8 nro. 1). En parte es deducida en forma directa de la definición misma de *juez* que por su naturaleza debe ser imparcial[119] No obstante, la mayoría de los relatores describen un cuadro más bien negativo en lo que se refiere a la imparcialidad objetiva[120] —sobre todo del juez juzgador— en el sentido de ecuanimidad e imparcialidad en el momento de dictar la sentencia[121].

En *Brasil, Honduras, México, Paraguay, Uruguay* y *Venezuela* la imparcialidad objetiva del juez juzgador, se ve normalmente afectada porque juzga en la misma causa en la que también tuvo a su cargo la investigación preliminar[122]. En *Perú* se trata exclusivamente del «juicio sumario», aunque es de destacar que ese proceso está previsto para la inmensa mayoría de infracciones penales. Otro aspecto problemático. aunque de menor entidad es que en el proceso penal peruano normal, los jueces del juicio han intervenido en la etapa intermedia del

117. Cuba, I.1.2.

118. Brasil, 1.3.; México, 1.3.; Paraguay, 1.3.

119. Argentina, I.4.g.

120. En la verificación de la imparcialidad de un juez se puede partir de un enfoque *objetivo* o de un enfoque *subjetivo*. En la imparcialidad subjetiva se trata de la actitud personal del juez en un caso concreto; ésta corre peligro cuando está emparentado o mantiene una amistad con una de las partes. Para el presente estudio solo resulta de interés interrogar acerca de la imparcialidad *objetiva*, funcional. Puede resultar dudosa cuando uno y el mismo juez interviene en el mismo caso en diferentes etapas del proceso. Respecto de esta distinción ver también el Informe sobre Brasil, 1.3.

121. En tal sentido El Salvador, I.1.4.1.

122. Brasil, 1.3.; Honduras, 1.3.; México, 2.2.; Paraguay, 2.2. así como 1.3.; Uruguay, 2.2.; Venezuela, 1.3.

procedimiento[123]. Particularmente problemática es la situación jurídica en *Bolivia* y *Chile*, donde el juez que entiende en la causa también formula la acusación[124].

En la medida en que los Informes Nacionales hacen referencia a este punto, la legislación nacional prevé razones para la recusación de jueces fundada en causa legal y la recusación a pedido de parte.

Un enfoque positivo por lo equilibrado plantea *Costa Rica* donde puede ser recusado aquel juez que dictó en el procedimiento intermedio la resolución de apertura de juicio, pero no el juez que intervino como juez investigador en la instancia preliminar[125]. En *Paraguay*, los jueces que en la etapa preliminar se han manifestado sobre los hechos relevantes, luego no pueden decidir sobre los mismos[126]. En *Guatemala* existen razones de recusación muy amplias: cabe recusar todo juez que ha intervenido en algún otro período del procedimiento[127]. En *El Salvador* y *Honduras* un juez sólo es excluido, cuando previamente actuó en el proceso como parte o como juez de una instancia previa[128]. En *Argentina* ha merecido conceptos críticos, el que sólo exista un catálogo taxativo de motivos para un apartamiento pero sin que se haya previsto una cláusula general que pueda suplir eventuales vacíos legales. El catálogo no incluye, por ejemplo, el caso en el que el juez que integra el tribunal de juicio haya actuado en una etapa anterior del procedimiento. Esto genera el problema de que en el caso de causas penales correccionales[129] no existe una regla que impida al juez que intervino en alguna etapa anterior de la causa sea también el juez del juicio, sobre todo siendo que de ordinario el tribunal del juicio es unipersonal[130].

123. Perú, II. § 3 D.3.

124. Bolivia, 1.3.; Chile, 1.3.

125. Costa Rica, 1.3.

126. Paraguay, 1.3. El Informe de Paraguay no explica cómo esta causa de inhabilitación se compadece con el hecho de que en Paraguay el mismo juez indaga y juzga (comp. Paraguay 1.3., 2.2. y más abajo supra nota 150).

127. No queda claro, sin embargo, si esta constatación refleja efectivamente la situación jurídica vigente o sólo la opinión personal del relator (Guatemala, 1.3.). Un informe extenso presenta Brasil, 1.3.

128. El Salvador, I.1.4.1.; Honduras, 1.3.

129. El juez correccional argentino investiga y juzga en única instancia en una parte considerable de todos los delitos, más precisamente en todos aquellos que son reprimidos con pena no privativa de la libertad y en los delitos reprimidos con una pena privativa de la libertad cuyo máximo no exceda los tres años (art. 27, 33 en relación con art. 405 y ss.).

130. Argentina, I.4.g.

1.4. Independencia de los tribunales

La independencia de los tribunales queda garantizada, al menos en teoría, de diversa manera. En todos los países en los que se hizo el estudio, la Constitución en general consagra el principio de la división de poderes, cuya principal finalidad es garantizar la independencia del Poder Judicial del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo[131]. Cuanto menos los jueces no son destituibles y cuentan con un sueldo fijo[132].

En Costa Rica, la independencia que proclama la Constitución no encuentra ningún tipo de limitaciones[133]. También el Informe de *El Salvador* es positivo en ese sentido[134]. En la mayoría de los países, en cambio, la realidad jurídica marca un cuadro diferente. En la práctica, los Poderes Ejecutivo y Legislativo con frecuencia ejercen influencia sobre las decisiones de los jueces[135].

En este contexto el *nombramiento* de los jueces constituye un problema ampliamente discutido. Con el objetivo de acotar el peligro de la influencia política sobre los tribunales, un número creciente de países latinoamericanos ha instituido Consejos de la Magistratura, integrados en forma pluralista[136]. Un punto particularmente crítico es el tema del nombramiento de los jueces de la Corte Suprema. En parte se informa que juegan un papel importante motivaciones políticas, lo que afectaría su independencia[137].

Numerosos informes, sobre todo los de *Argentina, Bolivia, Chile, El Salvador, Honduras* y *Venezuela,* hacen referencia a limitaciones *internas de*

131. Argentina, I.4.h.; Brasil, 1.4.; Bolivia, 1.4.; Chile, 1.4.; Costa Rica, 1.4.; Cuba, I.1.3.d.; Guatemala, 1.4.; Colombia, 1.4.; México, 1.4.; Paraguay, 1.4.; Uruguay, 1.4.; Venezuela, II.1.4.

132. En particular el Informe de Honduras hace hincapié en el aspecto de la destitución (Honduras, 1.4.). Plantea como problemático en relación con la independencia de los jueces el hecho de que los funcionarios afectados por una destitución tienen derecho a recurrir ante el llamado Consejo de la Carrera Judicial, el que es dirigido por Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, organismos que tiene la facultad de nombrar y destituir a los jueces.

133. Costa Rica, 1.4.

134. El Salvador, 1.4.2.

135. Bolivia, 1.4.

136. Ver p.ej. Argentina, I.4.h.; Guatemala, 1.4.; México, 1.4.; Paraguay, 1.4. A modo de ejemplo valga citar que en el «Consejo de la Magistratura» paraguayo están representados, diputados parlamentarios, senadores, miembros de las universidades estatales y privadas, miembros del gobierno, integrantes de la Corte Suprema así como abogados (Paraguay, 1.4.).

137. Honduras, 1.4.

la justicia con respecto a la independencia de los jueces[138]. El Informe de *Chile* menciona que la independencia, sobre todo de los juzgados de primera instancia, se ve fuertemente cercenada desde adentro del Poder Judicial, debido a que los jueces que se desempeñan en esa instancia son evaluados anualmente por los jueces de las instancias superiores que le asignan un cierto puntaje. El informe señala que el sistema es extremadamente jerárquico y con considerable influencia de los tribunales superiores[139]. También desde *Bolivia* se informa de la existencia de tal jerarquía[140]. En *Honduras, toda* sentencia, absolutoria o condenatoria, cuando ninguna de las partes recurre en apelación, debe ser enviada en consulta a la respectiva Corte de Apelaciones, la cual puede confirmar, revocar o reformar el fallo de primera instancia[141]. Pese a los inconvenientes que plantea una excesiva jerarquización del aparato judicial no debemos olvidar que una cierta jerarquía es necesaria para preservar la unidad jurídica[142].

Finalmente existen normas legales para preservar la independencia de los jueces. En *Colombia,* una ley prohibe a los jueces de las instancias superiores a ejercer influencia sobre los jueces de las instancias inferiores[143]. En *Paraguay* debe destituirse a aquel juez que ha recibido instrucciones que puedan afectar sustancialmente en su independencia[144].

2. El procedimiento tradicional (y en parte todavía) vigente

2.1. Fuentes strictu sensu del Derecho procesal penal nacional

En América Latina la única fuente de derecho penal es la ley. No reviste carácter de fuente la jurisprudencia[145]. Además de la Constitución nacional y de

138. Argentina, I.4.h.; Bolivia, 1.4.; Chile, 1.4.; El Salvador, 1.4.2.; Honduras, 1.4.; Venezuela, II.1.4. El Informe de Cuba también alude cuanto menos a esta problemática (I.1.3.d.).

139. Chile, 1.4.

140. Bolivia, 1.4.

141. Honduras, 2.2.

142. Acertadamente Uruguay, 1.4.

143. Colombia, 1.4.

144. Paraguay, 1.4.

145. Señalado expresamente en los Informes Nacionales de Argentina (II.a.), Bolivia (2.1.) y Cuba (2.2.). Los restantes informes no hacen referencia explícita al tema, limitándose a enumerar los mencionados conjuntos de normas. El Informe de México (2.1.) cita una opinión mionoritaria divergente. Respecto de la evolución histórica del proceso penal, comp. Brasil, 2.

los tratados internacionales, se considera «ley» sólo una ley formal, es decir sancionada por el Poder Legislativo con arreglo al procedimiento previsto a tal efecto. Una particularidad constituye en este contexto el (antiguo) Código Procesal Penal *boliviano*, aprobado durante la dictadura militar del General Banzer no como ley formal, sino como decreto del Poder Ejecutivo[146].

2.2. Estructura del procedimiento común

Dado que el procedimiento penal tradicional de los países estudiados, tiene sus raíces en el procedimiento inquisitivo español, presenta en todos los casos rasgos y características similares. En la primera instancia[147] se divide en *dos fases procesales,* a saber das la etapa de la investigación preliminar y la etapa del plenario. Ambas fases están en manos del juez, debiéndose concluir la etapa preliminar dentro de un cierto plazo[148]. En parte actúan jueces diferentes[149], en parte el mismo juez investiga y juzga[150]. En algunos casos, la ley prevé ambas opciones y hace depender el procedimiento del delito perseguido[151].

Un caso extremo es *Chile*, país en el que el mismo juez no solo está a cargo de las investigaciones preliminares y del juicio, sino que además formula la acusación[152]. La concepción opuesta es la de *Costa Rica*. En este caso el pro-

146. Bolivia, 2.1.

147. En *Perú* el mismo tribunal colegiado que actúa en el procedimiento principal, también tiene a su cargo una etapa intermedia, en la que se establece si existe fundamento suficiente para enjuiciar a una persona. Emitida la acusación fiscal, se emite un auto de enjuiciamiento (Perú, III. § 2 C.2.). En *México,* el juicio consta de dos partes: las actuaciones preliminares a cargo del fiscal, las investigaciones del juez y el procedimiento principal (México, 2.2.). El derecho *uruguayo* también contempla una fase de investigaciones preliminares (Uruguay, 2.2.).

148. En la práctica en muchos casos no se cumple el plazo que la ley fija para la clausura de la investigación (comp. p.ej. Honduras, 2.2.). A menudo es arbitrariamente prorrogable (Uruguay, 2.2.).

149. Bolivia, 2.2.; Perú, III. § 1 a. und d. En *Perú* existen numerosas disposiciones especiales, según las cuales el procedimiento normal es modificado cuando se trata de perseguir determinados delitos (p.ej. delitos sexuales o de drogas) o determinados grupos de autores (p.ej. funcionarios) (Perú, III. § 2 A.).

150. Brasil, 1.3.; Honduras, 1.3.; México, 2.2.; Paraguay, 2.2. así como 1.3.; Uruguay, 2.2.; Venezuela, 2.2.

151. Argentina, II.b.1.

152. Chile, 2.2. También en Paraguay la acusación puede ser presentada por el juez mismo (2.2.).

cedimiento preliminar estaba ya desde 1973 en manos de la fiscalía para delitos sancionados con penas privativas de libertad inferiores a los tres años[153].

También son muy amplias las *atribuciones de la policía,* actuando en detrimento de los derechos del acusado. Una confesión policial ya puede tener normativamente[154] efecto probatorio, y en cualquier caso tiene un considerable efecto probatorio en los hechos.

La *fiscalía* se limita esencialmente a promover la iniciación del procedimiento principal formulando la «acusación»[155]. En algunos casos, se requiere de una iniciativa fiscal para iniciar la instrucción, aunque en general el juez de instrucción puede iniciar el sumario *de oficio*[156]. En el procedimiento preliminar mismo la fiscalía tiene ciertos derechos de presencia y de solicitud de recibimiento de pruebas[157]. Es decir que la posición de la fiscalía pasa notoriamente a segundo plano frente a la posición casi omnímoda del juez.

El proceso penal latinoamericano tradicional tiene como base la *escritura* y el *secreto*[158]. Si bien la ley prevé un juicio oral, debido a la importancia medular de la investigación preliminar, esta etapa reviste escasa importancia. Las pruebas obtenidas en el sumario revisten carácter definitivo y son centrales para determinar la culpabilidad o no del acusado en el juicio, no respetándose debidamente el principio de inmediación[159]. El juez de instrucción tiene jurisdicción investigativa en el sumario. Un aspecto problemático es sobre todo la amplia libertad que tiene para ordenar la instrucción, y en particular el no estar obligado a solicitarla ante un órgano imparcial[160]. Se corresponde con estas facultades un uso excesivo de la prisión preventiva que constituye la regla más que la excepción[161].

153. Costa Rica, 2.2. La medida recorta considerablemente el tradicional poder del juez de instrucción. En la actualidad, en Costa Rica todas las causas son investigadas por el Ministerio Fiscal.

154. Uruguay, 2.2.

155. Argentina, II.b.1.; Costa Rica, 2.2. En *Uruguay* no se requiere de un requerimiento del fiscal para la apertura del juicio (2.2.).

156. Argentina, II.b.2.; Bolivia, 2.2.; Honduras, 2.2.; Paraguay, 2.2.; Uruguay, 2.2.

157. Uruguay, 2.2.

158. Argentina, II.b.4. y 5.; Bolivia, 2.2.; Chile, 2.2.; Costa Rica, 2.2.; El Salvador, 2.2.; Perú, III. § 1 a.; Uruguay, 2.2.

159. Argentina II.b.3.; Bolivia, 2.2. (el Informe habla de la «incorporación automática» de las pruebas obtenidas en el sumario a la etapa de enjuiciamiento; Chile, 2.2.; Peru, III. § 1 g.; *Uruguay*, 2.2. En vista al persistente dominio de la instrucción y la consecuente deficiente implementación del principio de inmediación el informe de *Bolivia* constata que no basta con introducir el juicio oral si al mismo tiempo el sumario estructuralmente sigue en mano de un juez de instrucción casi omnímodo y quienes aplican el derecho pueden mantener sus habituales costumbres procesales (Bolivia, 2.2.).

En términos globales, el *imputado goza de pocos derechos* en el proceso penal latinoamericano tradicional. Prevalece la concepción de objeto del procedimiento, y el imputado no es visto como un sujeto procesal dotado de derechos. Esta posición se refleja en que la declaración indagatoria como aspecto central del procedimiento, en el derecho tradicional tiene la función del diligenciamiento de prueba de cargo y no de defensa del imputado[162]. En consecuencia, en ciertos países la declaración indagatoria se presta sin presencia de un defensor, por lo que se violan gravemente las garantías constitucionales y los derechos humanos[163]. Asimismo, el derecho de defensa es insuficiente en otros aspectos[164]. El imputado dispone de pocas posibilidades de intervención y no se garantiza la igualdad de armas con el acusador[165]. No se conoce el principio de oportunidad[166]. En todos los países prevalece el principio absolutista de *ne delicta remaneant impunita*. Se antepone la condena de un inocente a la impunidad del culpable[167].

No se conoce el principio de la *libre apreciación de la prueba* por parte del juez. En cambio rige el sistema de prueba legal[168]. En *Chile,* la evidencia circunstancial sólo se admite excepcionalmente[169]. En los Informes de *El*

160. Solo algunos Informes hacen expresa referencia a esta problemática (Argentina, II.b.2.; Paraguay, 2.2.).

161. Bolivia, 2.2.; Chile, 2.2.; El Salvador, 2.2.; Honduras, 2.2.; Colombia, 1.2.; Uruguay, 2.2. comp. anterior supra nota 87.

162. Argentina, II.b.4.; Bolivia, 2.2.

163. Honduras, 2.2.

164. Bolivia, 2.2.

165. Argentina, II.b.4.; El Salvador, 2.2. Según el derecho *uruguayo* el defensor no tiene derecho alguno de intervenir en la investigación preliminar. Desde la entrada en vigor del Pacto de San José, sin embargo, éstos le son concedidos *praeter legem*, a fin de observar el principio de la igualdad de armas (Uruguay, 2.2.).

166. Argentina, I.2.; Chile, 2.2.

167. En cualquier caso cuando resultado deseable desde el punto de vista (criminal) político. Respecto de la otra cara de la moneda, la ampliamente difundida impunidad, en particular la violación de los derechos humanos, comp. *Ambos*, supra nota 14.

168. Argentina, II.b.6.; Bolivia, 2.2. (como ejemplo se enuncia que en el sistema probatorio se asigna máxima importancia a la confesión del imputado). El informe de *Paraguay* contiene una exhaustiva enumeración de las reglas de evidencia (2.2.).

169. Chile, 2.2.

Salvador y *Honduras* se señala que es de aplicación el sistema de prueba legal, pese a que la ley también prevé la evidencia circunstancial[170].

Los procedimientos prevén recursos contra la sentencia dictada. Algunos códigos procesales solo prevén el recurso de casación[171], otros solo la apelación[172], en tanto que en algunos países están abiertos ambos recursos[173].

En *Bolivia* en el procedimiento de apelación no se lleva acabo un segundo juicio oral, con lo que se viola el principio de inmediación[174]. En el «complejo» sistema de recursos del *Brasil* está previsto básicamente la posiblidad de apelar los fallos, pero tratándose de fallos dictados por un Tribunal de Jurados («Tribunal do Júri»), el recurso sólo se puede interponer cuando existe evidencia de que el fallo se contradice con las pruebas aportadas[175]. En *Honduras* no rige en la apelación la prohibición de *reformatio in peius*[176]. En *Perú* no está previsto ni la apelación ni la casación, existiendo únicamente el llamado recurso de nulidad[177]. El recurso de nulidad es un instituto vastamente difundido en América Latina, con el que se puede hacer valer la nulidad de las actuaciones procesales. En *Brasil*, *Uruguay* y *Venezuela*, existen además otros recursos como la revisión del juicio, además de las instancias de apelación y casación[178].

2.3. Procedimientos especiales. Soluciones alternativas al sistema penal

El modelo procesal tradicional prevé procedimientos especiales para ciertos delitos específicos (por ejemplo delitos de acción privada[179], delitos sorprendidos en flagrancia) o de escasa gravedad o cuando en la persona del imputado se dan ciertas condiciones, como por ejemplo ser menor de edad o funcionario[180]. Asimismo, en general están previstos procedimientos especiales para contravenciones.

170. El Salvador, 2.2.; Honduras, 2.2.
171. Costa Rica, 2.2.
172. Paraguay, 2.2.
173. El Salvador, 2.2.; Honduras, 2.2.
174. Bolivia, 2.2.
175. Ver exhaustivamente y en tono crítico Brasil, 2.f.; respecto del Tribunal do Júri más adelante 3.2. bie supra nota 243.
176. Honduras, 2.2.
177. Perú, III. § 1 c.
178. Brasil, 2.f.; Uruguay, 2.2.; Venezuela, 2.2.
179. Comp. al respecto punto 1.1.1.
180. Comp. p.ej. Bolivia, 2.3.; Brasil, 2.d. y e.; Cuba, 2.3.

Cuando se está en presencia de un *delito de menor gravedad*, los derechos del imputado se ven limitados más de lo normal. En el caso de delitos que se sancionan con una pena privativa de libertad menor, las funciones de investigar y de decidir se concentran en un mismo magistrado — también en aquellos países, en los que normalmente ambas funciones están separadas. De esta manera se viola el derecho a ser juzgado por un juez imparcial[181]. En muchos casos se pasa a juicio en forma directa, es decir sin una instrucción previa. Los actos de «prueba» realizados por la policía constituyen la base sobre la que se emite posteriormente la sentencia[182].

En general, en América Latina se admite un recorte a los derechos del imputado en el derecho penal especial, en particular cuando se trata de *delitos cometidos contra la ley de estupefacientes*. En este caso se registra en parte una neta recaída en las estructuras del proceso inquisitivo. A modo de ejemplo, nos detendremos a continuación brevemente en la situación en *Bolivia*. El Informe Nacional señala que las investigaciones en el caso de los delitos contra la Ley del Régimen de la Coca y Sustancias Controladas está a cargo de una unidad policial especial que actúa con total autonomía. Los imputados son detenidos durante meses en sede policial, los allanamientos se practican sin orden judicial y en horas de la noches. El informe señala además que son ilimitados «el ejercicio de la fuerza y la utilización de armas» contra los imputados. Estas actuaciones policiales constituyen en la prueba fundamental en la etpa del juicio plenario. Los imputados se encuentran en un estado de «absoluta indefensión»[183].

En el proceso penal latinoamericano tradicional no se conocen *mecanismos de solución alternativos al sistema penal*[184]. Sólo recientemente y en

181. Acertadamente Argentina, II.b.1
182. Bolivia, 2.3.
183. Bolivia, 2.3. De aplicación general. Comp. en relación con el «triángulo blanco» (Colombia, Perú y Bolivia) *Ambos*, Die Drogenkontrolle und ihre Probleme in Kolumbien, Perú und Bolivien – eine kriminologische Untersuchung aus Sicht der Anbauländer, unter besonderer Berücksichtigung der Drogengesetzgebung. Freiburg i.Br. 1993, págs. 181 y ss., 221 y ss., 249 y ss, 301 y ss., 336 y ss.; *el mismo autor*, Control de Drogas. Política y legislación en América Latina, EE.UU. y Europa. Eficacia y Alternativas (con anexo legislativo de normas interamericanas y nacionales de América Latina, EEUU y Europa). Bogotá (Gustavo Ibañez) 1998, pags. 100 y s., 125 y s.
184. Chile, 2.3.; Costa Rica, 2.3.; Cuba, 2.3. (salvo para determinados delitos); El Salvador, 2.3.; Guatemala, 2.3.; Honduras, 2.3.; Perú III. § 5. Una excepción —al menos en cuanto a la concepción normativa— plantean el derecho *mexicano* y *paraguayo*, que para determinados delitos prevén una *conciliación* entre autor y víctima con eventual *reparación del daño*. En la práctica, sin embargo, se hace muy poco uso de esta posibilidad (México, 2.3.a.; Paraguay,

el marco del clima general de reforma, éstos despiertan creciente interés. En la práctica del procedimiento tradicional, los esfuerzos de la persecución penal se concentran en delitos menos importantes, en tanto que muchas veces permanecen impunes los delitos capitales[185].

Un lugar destacado ocupa la *justicia militar* y los códigos y procedimientos penales militares. La existencia de este fuero conduce, por un lado, a una situación de impunidad general y, por el otro, a una considerable limitación de los derechos del imputado, en particular cuando se los utiliza contra la oposición política[186].

En *Chile*, *Guatemala, México* o *Perú* los jueces mismos son miembros de las Fuerzas Armadas, con lo que se pone en duda la imparcialidad de los jueces[187]. En el Informe de *Venezuela,* en cambio, se pone en tela de juicio la independencia de los jueces en vista de los derechos de intervención del Presidente de la República[188]. Estas reservas cobran mayor importancia si se considera que la justicia penal militar en casi todos los países se extiende también a ciertos delitos generales (violación a los derechos humanos)[189], y por el otro no solo pueden ser juzgados miembros de las Fuerzas Armadas sino bajo ciertas condiciones también civiles[190]. Más positivo es el cuadro en *Honduras*, país en el que si bien existe una justicia penal militar, los condenados tienen la posibilidad de recurrir a un tribunal de apelación de la justicia ordinaria[191]. La Corte Suprema de aquel país ha constatado en más de una oportunidad que los tribunales militares no son competentes en ningún caso en el que se trata de un civil como «sujeto activo o pasivo»[192]. En este contexto también es de celebrar que en *Brasil,* y en virtud de una enmienda legislativa, los delitos dolosos contra la vida entran en la órbita de competencia de los tribunales ordinarios[193].

2.3.). En *Venezuela* el derecho procesal tradicional prevé la posibilidad del sobreseimiento en el caso de delitos menores (en la práctica sin mayor importancia) (Venezuela, 2.3.). Respecto de Brasil ver 3.4. supra nota 308.

185. Bolivia, 2.3. Comp. en relación con la situación jurídica en Argentina antes de la reforma de 1992 *J. Maier*, Derecho Procesal Penal. tomo I. Fundamentos, 2ª edición sin cambios. Buenos Aires 1999, págs. 782 y s.

186. El fenómeno de la justicia militar es tan complejo que requiere de un estudio por separado; compárese desde la perspectiva de los derechos humanos *Ambos*, Straflosigkeit, supra nota 14, págs. 115 y ss., 260 y ss.; *el mismo autor*, Impunidad, n.a.p 14, págs. 56 y ss., 191 y ss. con las respectivas demostraciones.

187. Chile, 2.3.; Guatemala, 2.3.; México, 2.3.c.; Peru III. § 5

188. Venezuela, 2.3.

189. Bolivia, 2.3.; Chile, 2.3.; Perú III. § 5

190. Bolivia, 2.3.; Chile, 2.3.; Cuba, 2.3.; Perú III. § 5

191. Honduras, 2.3.5. En Paraguay está abierta la vía judicial hasta la Corte Suprema (Paraguay, 2.3.).

192. Honduras, 2.3.5. Este principio está recogido también en la Constitución de México (México, 2.3.c.). Comp. en cuanto a competencia de los tribunales militares desde la perspectiva de la jurisprudencia y la literatura *Ambos*, Straflosigkeit, supra nota 14, págs. 144 y s., 268 y ss.; *el mismo autor*., Impunidad, supra nota 14, págs. 57 y s., 199 y ss.

193. Lei 9.299/96 (Brasil, 2. i.).

2.4. *Ejecución penal*

En el modelo tradicional del procedimiento penal latinoamericano, la ejecución de la pena en general[194] es competencia de las autoridades administrativas. Excepcionales mecanismos de control judicial previstos *de lege lata*, son escasamente relevantes en la práctica[195].

En la ejecución penal es particularmente evidente la tendencia ya mencionada[196] del procedimiento inquisitivo latinoamericano de considerar al autor del hecho un objeto del proceso carente de derechos. En tal sentido, los Informes Nacionales son mayormente críticos.

Desde *Bolivia* se informa que en la práctica, el preso no tiene posibilidad alguna de hacer valer sus garantías individuales[197]. En *Honduras,* el preso no cuenta con defensa técnica[198]. En *El Salvador* se dictó en 1972 una ley, que se orienta por los principios básicos para el trato de presos de las Naciones Unidas de 1956; sin embargo no fue aplicado nunca[199]. Para toda *Costa Rica* existió (hasta la reforma) solo un único juez de ejecución penal. Sus decisiones en gran parte no eran vinculantes para las autoridades ejecutoras[200].

La situación que se vive en muchas cárceles latinoamericanas debe ser considerada indigna de la condición humana, sobre todo con vistas a la alimentación, asistencia sanitaria y situación social en particular[201]. En *Brasil* se lamenta el «estado infrahumano» («estado falimentar») que se vive en el siste-

194. Una excepción típica es la decisión sobre la libertad condicional (Bolivia, 2.4.; Costa Rica, 2.4.; Guatemala, 2.4.; Honduras, 2.4.; Paraguay, 2.4.; Uruguay, 2.4.).

195. Brasil, 2.j.; Chile, 2.4.; Guatemala, 2.4.; Honduras, 2.4.; México, 2.4.; Paraguay, 2.4.; Uruguay, 2.4.; Venezuela, 2.4.

196. Ver anterior.

197. Bolivia, 2.4.

198. Honduras, 2.4.

199. El Salvador, 2.4

200. Costa Rica, 2.4.

201. El Salvador, 2.4

ma penitenciario en virtud de la falta de infraestructura y recursos[202]. En el informe de *Venezuela* el sistema penitenciario es considerado una «maquina de moler carne humana». Este estado de cosas es tanto más preocupante si se considera que en todos los países hay más presos procesados que condenados[203].

3. LA REFORMA YA VIGENTE O DISEÑADA

3.1. Proyectos actuales y su estado

Hasta el momento de redactar este Resumen Comparativo, las reformas encaradas en los diferentes países registraban diferentes grados de avance, como ya se mencionó. Comúnmente el grado de avance se mide en función de las categorías conceptuales «*acusatorio/inquisitivo*», utilizados en forma complementaria. Ambos términos se han alejado considerablemente de su sentido semántico original.

El adjetivo «acusatorio» ya no describe en primer lugar el inicio del plenario mediante la formulación de la acusación; y por «inquisitivo» ya no se interpreta básicamente la inquisición de la materia procesal. En general, ambas denominaciones se utilizan más bien para calificar al proceso penal en su conjunto. El concepto «acusatorio» tiende a denominar atributos tales como progreso, modernidad y Estado de Derecho. En cambio se define como «inquisitivo» a un proceso cuando el observador lo considera tradicional, conservador y, por ende, y en función del punto de vista personal, preocupante desde la perspectiva del Estado de Derecho. Con frecuencia, de este modo se argumenta unilateralmente a favor de una estructura procesal anglo-americana, porque el adjetivo «acusatorio» se interpreta en el sentido de «contradictorio» y como antónimo de «acusatorio».

> En términos estrictos, este desplazamiento semántico se debe a una equivocada traducción del término técnico inglés «adversarial»[204]. El término «acusatorio» no se refiere según su significado latín original (accusare = acusar) a la forma de diligenciar las pruebas sino exclusivamente a que el procedimiento (plenario) sólo puede iniciarse en base a una acusación. En América Latina, esta circunstancia rara vez se tiene en cuenta tanto en la acepción general del término como también en el sentido lingüístico científico. Ocasionalmente se habla de «acusatorio en el sentido formal» cuando se utiliza el término en el sentido descrito[205]. Otra razón de la mutación del sentido debe verse en la fuerte politización de esta palabra[206].
>
> En esencia, en el debate latinoamericano planteado, se trata de la antinomia entre estructuras procesales acusatorias versus estructuras contradictorias. Si nos atenemos al uso sujeto a definiciones de estos dos términos, la característica fundamental de un procedimiento de *instrucción* es que el juez determina o interviene en la determinación de la producción de pruebas en el juicio oral, es responsable por el esclarecimiento total y correcto de los hechos y se prepara debidamente estudiando el expediente[207]. En cambio, en el sistema *contradictorio* o de iniciativa de las partes, las partes presentan sus pruebas producidas unilateralmente y bajo su propia responsabilidad ante un jurado, hasta entonces no familiarizado con el caso. El juez profesional que dirige la audiencia, simplemente controla la observancia de las reglas de juego[208].

Evaluar los diferentes Códigos Procesales Penales solo según las categorías descritas no se compadece, sin embargo, ni con el actual estado de la investigación ni es particularmente fructífero. Por otro lado, la dicotomía clásica entre procesos de instrucción y juicios de adversación ha perdido importancia para evaluar la calidad de Estado de Derecho de un orden procesal ya que el principio del Estado de Derecho y las garantías del imputado están consagradas en (casi) todas las constituciones latinoamericanas y han quedado plasmados en los acuerdos internacionales pertinentes. Dado que todos los códigos procesales penales, al margen de su estructura procesal, están comprometidos con la observancia de ciertas normas mínimas, estas diferencias entre los sistemas parecen más bien secundarias[209].

202. Brasil, 3.a.

203. Comp. anterior supra nota 87.

204. Comp. *G.E. Lynch*, Plea bargaining: el sistema no contradictorio de justicia penal en Estados Unidos, Nueva Doctrina Penal 1998/A, Buenos Aires 1998, págs. 293-330.

205. *Binder*, anterior supra nota 71, S. 219; *R. Gil Lavedra*, Legalidad vs. acusatorio. Una falsa controversia, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal 7, Buenos Aires 1997, S. 829-852 (836).

206. Un ejemplo del uso que se le da a los conceptos de acusatorio/inquisitivo en este sentido en *J.I. Cafferata*, Proceso penal mixto y sistema constitucional. En: Nueva Doctrina Penal 1997/A, Buenos Aires 1997, pags. 73-86.

207. Comp. *W. Perron*, Rechtsvergleichender Querschnitt und rechtspolitische Bewertung, in: ders. (ed.), Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrecht des Auslands. Rechtsvergleichendes Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz, Freiburg im Breisgau 1995, págs. 559 y ss. (560).

208. *Ibídem.*, págs. 562 y s.

209. Comp. también *W. Perron*, Das Beweisantragsrecht des Beschuldigten im deutschen Strafprozeß, Berlín 1995, pág. 107; *J.Maier,* Inviolabilidad de domicilio, Doctrina Penal 8, Buenos Aires 1985, págs. 59-117 (73).

Por lo tanto, utilizaremos como criterios referenciales para la evaluación de los sistemas procesales penales, la implementación del principio de Estado de Derecho y la definición exacta de la posición de sujeto[210] del imputado, que en el proceso penal se enfrenta como ciudadano a un poder público casi omnímodo. Además se considerará el control y la limitación de los órganos públicos a un ejercicio del poder identificado con el bien común y que actúa en forma prudente y no arbitraria.

Si se toma como base este parámetro, los sistemas procesales penales de *Costa Rica* y *Guatemala* pueden ser considerados precursores del movimiento reformista, al menos en lo que se refiere a la orientación normativa. En estos países, entraron en vigor en 1998 y 1994 códigos penales procesales concordantes con los requerimientos constitucionales y de Estado de Derecho, al menos hasta donde puede apreciarse[211]. En la medida en que efectivamente entren a regir las leyes correspondientes, se agregarán a este grupo de países *Bolivia*, *Chile, Honduras, Paraguay* y *Venezuela*, cuyos proyectos de reforma[212] se inspiran básicamente en el Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica[213].

En *Bolivia* se proclamó en 1999 un Código Procesal Penal que recoge estas sugerencias. Entrará en vigor a los dos años de su promulgación[214]. En *Chile,* la Cámara de Diputados aprobó y remitió al Senado en 1997 un proyecto de ley de reforma del Código Procesal. La comisión correspondiente del Senado aprobó la ley en general y en este momento está abocada al tratamiento de la ley en particular[215]. En *Honduras,* la *Corte Suprema* tomó en 1995 la iniciativa legislativa. Al momento de redactarse este Resumen, se aguarda el tratamiento del proyecto definitivo en sesión plenaria del Congreso[216]. También *Paraguay* y *Venezuela* han aprobado leyes que suplantan el proceso penal tradicional. Posiblemente entren en vigor en 1999[217].

210. Naturalmente el imputado sigue siendo objeto de la coacción pública, en la medida en que debe soportar el proceso penal. A diferencia del proceso inquisitivo en el derecho común, en los códigos procesales modernos se lo reconoce fundamentalmente como un sujeto del proceso dotado de derechos procesales propios (comp. *Roxin*, supra nota 4, pág. 117).

211. Costa Rica, 3.1.; Guatemala, 2.2.

212. Respecto de los proyectos de ley en Bolivia, Chile, Paraguay, Uruguay y Venezuela comp. *Ambos*, ZStW 1998, anterior supra nota 2, 227y ss., *el mismo autor*, Proceso Penal, supra nota 2, págs. 37 y ss.; también Revista de Derecho Procesal, anterior supra nota 2, 560 y ss.

213. Comp. supra nota 5.

214. Bolivia, 3.1.

215. Chile, 3.1.

216. Honduras, 3.1.

217. Paraguay, 3.1. y 3.3.; Venezuela, 3.1.

En los países enumerados, la entrada en vigor de los respectivos códigos fortalece la posición jurídica del imputado. La jurisdicción de la instrucción pasa del juez al Ministerio Público. Esta reforma fortalece el derecho fundamental del imputado de enfrentarse en la etapa del plenario a un juez objetivamente imparcial, ya que el juez entra por primera vez en contacto con la causa en el plenario. También adquiere importancia el principio de inmediación. Hasta ahora las investigaciones estaban a cargo de jueces y en algunos casos un mismo magistrado concentraba la funciones de investigar y de decidir por lo que consideraba redundante un nuevo diligenciamiento de pruebas en el juicio oral, incorporando directamente los medios de prueba aportados durante el sumario. Otra innovación importante es que el órgano responsable de llevar adelante las investigaciones en la etapa sumarial, no puede ordenar por su propia cuenta injerencias en la esfera del imputado protegidas por las garantías constitucionales. Según se establece en las nuevas legislaciones, la fiscalía debe solicitar el diligenciamiento de estas injerencias ante un juez de investigación o garantías, que por lo demás no interviene en las investigaciones.

En los otros países estudiados no se han producido reformas básicas e integrales o éstas aún no han entrado en vigor. Cabe distinguir, sin embargo, entre aquellos países en los que se bloqueó todo intento de reforma (Cuba, México, Perú, Uruguay), y aquellos otros que introdujeron «tibias» reformas parciales (Argentina, Brasil, El Salvador, Colombia).

Cuba no integra el movimiento reformista sobre el que se informa en el presente trabajo[218]. En *México* no cabe aguardar reformas significativas. Al momento de redactarse el presente Resumen, en este país se está discutiendo un anteproyecto de ley que no permite esperar «modificaciones sustanciales» respecto de la actual situación jurídica vigente[219]. En *Perú* ya se ha presentado en 1991 un proyecto de reforma que merece ser calificado de progresista pero cuya entrada en vigor ha sido impedida en reiteradas oportunidades por el Poder Ejecutivo y que a juicio del relator tiene muy escasas posibilidades de ser aprobado (nuevamente) por el parlamento en su actual versión[220]. En *Uruguay,* se sometió en 1995 a consideración del parlamento un proyecto de ley inspirado en el Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica que, no obstante, fue desestimado. En su lugar se aprobó en 1997, y con consenso de todas las fuerzas políticas, una ley que no introdujo mayores cambios al proceso penal lati-

218. Cuba, 3.1.; comp. también Observación previa.

219. México, 3.1.-3.3.

220. Perú, IV. § 4. Respecto de este proyecto ver *Ambos*, Proceso Penal, anterior supra nota 2, págs. 49 y ss.

noamericano tradicional[221]. La Comisión para Derechos Humanos de las Naciones Unidas comunicó al Uruguay con fecha 6.4.1998 que la prisión preventiva obligatoria prevista en dicha ley no se compadece con la presunción de inocencia (Art. 9 IpbpR) y que el juez unipersonal responsable de la instrucción y del plenario no es concordante con el principio de inparcialidad (Art. 14 Nro. 1 IpbpR). Como consecuencia de dicha comunicación el parlamento uruguayo pospuso la entrada en vigor de la ley hasta el 1.2.1999. Al momento de redactar el Informe no se sabía con exactitud si se introducirían modificaciones[222]. Por lo tanto, se descarta hacer una descripción detallada de la situación jurídica en estos países.

El derecho procesal penal de *Argentina* se encuentra en un proceso de reforma «tibia», ya que desde las modificaciones introducidas en 1991, únicamente se ha avanzado a nivel provincial en la puesta en práctica de otros proyectos de reforma[223]. En *Brasil*, hasta el momento sólo se intentaron introducir reformas parciales mediante leyes especiales que buscan moderar la anticonstitucionalidad del derecho procesal penal[224]. En *El Salvador*, un país básicamente progresista, no cabe esperar reformas integrales, luego de la amplia reforma de 1999[225]. El proceso penal *colombiano* fue reformado ampliamente. No obstante, al momento del Informe en el Congreso se está debatiendo sobre un nuevo proyecto de reforma[226]. A continuación se hará referencia específica a estos países en algunos puntos.

3.2. *Correlación de los proyectos con los principios del proceso penal de un Estado de Derecho*

Los proyectos de ley de *Bolivia, Chile, Honduras, Paraguay* y *Venezuela* y las reformas de *Costa Rica* y *Guatemala* merecen en todos los casos un juicio positivo en los respectivos Informes Nacionales. En general coinciden —al menos en su orientación normativa— con las condiciones que la Constitución y los derechos humanos que se exigen de un procedimiento penal[227]. Dado que los mismos ya han sido descritos

221. Respecto de este proyecto véase *Ambos*, ZStW 1998, anterior supra nota 2, 242 y ss.
222. Uruguay, 3.1.
223. Argentina, III.
224. Brasil, 3.b.
225. El Salvador, 3.
226. Colombia, 3.
227. Bolivia, 3.2.; Chile, 3.2.; Honduras, 3.2.; Paraguay, 3.2.; Venezuela, III.3.2.; Costa Rica, 3.2.; Guatemala, 3.2.

exhaustivamente[228], nos limitaremos a señalar que el proceso penal reformado se basa en los principios de publicidad, oralidad, contradicción y continuidad, con importancia medular del principio de inmediación. A cargo del juicio está el juez legal; se prohiben los tribunales de excepción. Se garantiza la imparcialidad (objetiva) y la independencia política del juez que conoce en la causa. También está previsto el derecho de defensa y de ser oído al igual que el principio de presunción de inocencia y las reglas de *ne bis in idem e in dubio pro reo*. Correlativamente, la prisión preventiva deja de ser la regla general y se convierte en la excecpión. Además está sujeta a tiempos máximos. Si durante el diligenciamiento de pruebas se viola la prohibicion de tortura, coacción o violencia física y moral, o si se violenta injustificadamente el domicilio o el secreto de correspondencia del imputado, los medios de prueba obtenidos no pueden ser utilizados como base para determinar la culpabilidad o la inocencia. El sistema de prueba legal forma parte del pasado; en su lugar rige el principio de la libre apreciación de la prueba. Se ha fortalecido claramente la posición del ofendido.

La reforma introducida al derecho procesal penal en *Argentina* constituye una aproximación considerable a los principios constitucionales y de derechos humanos, aunque el Informe también manifiesta críticas justificadas.

En primer lugar se manifiestan reservas respecto de las normas legales sobre *prisión preventiva*. Según el CPP, la prisión preventiva es la regla ante la presunta comisión de un delito amenazado con pena privativa de libertad si el juez estima *prima-facie* que ésta será de cumplimiento efectivo en caso de recaer sentencia condenatoria. Sólo podrá conceder el beneficio de excepción de presión bajo ciertas condiciones. Por lo tanto el nuevo derecho argentino mantiene la prisión preventiva como regla general de la que el juez se aparta sólo en casos excepcionales[229]. Esta sistemática limita considerablemente las garantías constitucionales y convencionales del imputado a la libertad personal y difícilmente sea compatible con la presunción de inocencia.

La ley tampoco ha recortado la posición omnímoda que históricamente ha tenido el juez de instrucción y la posibilidad de la arbitrariedad pública respecto de las *garantías* del imputado. El Informe Nacional de Argentina hace referencia al ejemplo de la intervención telefónica. La reglamentación correspon-

228. Comp. más arriba 1.
229. Argentina, I.4.b. Esta disposición implica que el intento de eludir la justicia o de entorpecer las investigaciones no son considerados motivos de prisión sino sólo razones para denegar la exención de prisión (Art. 316, 317, 319 CPPN).

diente se limita a establecer que una injerencia en el secreto de las telecomunicaciones sólo puede hacerse en virtud de una autorización judicial que explica las razones, y sólo en la casa del imputado. No contiene un catálogo de delitos cuya persecución puede dar lugar a la intervención telefónica ni determinar esos hechos en forma abstracta o genérica. Según los términos de la ley, el juez de instrucción está facultado a ordenar medidas de vigilancia ilimitadas en el tiempo ante la presunción de delito de toda índole y sin consideración de la gravedad del mismo[230]. Se destaca que el principal mecanismo de control previsto para el ejercicio de las facultades de injerencia estatal está constituido por el requisito de autorización judicial previa que intenta garantizar la legalidad de las injerencias. Este mecanismo se diluye prácticamente por completo como salvaguarda (...) ya que el mismo juez que autoriza la injerencia es quien está a cargo del desarrollo de la investigación preliminar (*juez de instrucción*)»[231]. La violación de los preceptos constitucionales y de derechos humanos aparecen como aún más graves en el análisis del conjunto del procedimiento penal argentino, ya que la ley permite introducir en el juicio oral los medios de prueba obtenidos por esa vía, que de este modo se constituyen en la base directa del fallo[232].

Otro déficit de la reforma del proceso penal argentino radica en que para todos los procedimientos correccionales, que hacen a una parte considerable del conjunto de los procedimientos penales, se mantienen *jueces unipersonales,* es decir que un mismo magistrado concentra las funciones de investigar y de decidir. Ya señalamos que este sistema viola el derecho del acusado a ser juzgado por un juez imparcial[233].

Finalmente también resulta problemático el *derecho de recursos* que concede la ley argentina. El *recurso de casación* está sujeto a considerables limitaciones. El recurso contra la sentencia dictada por el tribunal colegiado de primera instancia (pena privativa de libertad o pena pecuniaria) solo procede a partir de un monto mínimo de pena. Si la pena es menor, el recurso no procede. En tal caso, el acusado no cuenta con *ningún* recurso dado que el derecho argentino no prevé la apelación en ese sentido. La Corte Suprema ha reconocido la contradicción con el derecho del imputado de recurrir la sentencia y declaró anticonstitucional la norma correspondiente[234].

Menos problemático resulta el nuevo derecho procesal penal de *El Salvador*. El Informe Nacional sólo menciona las facultades de coordinación

230. Comp. supra nota. 86.
231. Argentina, I.4.e.
232. Argentina, II.c.
233. Argentina, I.4.h.
234. Argentina, II.c.

casi omnímodas del juez de instrucción en el procedimiento preliminar. Estas facultades se contradicen con la Constitución que establece que la investigación del delito está a cargo del Ministerio Público.

La crítica que se formula a la reforma procesal penal *colombiana* está igualmente referida a la etapa de instrucción que pese a la introducción del juicio oral y público sigue siendo el eje central del proceso[235].

> En este caso se abolió la figura del juez de instrucción, excesivamente poderosa que realizaba las investigaciones sin control alguno y la *instrucción* pasó a manos del Ministerio Público. Se critica la facultad del Ministerio Público de realizar injerencias que afectan garantías individuales tales como el derecho a la libertad personal, sin orden previa de un juez de instrucción[236]. En todo caso se informa que existen numerosas razones para recusar al fiscal y que el fiscal a cargo de las investigaciones no puede actuar en la etapa del plenario[237]. Mientras tanto se han introducido otras correcciones que buscan contrarrestar el poder excesivo del Ministerio Público. Un ejemplo es la institución de recursos judiciales contra las decisiones de la Fiscalía[238]. Se critica también que la reforma colombiana ha preservado ciertas características del proceso penal tradicional. El encarcelamiento preventivo sigue siendo la regla y no la excepción, lo que está reñido con los preceptos constitucionales[239].

Finalmente cabe mencionar que en el debate latinoamericano sobre la reforma procesal penal juega un papel importante el control popular al que puedan estar sometidos los jueces. Pese a que de muchas constituciones latinoamericanas se desprende un derecho del imputado a ser juzgado (al menos como opción) por ciudadanos «ordinarios», los legisladores se muestran más bien reticentes a establecer el *juicio por jurados*[240].

> En *Argentina*, el Poder Ejecutivo ha elevado al Congreso un proyecto de ley introduciendo el juicio por jurados. El proyecto otorga a todo imputado el derecho a elegir ser juzgado por un tribunal de jurados una vez concluida la etapa de investigación preliminar y decidido elevar la causa a juicio. En este caso se

235. Colombia, 2.1.
236. Colombia, 2.1. así como 1.1.7.
237. Colombia, 1.3. – De todos modos el Informe de Colombia se caracteriza por su crítica a la fuerte posición del Ministerio Público.
238. «Ley estatutaria de la administración de justicia» (comp. Colombia, 1.4.).
239. Colombia, 1.2. (comp. también supra nota 161).
240. Comp. en este contexto *Aroca/Gómez Colomer*, Comentarios a la Ley del Jurado, Pamplona 1999.

consagra el sistema de *cross-examination*. El juez que conduce el juicio no puede formular preguntas él mismo. La sentencia recae en los jurados y en manos del juez solo queda la determinación de la pena concreta. Al momento de elaborarse el Informe, la ley aún no había entrado en vigor[241]. En *Bolivia* ya se ha introducido el juicio por jurados. Sin embargo, sólo se constituyen para ciertos delitos de catálogo como son los delitos contra la vida[242]. El *Brasil* es el país en el que el sistema de tribunales de jurados («Tribunal do Júri») probablemente es el más antiguo en América Latina. Sin embargo, los jurados no deciden sobre culpabilidad o inocencia del acusado en función de una discusión los hechos sino que deben responder por «sí» o por «no» a un catálogo de preguntas de los hechos puestas por el juez. Esto abre de par en par las puertas de la manipulación[243]. En *Venezuela* existen dos formas de participación de legos, el llamado «Tribunal Mixto», integrado por un juez profesional y dos jueces legos, y el «Tribunal de Jurados» integrado por nueve jurados y un presidente[244].

3.3. *Estructura del procedimiento común y órganos estatales encargados de llevarlo a cabo*

A diferencia del procedimiento tradicional, dividido en dos etapas, el juicio de conocimiento común reformado se subdivide en tres fases, a saber el procedimiento preliminar, el procedimiento intermedio y el procedimiento plenario. Existen variantes entre los diferentes países sobre todo en los procedimientos preliminar e intermedio, en tanto que las normas sobre la etapa del juicio se diferencian muy poco. Una de las diferencias sustanciales radica en que el procedimiento preliminar (instrucción) en algunos países está a cargo del Ministerio Público, en tanto que en otros casos continúa a cargo del juez de instrucción.

3.3.1. *Prevalece la estructura de tres etapas*

Seguidamente se hará hincapié en el desarrollo básicamente homogéneo del procedimiento en aquellos países en los que las investigaciones están a cargo del Ministerio Público. Son ellos *Bolivia, Chile, Costa Rica, Guatemala, Honduras, Paraguay, Venezuela* y la legislación de *El Salvador* con algunas ligeras desviaciones.

241. Argentina, III.
242. Bolivia, 3.2.
243. También se ha expresado en forma crítica Brasil, 2.e.
244. Venezuela, III.3.2.

a) Procedimiento preliminar

En este grupo de países la reforma incluye también la iniciación del procedimiento preliminar. Cobra plena vigencia la regla de *ne procedat iudex ex officio* y el procedimiento preliminar en ningún caso es abierto de oficio por un juez. Las acciones se inician siempre en virtud de una denuncia, en parte también de «investigación por iniciativa propia» de la policía o del Ministerio Público o querella presentada por el ofendido[245]. Si la policía actúa por iniciativa propia, debe informar de las actuaciones dentro de un determinado plazo al fiscal competente[246]. El imputado tiene derecho a ser informado sobre el delito que se le imputa y a la defensa técnica[247]. En *El Salvador*, antes de iniciarse la instrucción, se realizan investigaciones previas y se celebra una «audiencia inicial» en la que el fiscal informa al juez de instrucción que ha iniciado investigaciones contra una cierta persona[248].

La *finalidad* del procedimiento preliminar es determinar si el imputado ha cometido un cierto delito. El Ministerio Público o la policía a cargo de las investigaciones[249] debe considerar por igual circunstancias incriminatorias y exculpatorias[250]. A tal efecto se prevén plazos que bajo ciertas circunstancias, sin embargo, son prorrogables, por ejemplo cuando las investigaciones demuestran ser especialmente difíciles[251]. Los plazos relativamente cortos que se han previsto reflejan la voluntad del legislador de eliminar el tradicional dominio del procedimiento preliminar y desplazar la instancia decisiva a

245. Bolivia, 3.3.1.; Costa Rica, 3.3.1.; El Salvador, 3.2.1.; Guatemala, 3.3.; Paraguay, 3.3.A.; Venezuela, 3.3.1.
246. En Costa Rica la notificación debe hacerse en el término de las seis horas (Costa Rica, 3.3.1.).
247. Costa Rica, 3.3.1.
248. El Salvador, 3.2.1. Esta audiencia inicial debe distinguirse de la audiencia preliminar (El Salvador, 3.2.3.).
249. La relación entre la fiscalía y la policía se desarrolla con arreglo a detalladas reglas. En *Bolivia,* por ejemplo, la policía debe informar dentro de las ocho horas al fiscal acerca de eventuales medidas coercitivas (Bolivia, 3.3.1.).
250. Venezuela, 3.3.1.
251. Bolivia, 3.3.1. (seis meses a contar desde que se tomó por primera vez conocimiento del delito); El Salvador 3.2.2. (seis meses); Guatemala, 3.3. (tres meses, siempre que se hubiera dictado prisión preventiva, de lo contrario seis meses); Paraguay, 3.3.A. (seis meses),

la etapa de juicio. Tal como se destaca en numerosos informes, la reforma concede a las investigaciones sólo un carácter *preparatorio* y puede reflejarse en la acusación, pero no constituirse en el fundamento principal del fallo[252]. Correlativamente en *Bolivia* la etapa del juicio es definida como la «cumbre» del procedimiento. Solo excepcionalmente un medio de prueba puede ser elevado en la etapa preliminar («prueba anticipada»), por ejemplo cuando es conocido de antemano que un testigo no podrá estar presente en el juicio. Esta diligencia, en general, está a cargo de un juez de instrucción denominado «juez de garantía» o «juez de control»[253].

> La denominación de juez de garantía o juez de control se explica a partir del hecho de que este juez también es responsable de ordenar medidas investigativas tales como allanamientos domiciliarios, requisas o intervenciones telefónicas a petición del fiscal. El Fiscal General no podrá ordenar por su propia cuenta estas injerencias en los derechos fundamentales, su legalidad debe ser «garantizada» o «controlada» por un juez[254]. Esto se aplica también a la prisión preventiva. En el informe de *Bolivia* se destaca que el estado de incertidumbre que debía soportar hasta ahora el imputado cuando era detenido por la policía, forma parte del pasado luego de la entrada en vigor de la reforma. Si el fiscal considera que corresponde que continúe la privación de libertad deberá solicitarlo así con un plazo de preclusión de 24 horas ante el juez de instrucción. De lo contrario debe ordenarse la libertad del imputado[255].

A diferencia de los procedimientos preliminares tradicionales a cargo del juez de instrucción, en *Costa Rica* la diligencia de las investigaciones es definida como «actividad creativa, informal y no sujeta a patrones rígidos»[256]. También el Informe de *Venezuela* ve en la ruptura con las metodologías tradicionales, formalizadas, la «llave del éxito» de los esfuerzos renovadores[257]. La intención de la reforma es que la investigación se distinga por su efectividad y no sea considerada un mero procedimiento rutinario.

Se renuncia a un cumplimiento estricto del principio de *legalidad*, conocido del derecho tradicional. El Ministerio Público no sólo puede dictar el

Venezuela, 3.3.1. (a los seis meses de haberse constatado al imputado, éste tiene el derecho de solicitar ante el juez de instrucción que se fije un plazo para la clausura de las investigaciones).

252. Comp. p.ej. El Salvador, 3.2.1.
253. Bolivia, 3.3.1.; Chile, 3.3.; Costa Rica, 3.3.1.; Venezuela, 3.3.1. y 3.3.3.
254. Venezuela, 3.3.1.
255. Bolivia, 3.3.1.
256. Costa Rica, 3.3.1.
257. Venezuela, 3.3.1.

sobreseimiento de una causa, cuando las investigaciones hacen aparecer como poco probable una condena en el juicio. Bajo ciertas condiciones también se le concede la posibilidad de suspender las actuaciones preliminares por razones de oportunidad[258]. Además, el nuevo derecho prevé bajo ciertas condiciones otras soluciones alternativas como por ejemplo el juzgamiento en *procedimiento abreviado*, la *suspensión condicional* o bien la *conciliación/composición autor-víctima*[259]. En algunos casos también está prevista la posibilidad de un *archivo fiscal*, cuando las investigaciones no permiten hacer afirmaciones claras sobre la comisión delictiva por parte del imputado. En caso de conocerse nuevas circunstancias, relevantes para los hechos, el procedimiento preliminar puede ser reabierto[260]. En el Informe de *Chile* se hace notar, sin embargo, que una suspensión condicional es considerada automáticamente definitiva una vez transcurridos seis meses (salvo en el caso de delitos particularmente graves)[261].

Si el fiscal no solicita ninguna de las alternativas descritas y del resultado de las investigaciones surge motivo suficiente, el Ministerio Público formula la acusación[262]. De este modo concluye el procedimiento preliminar y al mismo tiempo se solicita la apertura del juicio[263]. En cambio, y según se desprende de los Informes, en caso de dictarse un auto de suspensión[264], la víctima puede recurrir el misma[265].

b) Procedimientos intermedios

Con la formulación de la acusación, el procedimiento pasa a una etapa intermedia no pública[266]. Su eje central es una audiencia preliminar de las

258. Bolivia, 3.3.1.; Honduras, 3.3.
259. Estos tipos de proceso deben solicitarse ante jueces que pueden ser jueces no actuantes (Honduras, 3.3.; Paraguay, 3.3.A.) o ante el juez de instrucción, que fija una «audiencia preparatoria» de las partes (Bolivia, 3.3.1.; Chile, 3.3.).
260. Venezuela, 3.3.1.
261. Chile, 3.3.
262. En *Honduras,* al culminar la etapa de instrucción, el fiscal formula un requerimiento para apertura del juicio oral. De acuerdo con el Informe Nacional, la acusación recién es formalizada en la etapa intermedia (Honduras, 3.3.).
263. Costa Rica, 3.3.1.; Paraguay, 3.3.A.
264. En el Informe Nacional de *El Salvador* se hace constar que el archivo de una causa no significa la extinción de la acción penal (3.2.1.).
265. El Salvador, 3.2.1.; Venezuela, 3.3.1.
266. Venezuela, 3.3.2.

partes, en las que pueden formularse proposiciones de prueba, objeciones contra medidas coercitivas dictadas, así como solicitudes de ejecución de uno de los procedimientos especiales nombrados anteriormente. La víctima puede adherirse a la acción publica iniciada como parte accesoria o presentar una acción privada[267].

En el procedimiento intermedio, la decisión del Ministerio Público es llevada a un control por parte de un juez. Se verifica el sustento de la acusación y en su caso se dicta un «auto de apertura a juicio». En el mismo se establecen las modificatorias con las que se admite la acusación[268]. En la medida en que los Informes Nacionales han hecho referencia a este punto, el procedimiento intermedio no es conducido por el juez o tribunal del plenario. En *Guatemala* y en *Venezuela* está a cargo de la etapa intermedia el juez de instrucción[269]. En *Costa Rica*, el procedimiento intermedio está a cargo de un juez que no conoce ni en la instrucción ni en el juicio[270].

c) Procedimiento principal

Al comienzo del procedimiento principal se fijan en una etapa preparatoria entre otros puntos, la fecha para el juicio oral y la integración del tribunal. A diferencia del procedimiento penal tradicional, que en principio se realizaba en forma escrita y secreta, y en donde el juez en la mayoría de los casos no veía al imputado una sola vez, prevalece ahora un juicio oral y público, continuo y contradictorio. Se realiza con presencia permanente de todas las partes que intervienen en el procedimiento[271].

Luego de la apertura de la sesión, lectura de la acusación[272] y testimonio del imputado, sigue como eje central del juicio el examen de pruebas. En este caso, el legislador que ha impulsado la reforma parece haber transitado un camino intermedio entre el modelo adversatorio de origen angloamericano y el modelo de la instrucción más bien de origen europeo continental. Por un lado, las partes siguen teniendo un rol gravitante en la medida en que pueden indagar a los imputados y a los testigos aun ante el tribunal sentenciador en forma autónoma («interrogatorio directo») recolectando de este modo importante material de prueba[273]. Por otro lado, el juez también puede ordenar exámenes de prueba *de oficio* para investigar la verdad[274]. Ante el marco referencial del procedimiento tradicional cabe destacar una vez más que básicamente todas las pruebas deben ser aportadas durante el juicio mismo. Sólo excepcionalmente puede introducirse una prueba obtenida durante la instrucción en forma directa en el juicio, por ejemplo mediante su lectura[275].

El imputado puede prestar declaración sobre los hechos, pero no está obligado a hacerlo[276]. La víctima también puede declarar sobre el fondo del asunto cuando no se constituye como querellante[277]. Una vez concluida la etapa de recibimiento de pruebas, las partes presentan sus conclusiones finales. El imputado recibe como último la palabra[278].

Inmediatamente después del juicio oral, el tribunal se retira para deliberar y al regresar procede a leer al menos la parte dipositiva de la *sentencia.* La lectura de los fundamentos puede diferirse por un determinado plazo[279]. En *Venezuela* existe la particularidad de que la apreciación jurídica así como la medida de la pena quedan reservadas al presidente del tribunal[280].

En *Costa Rica* y *Paraguay*, el juicio puede dividirse en dos partes, si así se solicita. En la primera parte se constata en el marco de un auto interlocutorio la culpabilidad, en tanto que en la segunda parte se procede a establecer la medida de la pena. En *Honduras* se procede de esta manera por regla general[281]. El fin que se persigue dividiendo en dos partes el juicio oral es generar mejores posibilidades de defensa y una mayor protección del imputado. Se intenta evitar que una decisión de tanta importancia como es la medida de

267. Venezuela, 3.3.2.
268. Bolivia, 3.3.2.; Costa Rica, 3.3.1.; El Salvador, 3.2.3.; Paraguay, 3.3.A.; Venezuela, 3.3.2.
269. Guatemala, 3.3.; Venezuela, 3.3.2.
270. Costa Rica, 3.3.2. y 3.7.
271. Comp p.ej. Bolivia, 3.3.2.; Paraguay, 3.3.C. En *Venezuela,* el imputado que se niega a seguir asistiendo al juicio oral puede ser conducido a una sala contigua. En tal caso basta la presencia de su defensor (3.3.3.).
272. En *Venezuela* en este momento del juicio se da lectura a los argumentos del defensor (3.3.3.).
273. Del Informe Nacional de *El Salvador* se desprende que el imputado es interrogado primero por el fiscal, así como por un eventual actor civil, luego por el defensor y finalmente por el tribunal (3.2.4.).
274. Venezuela, 3.3.3.
275. Al momento de confeccionar este informe, el Congreso *chileno* se encuentra inmerso en un fuerte debate sobre la posibilidad o no de permitir este tipo de excepciones (3.3.).
276. Chile, 3.3.
277. El Salvador, 3.2.4.; Venezuela, 3.3.3.
278. Chile, 3.3.; El Salvador, 3.2.4.
279. Chile, 3.3.; Paraguay, 3.3.C.; Venezuela, 3.3.3.
280. Venezuela, 3.3.3.
281. Costa Rica, 3.3.2.; Honduras, 3.3.; Paraguay, 3.3.C.

la pena sea sentida como un mero problema de números al final de procedimiento y fijada eventualmente en forma arbitraria[282].

El desarrollo de todo el juicio y, en particular, el cumplimiento de las normas procesales quedan documentados en un acta[283], al que puede recurrirse en una eventual instancia de recurso. En todos los países del citado grupo están previstos suficientes recursos contra la sentencia. Cabe destacar tan solo una diferencia importante respecto del derecho tradicional chileno: la instancia del recurso ya no puede ser abierta de oficio, sino sólo a pedido de una de las partes[284].

3.3.2. *Otros modelos*

Existen otros países en los que el desarrollo del procedimiento se diferencia del descrito precedentemente y en los que (en parte) las actuaciones preliminares no están a cargo del Ministerio Público.

El proceso penal federal *argentino* ocupa una posición intermedia entre el derecho tradicional y el derecho reformado. Se observan ciertas coincidencias pero también considerables desvíos respecto del grupo de países progresistas descrito arriba. En el marco de la reforma, la instrucción no fue derivada al Ministerio Público y continúa a cargo del juez de instrucción, que, sin embargo, ya no puede iniciarlo *de oficio*. No hay diferencia respecto del derecho de los países descritos arriba en lo referido a los posibles actos de iniciación.

> Si se formula una *denuncia*, el fiscal debe examinarla dentro de las 24 horas y, dado el caso, solicitar al juez de instrucción iniciar la instrucción. La ley establece que el juez no puede iniciar por propia cuenta la instrucción, sino que se requiere de un requerimiento fiscal de instrucción. La instrucción debe limitarse a los hechos presentados en el requerimiento fiscal. En consecuencia, el principio acusatorio rige en el derecho procesal penal argentino no sólo para el juicio sino también para la instrucción. Dado que el derecho procesal argentino reformado no contempla el principio de oportunidad, el fiscal no puede dejar de presentar el requerimiento, aun si a su juicio no existe perspectiva de una condena por parte del tribunal de juicio. Por lo demás y a diferencia del derecho

282. Paraguay, 3.3.C.
283. Comp. p.ej. Honduras, 3.3.
284. Chile, 3.3. (ver también supra nota 141).

reformado del grupo de países descrito anteriormente, la instrucción es de neto corte inquisitivo, «formalizada y burocrática»[285].

Una particularidad de la investigación preliminar consiste en que el juez de instrucción puede decidir si la dirección de la investigación queda a cargo del agente fiscal o si la asume él mismo. De todos modos, la facultad delegatoria no es ilimitada, dado que la ley ha interpuesto una serie de requisitos judiciales Medidas especialmente graves como por ejemplo el allanamiento domiciliario u otras medidas coercitivas, exigen una orden previa del juez. En este caso prevalece el principio del juez instructor.

Cuando en función de los conocimientos obtenidos en las actuaciones hay motivo suficiente para *sospechar* que una persona ha participado en la comisión de un delito, el juez procede a interrogarla[286]. La indagatoria constituye un punto de inflexión importante en el desarrollo de la investigación preliminar porque a partir de ese momento el imputado y su defensor tienen acceso al expediente. La primera indagatoria a cargo del juez marca también la iniciación de ciertos plazos. La investigación, por ejemplo, debe quedar clausurada dentro de los cuatro meses a contar de la indagatoria[287]. La ley argentina concede así mayor importancia[288].

Además, una vez concluida la indagatoria, el juez debe decidir dentro de los diez días si dicta el sobreseimiento en la causa o el procesamiento del imputado. El auto de procesamiento no es similar al auto de apertura, tal cual fuera mencionado en el grupo de países tratados anteriormente, dado que no implica la apertura del procedimiento principal; se trata simplemente de una etapa previa o condición para el auto de elevación a juicio. El auto de procesamiento sólo determina la persecución formal del imputado, es decir el juez de instrucción declara formalmente que un cierto imputado podría llegar a ser a su juicio el autor del delito (inculpación). El objeto del proceso se establece de hecho y de derecho. Mientras que para iniciar la etapa de investigación preliminar basta la mera *posibilidad* de la autoría del imputado, un auto de procesamiento sólo puede ser dictado si la misma aparece ahora como *probable*. Correspondientemente, y cuando se trata de un delito no excarcelable, junto con el auto de procesamiento en general se dicta también el auto de prisión preventiva.

285. Argentina, II.c. Señalamos ya que a diferencia de otros países latinoamericanos, Argentina solo ha abandonado «a medias» el derecho tradicional (comp. más arriba 3.1., supra nota 225).
286. A diferencia del derecho tradicional, el derecho *argentino* reformado asume que el imputado ya no es solo un objeto del proceso sino ante todo también un sujeto procesal. El objeto de la indagatoria del imputado en la etapa de instrucción, al igual que sus declaraciones en el juicio oral, ya no es el diligenciamiento de pruebas sino ejercer su derecho de defensa.
287. Si el juez de instrucción juzga insuficiente el plazo, puede solicitar en la instancia de apelación una prolongación del plazo de hasta dos meses más.
288. Comp. supra nota 252.

Una vez terminadas las investigaciones, el fiscal puede solicitar el sobreseimiento o la *apertura* del procedimiento principal mediante el dictado de un requerimiento de elevación a juicio. Si el Ministerio Público ha solicitado el sobreseimiento, el juez lo cita si está de acuerdo con el requerido. De lo contrario debe dar intervención a la Cámara de Apelaciones. Si ésta entiende que corresponde elevar la causa a juicio, aparta al fiscal interviniente e instruye a actuar en tal sentido a otro fiscal. No sorprende que en la literatura argentina, esta norma es criticada como violación al principio acusatorio[289].

Luego de una fase de actos preliminares se inicia el juicio oral que es el eje central del procedimiento penal, al menos según la intención del legislador. La reforma del derecho procesal penal argentino introdujo los principios de oralidad, publicidad y continuidad. Dirige el debate, sobre el que debe confeccionarse un acta, el presidente del tribunal. Sin embargo, la implementación de la reforma solo ha sido parcialmente exitosa en lo que se refiere al juicio oral. Si bien se realizan juicios orales, el eje del procedimiento continúa siendo la etapa preliminar, donde en general se fija el desenlace del procedimiento. También en la etapa del plenario se manifiestan *desvíos* respecto del grupo de países homogéneos tratado más arriba. Por un lado, al comienzo de la etapa del plenario solo se da lectura al requerimiento de apertura de juicio del fiscal; no se formula hasta ese momento una acusación[290]. El examen de pruebas tiene básicamente carácter de instrucción. Rige el principio de la investigación de oficio. Si en el transcurso del juicio oral se conocen nuevas pruebas que hacen a los hechos, el tribunal puede ordenar el examen de oficio. El juicio oral termina con la discusión final en la que se concede la palabra al ministerio fiscal, a la defensa y por último al imputado. Tras la clausura del debate el tribunal se retira a deliberar. Redactada la sentencia, el tribunal se constituye nuevamente en la sala y procede a leer la misma. En la sentencia, el tribunal puede dar al hecho una calificación jurídica distinta a la contenida en el requerimiento del fiscal. Dado que no debe advertir previamente de ello al imputado sobre esta posibilidad, existe el peligro de que se vea afectado el derecho de defensa de imputado[291]. La ley no prevé suficientes posibilidades de recurrir el fallo, aunque la jurisprudencia ya ha introducido las correcciones necesarias[292].

289. *Cafferata,* anterior supra nota 206, págs. 78 y s.

290. La lectura no está a cargo del fiscal sino del oficial de justicia. Esta particularidad puede obedecer a dos razones. Por un lado el fiscal de instrucción que ha redactado el requerimiento de elevación a juicio no está presente en el juicio. El fiscal (del juicio oral) tampoco es el representante en la sesión del fiscal de instrucción sino un fiscal exclusivamente competente para la etapa de juzgamiento. Por otro lado, el Código Procesal Penal argentino no considera el requerimiento de elevación a juicio como «acusación» del fiscal. A diferencia de los países descritos más arriba, en los que la fiscalía está a cargo de la instrucción, en el caso de Argentina, la acusación recién se eleva en el marco de la discusión final, es decir luego del recibimiento de pruebas. La disposición correspondiente habla de *requerimiento fiscal* y la *acusación* solo se menciona más adelante en relación con el informe final de la fiscalía.

El procedimiento común de cognición *colombiano* consiste sólo de dos etapas, que son la investigación preliminar y el procedimiento principal. No está previsto un procedimiento intermedio. Si al iniciarse la instrucción se conoce muy poco acerca del delito, la investigación puede ser dividida en dos fases, las investigaciones preliminares y la investigación propiamente dicha que se llama la instrucción.

La ley no prevé un juez de instrucción con funciones de control y concede al Ministerio Público amplias facultades investigativas, cuyo alcance ha generado controversia en Colombia; en cualquier caso el juez que conoce en la causa, una vez concluida la instrucción y elevadas las actuaciones, verifica si las investigaciones se realizaron conforme con la ley o si el procedimiento debe declararse nulo por violación al principio del proceso justo. Al igual que en el derecho tradicional, en el centro de la investigación está la indagatoria del imputado, que sirve tanto a la defensa del imputado como a la práctica de pruebas. Sin embargo, en la indagatoria solo puede formular preguntas al imputado el fiscal y no el defensor. El defensor se limita a objetar las preguntas que considera improcedentes. La investigación concluye con la llamada fase de calificación, en la que se da vista a los medios de prueba disponibles, decidiéndose si y por qué delito se formulará la acusación.

Este modelo merece críticas sobre todo por la forma y el modo en el que se desarrolla la etapa del plenario. En lugar de la oralidad y de un juicio contradictorio se aplica un sistema rígido con carácter casi ritual. La posición del juez en el recibimiento de pruebas se orienta por el modelo europeo continental; el juez está obligado a practicar las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad[293].

Tampoco el procedimiento de cognición *cubano* forma parte del grupo homogéneo de los códigos procesales precedentemente tratados. Consta de un procedimiento preliminar, de una etapa intermedia y de un procedimiento principal. Pero el procedimiento previo en general está a cargo de un instructor de la policía o de Seguridad del Estado o eventualmente puede ser realizado directamente por el Ministerio Público. El Ministerio Público «puede controlar y supervisar» a estos órganos. Asimismo, ciertas medidas sólo pueden

291. Argentina, II.c.

292. Comp. supra nota 234.

293. Colombia, 2.1.

adoptarse por orden del Ministerio Público, de modo que esencialmente cumple la función que en otros países ocupa el juez de instrucción[294]. La defensa tiene el derecho a ofrecer pruebas y estar presente cuando se realizan ciertas medidas investigativas, aunque en la práctica hace muy poco uso de este derecho[295]. En el procedimiento intermedio, el Ministerio Público examina si las investigaciones fueron completas y eleva la causa a juicio o dispone la suspensión del procedimiento. Si el ministerio fiscal estima que las investigaciones no están completas eleva a la instrucción la solicitud de diligenciar las medidas necesarias. En cuanto al procedimiento principal no se constatan diferencias sustanciales respecto de los países mencionados hasta el momento.

3.4. Procedimientos especiales. Soluciones alternativas al sistema penal

Ante la elevada tasa de criminalidad[296] que se observa en América Latina, el legislador se ve obligado por razones económicas a ofrecer a los usuarios del derecho procedimientos simplificados y soluciones alternativas[297]. Entre las principales soluciones alternativas introducidas por la reforma figuran el procedimiento abreviado y la conciliación/composición autor-víctima. También cumplen un rol significativo la suspensión condicional y la introducción del principio de oportunidad, al que ya hemos hecho referencia[298]. En la mayoría de los países existen normas sobre otros procedimientos especiales.

Un *procedimiento abreviado* puede ser iniciado, si el fiscal (y eventualmente el querellante accesorio) así lo solicitan y el imputado y su defensor están de acuerdo. Otra condición es que el hecho solo puede estar amenazado con una cierta pena máxima privativa de libertad[299]. El juez puede rechazar esta petición cuando considera apropiado el procedimiento común o cuando la víctima rechaza fundadamente la aplicación del procedimiento

294. Cuba, I.2.2.

295. Cuba, I.

296. Comp. *Ambos*, Die Bedrohung Lateinamerikas durch Kriminalität, en: W. Wagner/M. Gräfin Dönhoff/L. Hoffmann/K. Kaiser/W. Link/H.W.Maull (eds.), Jahrbuch Internationale Politik 1995/96, Munich 1998, págs. 316 y ss.

297. En tal sentido: Paraguay, 3.4.

298. Comp. más arriba 3.3.

299. Bolivia, 3.4.1. (5 años); Chile, 3.4. (5 años); Guatemala, 3.4. (5 años); Paraguay, 3.4.B. (5 años); Venezuela, 3.4. (4 años, a menos que el imputado fuera sorprendido *en flagrancia*).

abreviado[300]. En este caso se ejecuta el procedimiento común. La base del procedimiento abreviado es el acuerdo entre el fiscal y el imputado de que este último confiesa el hecho y que a cambio se prescinde de llevar adelante el procedimiento principal. Se investiga en forma directa en virtud de la prueba recolectada en el procedimiento de investigación preliminar[301]. Ya que esta mecánica acota derechos procesales esenciales del imputado es importante que el imputado haya accedido en forma voluntaria y sin medidas de coacción[302]. La principal ventaja para el imputado es que la pena no puede ser superior a la solicitada originalmente por el Ministerio Fiscal[303].

Para determinados delitos está previsto la posibilidad de una conciliación autor-víctima. En estos casos se archiva la causa, cuando el imputado ha reparado debidamente el daño infligido al ofendido[304]. También en este caso es necesario garantizar que todos los participantes se hayan decidido en forma voluntaria y sin coacción a favor de este procedimiento[305]. La víctima puede exigir este procedimiento en los casos previstos incluso si no ha tenido otra intervención en el procedimiento[306]. Cuando se trata de un delito de acción privada la conciliación autor-víctima puede ser obligatoria[307]. Un procedimiento consensual de este tipo fue introducido también por una de las numerosas reformas parciales *brasileñas* (Lei 9099/95). Según esta ley, en casos de delitos penales amenazados con penas de prisión inferiores a un año, también puede procederse, *inter alia*, a una conciliación autor-víctima luego de la constatación policial provisoria de los hechos en audiencia única[308].

El procedimiento puede ser *suspendido* provisoriamente a pedido del Ministerio Público, si es de esperar que en el juicio no se dictará prisión o si se trata de un delito que goza del beneficio de la libertad condicional. Por lo tanto se trata de una suerte de suspensión anticipada de la pena[309]. También para ello es condición que el delito solo esté amenazado por un monto máxi-

300. Bolivia, 3.4.1. En Costa Rica, la víctima al menos debe ser oída (Costa Rica, 3.4.1.).

301. Chile, 3.4.; Costa Rica, 3.4.1.; Guatemala, 3.4.

302. Paraguay, 3.4.B.

303. Paraguay, 3.4.B.

304. Chile, 3.4. Respecto de los diferentes tipos de reparación, comp. el Informe de El Salvador, 3.3.1.2.

305. Costa Rica, 3.4.1. Se informa que este procedimiento en la práctica no ha tenido muy buena acogida (3.4.8.).

306. Bolivia, 3.4.3

307. Bolivia, 3.4.4.

308. Comp. en detalle Brasil, 2.h.

309. Tal el Informe de Venezuela, 3.4.

mo de pena[310]. Además es necesario que el imputado no presente antecedentes penales[311]. El inculpado debe admitir el delito que se le imputa y someterse por un cierto «período de prueba», entre dos y cinco años, a determinadas condiciones judiciales[312]. Si el imputado cumple con las condiciones establecidas durante el período fijado, queda consumida la acción penal[313].

También los «restantes» sistemas conocen procedimientos especiales

> Pese a no estar originalmente prevista en la reforma *argentina*, con posterioridad a su sanción, se ha introducido la llamada instrucción sumaria. En casos particularmente sencillos, como cuando una persona ha sido sorprendida *en flagrancia* de un delito de acción pública y el juez considera *prima facie* que no procede la prisión preventiva, la investigación queda directamente a cargo del fiscal, sin que el juez de instrucción[314] tenga la posibilidad de optar entre delegar o retener la investigación[315]. Con posterioridad a la sanción de la reforma, también se introdujo un procedimiento abreviado[316].
>
> El derecho *colombiano* también prevé procedimientos especiales, aunque el legislador persigue un objetivo diferente. Pueden ser aplicados en el caso de delitos de drogas o en casos de terrorismo con el propósito de otorgar al usuario del derecho más seguridad personal, pero no para acelerar el procedimiento[317].
>
> En el Informe Nacional de *Cuba* también se hace referencia a un procedimiento abreviado. Es admisible cuando el criminal fue sorprendido en flagrancia y confiesa el delito que ha cometido según indican todas las evidencias. Debe tratarse de un delito amenazado con pena de prisión entre uno y ocho años. La aceleración del proceso reside en que las investigaciones tienen que estar concluidas en el término de 72 horas y en el juicio oral básicamente no hay recibimiento de prueba. No se hace referencia a la necesidad de que el imputado preste su consentimiento[318].

3.5. *Participación del ofendido en el procedimiento*

En el marco de la reforma, la posición de la víctima en el proceso penal se vio considerablemente fortalecida respecto del derecho tradicional. En el

310. Chile, 3.4. (cinco años); El Salvador, 3.3.1.2. (3 años); Guatemala, 3.4. (5 años).
311. Costa Rica, 3.4.8.
312. Comp. el extenso listado en el Informe de El Salvador, 3.3.1.2.
313. Chile, 3.4.
314. Comp. más arriba 3.3.
315. Comp. art. 353bis y . 353° CPPN.
316. Argentina, III.
317. Colombia, 2.2.
318. Cuba, 2.3.

pasado, el ofendido como querellante exclusivo tenía derechos muy limitados, y como querellante adhesivo[319] prácticamente ninguno[320]. Ahora, en cambio, le asisten amplios derechos de participación, aun cuando no se constituye como querellante exclusivo ni adhesivo.

El ofendido puede proceder contra la decisión de dar por concluidas las actuaciones, aun cuando no haya tenido ninguna otra participación activa a lo largo de todo el procedimiento. Tiene derecho a ser informado por el Ministerio Público acerca de sus derechos y por el juez acerca del resultado del proceso. Puede interponer recursos contra un fallo de inocencia. Eventuales soluciones alternativas sólo pueden ser introducidas una vez oído el ofendido[321]. Cuando no dispone de los necesario recursos para una participación propia en el procedimiento puede recurrir a la ayuda de organizaciones sin fines de lucro, si existe el peligro de que el proceso incremente los daños causados o si eso aparece como lo más indicado para una defensa más efectiva de sus intereses[322]. Además, la víctima tiene la posibilidad de hacer valer el daño ocasionado por la vía del derecho civil[323].

En general se sostiene un *concepto de víctima* amplio. La víctima no es solo la persona directamente perjudicada: en caso de muerte de la víctima, sus derechos pasan al cónyuge, pareja o parientes cercanos. Si la perjudicada es una persona jurídica y el autor una persona a cargo de su dirección, administración o control, les asisten ciertos derechos a los integrantes de dicha persona jurídica.

3.6. *Ejecución penal*

En la medida en que fue considerado el derecho de ejecución penal en el marco de la reforma, se aprecia un cierto *desplazamiento de las compe-*

319. El Informe de *Guatemala* detalla los derechos del querellante accesorio. Se hace referencia a que en ciertas condiciones, la fiscalía puede desistir en casos que no sean de acción privada a la persecución penal y delegarla en el ofendido (3.5.).
320. Paraguay, 3.5. En el Informe de Venezuela se señala que hasta ahora la víctima ha venido siendo una figura absolutamente marginal (Venezuela, 3.5.).
321. Bolivia, 3.5.; Chile, 3.5; Costa Rica, 3.5.; El Salvador, 3.4.; Guatemala, 3.5.; Honduras, 3.5.; Paraguay, 3.5. En *Costa Rica* se editó una publicación informativa que alecciona a la víctima acerca de sus derechos (*op.cit.)* También Informes de otros países que no fueron incluidos más arriba (3.1.) en el grupo de los países particularmente progresistas, señalan un cierto fortalecimiento de los derechos de la víctima (México, 3.5.).
322. Bolivia, 3.5.
323. Costa Rica, 3.5.

tencias desde las autoridades administrativas[324] hacia los tribunales. Mientras que con anterioridad a la reforma la ejecución de la pena estaba básicamente a cargo de las autoridades administrativas —con graves consecuencias para los afectados[325]— en la actualidad el control de los derechos del condenado está fundamentalmente a cargo del juez. Según lo establece el derecho *chileno* y *cubano,* el condenado puede presentar quejas contra el sistema penitenciario directamente ante el juez que lo ha condenado[326]. La legislación de la mayoría de los otros países prevé *jueces de ejecución penal*[327] o también instancias de control integradas en parte por jueces[328].

> En el Informe de *Costa Rica* se plantea exhaustivamente las competencias que posee el juez de ejecución de la pena. Les corresponde especialmente mantener, sustituir o hacer cesar la pena dictada por el tribunal de juicio o el centro de reclusión previsto. Por otra parte debe visitar los centros de reclusión por lo menos una vez cada seis meses con el fin de constatar la situación real de los internos y si respetan los derechos fundamentales y penitenciarios[329].

No obstante se hace referencia a que las normas correspondientes no se han implementado en forma insuficiente, sobre todo por razones económicas[330]. Del Informe de *Uruguay* surge, además, la preocupación de que en las cárceles se encuentran recluidos sobre todo presos procesados, para los que no rige el nuevo régimen de ejecución penal[331].

3.7. Organización judicial y del Ministerio Público

Entre las modificaciones más importantes introducidas al derecho procesal penal de *Bolivia, Chile, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Paraguay* y *Venezuela* figura por un lado la transferencia del dominio de

324. Comp. 2.4.
325. Comp. Paraguay, 3.6.
326. Chile, 3.6.; Cuba, 2.4.
327. Argentina, II.d.; Bolivia, 3.6.; Costa Rica, 3.3.5.; Guatemala, 3.6.; Honduras, 3.6.; Colombia, 2.3.; Paraguay, 3.6.; Uruguay, 3.6.; Venezuela, 3.6. Por el contrario no se registran cambios en el caso del Perú (IV § 7).
328. El Salvador, 3.5.
329. Costa Rica, 3.3.5.
330. El Salvador, 3.5.; Guatemala, 3.6.; Venezuela, 3.6.
331. Uruguay, 3.6.

las investigaciones preliminares del juez de instrucción al Ministerio Público[332], así como la institución de la figura del juez instructor[333], y por el otro la introducción del juicio oral y público. En algunos países está prevista la participación de jurados en el juicio[334]. La organización y estructura del Poder Judicial y del Ministerio Público está regulada en leyes especiales *(Ley Orgánica del Poder Judicial o la Ley Orgánica del Ministerio Público).*

En lo que se refiere a los jueces a cargo del juicio y los procedimientos de recurso, al menos funcionalmente se puede recurrir al régimen judicial tradicional[335]. La máxima instancia sigue siendo la Corte Suprema, en el peldaño inferior se ubican losTribunales de Casación seguidos por último por los juzgados de primera instancia. Según la importancia tradicional del juicio y la posición central del juicio oral, está previsto la creación de Tribunales de Sentencia, cuya integración en parte depende de la gravedad del delito[336].

En especial las modificaciones introducidas al procedimiento preliminar exigen una reorganización fundamental del sistema judicial y del Ministerio Público. El Ministerio Público debe realizar con ayuda de la policía a su cargo las investigaciones y cumplir las tareas administrativas correspondientes, que con anterioridad estaban a cargo del juez de instrucción. En la nueva legislación, la función del juez se limita en la investigación preliminar a decidir acerca de hechos que le someten las partes. Para la percepción de esta tarea es necesario facilitar los jueces o tribunales de instrucción correspondientes[337].

En el momento de realizar el Informe, los respectivos preparativos legislativos y prácticos en los diferentes países en una primera etapa[338]. Sin embargo, de la constitución de los órganos necesarios dependerá básicamente si (y en qué plazo) podrá ser implementado con cierto éxito el nuevo derecho.

332. Comp. respecto de su posición más arriba 1.1.4.
333. Comp al respecto más arriba 3.3.
334. Bolivia, 3.7.; El Salvador, 3.5.; Venezuela, 3.7.
335. Paraguay, 3.7.
336. Tal el caso de *Costa Rica* (tribunal colegiado compuesto por tres jueces en el caso de una pena privativa superior a los cinco años, de lo contrario juez unipersonal, 3.7.), en *Paraguay* (tribunal compuesto por tres jueces en caso de que quepa esperar una pena privativa de libertad de más de dos años, de lo contrario juez unipersonal, 3.7.) o en *Venezuela* (tribunal colegiado en el caso de que deba esperarse una pena privativa de libertad de más de cuatro años, de lo contrario juez unipersonal, 3.7.).
337. Previstos en Chile (3.7.). y Venezuela (3.7.).
338. Bolivia, 3.7.; Chile, 3.7.; El Salvador, 3.5.; Uruguay, 3.7.

OBSERVACIÓN FINAL

Si tomamos como referencia para una evaluación cualitativa de los modelos procesales penales descritos, su compatibilidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos citados[339], así como las constituciones nacionales, podemos hacer una primera clasificación de los países en tres grupos.

> En la asignación cualitativa de un Código Procesal Penal en uno de estos grupos en el marco de un Resumen Comparativo, es necesario considerar diferentes factores individuales. Por consiguiente, la clasificación tiene que basarse en la impresión general que resulta de la descripción del respectivo procedimiento y nunca podrá ser totalmente objetiva. Dos aspectos aportan, sin embargo, un parámetro verificable. Por un lado cabe asignar especial importancia a la *imparcialidad* del tribunal de juicio[340] porque se trata de uno de los principales problemas del derecho procesal tradicional. *Eberhard Schmidt* calificó a esta problemática de «cuestión cardinal» de la discusión sobre la reforma europea del siglo XIX[341]. No podrá afirmarse que ha abandonado el tradicional proceso inquisitivo un país en el que aún juzga en la mayoría de los casos el juez que tuvo a su cargo la investigación preliminar o que ha formulado la acusación. Tampoco se ha dejado necesariamente atrás el proceso inquisitivo solo porque en el procedimiento preliminar y en la etapa de juzgamiento intervienen jueces diferentes. Será necesario examinar, además, si en la práctica efectivamente se aplica el juicio oral y público para el ofrecimiento y la práctica de pruebas.

Aparecen como particularmente *atrasados* aquellos países en los que hasta el momento de elaborarse el Informe no se habían implementado reformas significativas en dirección al Estado de derecho y que permanecen enraizados en el proceso inquisitivo tradicional español. Forman parte de este grupo *Bolivia*, *Chile, Honduras, México, Paraguay, Uruguay* y *Venezuela.* Una parte de estos países, sin embargo, se separará de este grupo en un plazo no muy largo para sustituir el derecho tradicional por sistemas procesales de Estado de derecho[342].

339. Comp. anterior supra nota 8.
340. Comp. anterior supra nota 1.3.
341. *Eb. Schmidt*, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz. Parte I, 2ª ed. Göttingen 1964, nro. marginal 347.
342. Comp. 3.1.

El *medio campo* lo forman aquellos países que si bien han introducido una reforma básica, sobre todo han producido una separación entre el órgano de instrucción y el órgano de enjuiciamiento, así como el juicio oral y público, pero que aún dejan traslucir las estructuras tradicionales del proceso inquisitivo en ciertos ámbitos. Forman parte de este grupo *Argentina*[343], *Brasil* y *Perú,* en cierto modo también *El Salvador* y *Colombia*.

> En el Informe Nacional de *Argentina se hace referencia* a la neta posición de poder del juez de instrucción que tiene el dominio sobre la etapa de investigación preliminar. Siguiendo el ejemplo del inquisidor de otros tiempos, interfiere en forma arbitraria y sin control en los derechos fundamentales del imputado, para el diligenciamiento de pruebas. Es un circunstancia particularmente grave porque la investigación preliminar tiene gran importancia para todo el procedimiento y el resultado del proceso en general se decide ya en esta etapa[344]. En *Brasil* el actual derecho procesal penal está marcado por la contradicción entre la Constitución vigente desde 1988 y la ley procesal penal y la práctica procesal[345]. En *El Salvador* parece no haberse abandonado todavía por completo el modelo tradicional[346]. En *Perú* existe desde 1991 un proyecto de ley que intenta romper con las antiguas estructuras. Sin embargo no se espera su entrada en vigor inmediata[347]. Siguiendo la clasificación propuesta, *Colombia* también debería incluirse en el medio campo, aun cuando por motivos totalmente opuestos. Si bien se abolió el juez de instrucción dotado de excesivo poder y sin estar sujeto a ningún tipo de control, a juicio de las referencias hechas en el Informe Nacional, surgen como excesivas las facultades del Ministerio Público a manos de quien pasó la etapa preliminar[348].

Se ubican a la *vanguardia* del movimiento reformador *Costa Rica* y *Guatemala*. En este caso se ha abandonado por completo el antiguo proceso inquisitivo.

Una *excepción* es el caso de *Cuba*, que no adhiere al movimiento reformador descrito. En este país el proceso inquisitivo tradicional fue sustituido en 1973 por el actual sistema procesal penal que ha tomado como modelo a los ex Estados socialistas de Europa y la Unión Soviética[349].

343. Los Informes Nacionales comentan el respectivo derecho nacional, al menos como elemento central, y un eventual derecho a nivel provincial solo marginalmente.
344. Argentina, II.c.
345. Brasil, 1., 1.2.c., 3.a.
346. Pese a que las investigaciones están en manos del Ministerio Público, el «juez de instrucción» (*sic*!) tiene calidad de coordinador de la investigación (El Salvador, 3.2.2.).
347. Perú, IV. § 1
348. Colombia, 2.1. así como 1.1.7.
349. Cuba, I.