

DOCUMENTO TOMADO DEL LIBRO EL PROCESO PENAL: SISTEMA PENAL Y DERECHOS HUMANOS EN BRASIL, COSTA RICA, EL SALVADOR, GUATEMALA, HONDURAS, MÉXICO, NICARAGUA, PANAMÁ Y ESPAÑA. MÉXICO: SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN, ILANUD, COMISION EUROPEA Y EDITORIAL PORRÚA, 2000.

PRESENTACION

ILANUD hace llegar a los lectores —operadores de los sistemas de justicia penal, expertos, trabajadores en derechos humanos— este libro sobre el proceso penal en América Latina. En él se analizan en detalle ocho países, Brasil, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua y Panamá (y España, para enriquecer el análisis comparado), pero los resultados de la investigación son útiles en líneas generales para toda la región; si bien es un hecho que el grado de realización de los derechos humanos en la justicia penal —o el de su violación— alcanza diferencias significativas según países.

América Latina se encuentra en un acelerado proceso de reforma de sus leyes penales (substantivas, procesales y de ejecución de las sanciones), tendiente a asegurar el debido proceso afianzando los sistemas de garantías, tanto en materia de adultos como en materia de justicia juvenil.

En materia de adultos presenciamos el tránsito de sistemas primordialmente inquisitivos, con sus características de ser escrituristas, lentos, con prolongadas etapas de secreto sumarial, a sistemas acusatorios con la investigación a cargo del ministerio público y la figura del juez de garantías, orales, públicos, menos lentos, con participación de la víctima en el proceso. Presenciamos también la introducción del “principio de oportunidad”, la multiplicación de las sanciones no privativas de libertad, y la introducción del juez de ejecución de la pena que asegure el principio de legalidad sobre todo en el caso de quienes son sancionados con pena de prisión. Algunos de los recientes códigos y leyes se consideran técnicamente excelentes, y constituyen, sin duda, un gran avance en materia de justicia penal.

Sin embargo, todavía la distancia entre ley y realidad sigue siendo sideral, aún en el caso de los países que han renovado su legislación. Más aún, en la mayoría de los casos, y a pesar de estos importantes avances, la realidad de los sistemas de justicia penal se ha agravado notoriamente en la década de los 90, y las tasas globales de presos crecen aceleradamente en sistemas penitenciarios sobrepoblados en los que, en consecuencia, reina la violencia y se vulnera constantemente todo tipo de derechos. Pero el penitenciario es sólo un sector, casi al final del sistema de justicia penal, que pone de manifiesto graves problemas que ocurren a todo lo largo del sistema. Su función es solamente recibir los presos y presas —la mayoría de ellos “sin condena”— que genera el sector policial y remite el judicial.

El libro que presentamos describe los sistemas de cada país y permite ubicar dónde se encuentran tales problemas. Posiblemente, —con la sola excepción de Costa Rica— el derecho de defensa sea el más gravemente vulnerado durante la etapa judicial, vulnerándose así también, en consecuencia, el ejercicio de los otros derechos que garantizarían un juicio justo. Aunque el libro que presentamos es producto de una investigación esencialmente jurídica los autores, con acierto, hacen referencias a la realidad material del desarrollo del proceso, con acopio de información empírica en algunos casos. Algo no nuevo pero muy importante, por cierto, que se desprende de la investigación, es que la justicia penal es altamente selectiva, castigando desproporcionadamente y con escaso respeto de las garantías penales y procesales a los sectores más pobres, y siendo ciega o actuando casi siempre de manera ineficaz con los sectores del poder.

Como vemos, es mucho lo que queda por recorrer para lograr una plena realización de los derechos humanos en la justicia penal, y seguramente ésta será siempre una tarea inacabada. Ojalá este libro sea un instrumento útil más en la tarea.

Debemos agradecer a los Doctores Raúl Zaffaroni y Kurt Madlener por la rigurosa dirección científica de este proyecto, y a cada uno de los expertos participantes que dedicaron su tiempo y conocimientos.

Es muy honroso para ILANUD hacer esta publicación en conjunto con la Secretaría de Gobernación de los Estados Unidos Mexicanos.

Este libro no hubiera sido posible sin la generosa cooperación del Programa Democratización y Derechos Humanos de la COMISIÓN EUROPEA.

ELÍAS CARRANZA, Director ILANUD

I. ANÁLISIS COMPARADO INTERNACIONAL DE LA REALIDAD DEL PROCESO PENAL PROCESO PENAL Y DERECHOS HUMANOS: CÓDIGOS, PRINCIPIOS Y REALIDAD

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI *

SUMARIO: *I. La ley y la realidad. II. Las garantías en el derecho penal y en el derecho procesal penal. III. La violación cotidiana de las garantías procesales. IV. Conclusiones.*

I. LA LEY Y LA REALIDAD

1. Cuando se analizan las leyes de los países de nuestro continente latinoamericano, puede causar sorpresa el número de derechos y garantías que en ellas se consignan, incluso desde el siglo pasado, frecuentemente arraigados en los actos de los propios libertadores o de los primeros gobiernos independientes. En varios aspectos éstos se establecieron antes que en algunos países de Europa y en los Estados Unidos: basta pensar que la esclavitud fue abolida en la mayoría de nuestros países mucho antes que en América del Norte, pero la explotación humana continuó siendo mucho más intensa que en los Estados Unidos y el estado de servidumbre del campesinado era la regla en que se basó el régimen de repúblicas oligárquicas que comenzaron a caer recién a partir de la Revolución Mexicana. Es incuestionable que quien desea conocer la realidad social, muy poco puede informarse a través de las disposiciones constitucionales y legales vigentes en cada época.

2. Quizá el fenómeno tenga que estudiarse a partir del propio derecho indiano o colonial, dado que España debió gobernar un territorio muy extenso y no pudo menos que acudir a una notoria descentralización administrativa, que es el origen del federalismo en países como México o la Argentina: nuestro federalismo, a diferencia del norteamericano, no tiene su origen en el establecimiento de colonias separadas, sino en la descentralización administrativa de la monarquía española. Los esfuerzos desde la metrópoli por controlar ese inmenso imperio, en tiempo de comunicaciones lentas hasta la desesperación, fueron considerables: no faltaron informes realistas que dieron lugar a nuevas leyes, pero todas se desvirtuaban en su aplicación concreta. Las finalidades expresas y latentes de las leyes se separaban hasta el absurdo: el fundamento cristiano, humanitario y tutelar que se daba a la encomienda, se traducían en su realidad de esclavitud y genocidio. En la América portuguesa la ficción fue aún peor, porque no se desarrolló un derecho indiano, sino que en teoría se aplicaban las mismas leyes que en la metrópoli, o sea, las *ordenações* (las ordenanzas portuguesas equivalían a las recopiladas españolas).

Muy poco contribuyó la independencia, las guerras civiles entre intereses portuarios y mediterráneos (liberales y conservadores según la terminología más corriente) y la consagración de repúblicas oligárquicas para estrechar la distancia entre la ley y su vigencia. Estas últimas se caracterizaron por sancionar constituciones republicanas y liberales, que reproducían a su modo disposiciones de la declaración de derechos del hombre y del ciudadano francés de 1789, de la Carta de Virginia o de la *Carta Magna*, pero el poder quedó en manos de una minoría hegemónica que operaba como grupo dominante proconsular del poder mundial del momento, en sociedades muy estratificadas y que, con demasiada frecuencia, sin cambiar las constituciones, se traducían en largas dictaduras personales. Muchas décadas hubo de esquizofrenia entre la ley y la realidad: constituciones y leyes republicanas en los papeles y pergaminos, y gobiernos autoritarios y hasta totalitarios en la realidad, sin que éstos se preocupasen por reformar las constituciones, sino que, por el contrario, se proclamaban defensores de los valores jurídicos que aniquilaban.

* Profesor de la Universidad de Buenos Aires

3. Con semejante experiencia jurídica, era bastante natural que las poblaciones no se habituasen a vivenciar el derecho como fruto de una conquista resultante de una lucha propia, sino como el discurso de dominación de las minorías hegemónicas, frecuentemente hipócrita e incomprensible. Fue un largo mal entendido que se prolongó hasta nuestro tiempo y que no ha desaparecido totalmente, proporcionando la base sobre la cual se extendió la idea de que el derecho es una superestructura inútil y desechable. Las luchas guerrilleras y las demás manifestaciones de resistencia política armada de los años setenta, fueron llevadas a cabo por grupos políticos que, sobre la base de esa experiencia histórica, no planteaban tampoco reformas jurídicas, sino que se insertaban en esa traducción de desprecio a lo jurídico, considerado sólo como discurso hegemónico superestructural, convicción en la cual los confirmaban quienes los combatían y que, con base en la teoría de la guerra sucia o con la famosa seguridad nacional, arrasaban con todo límite jurídico en nombre de los mismos valores que despreciaban. Hasta el presente no puede asegurarse que haya un pensamiento jurídico progresista consolidado y con caracteres comunes en la región, precisamente porque el peso de la dicotomía aún se siente en toda su extensión.

4. Este fenómeno es particularmente grave en el campo del derecho procesal penal, por dos razones fundamentales: a) la ley penal naufraga en todos los límites garantizadores que puedan pensarse y plasmarse, sin un proceso penal conforme a sus mismos y paralelos principios; b) no basta con la consagración formal de los principios y los procedimientos, si no hay mecanismos de efectivización de los derechos y garantías.

En razón de ello, y dado que en el presente volumen se publican los informes de los países abarcados, con abundante material de información legal respecto de cada uno de ellos, lo que nos exime de incurrir en reiteraciones innecesarias, preferimos encarar estas dos vertientes: en una primera parte, nos ocuparemos de destacar las relaciones del derecho procesal penal y del derecho penal en cuanto a los principios fundamentales; en la segunda, centraremos la atención en las diversas formas en que estos principios pueden ser violados en la realidad cotidiana (experiencia vivida, vivencia o Erlebnis) del ejercicio del poder punitivo.

II. LAS GARANTÍAS EN EL DERECHO PENAL Y EN EL DERECHO PROCESAL PENAL

1. Suele decirse que el derecho penal en sentido amplio se divide en derecho penal en sentido estricto, derecho penal realizador o procesal y derecho penal ejecutivo, o bien, más sencillamente se habla de un derecho penal sustantivo y otro adjetivo; y también se habla de derecho penal de fondo y de forma.

Se reconoce que se trata de dos disciplinas jurídicas desde el punto de vista académico, "cada una de las cuales tiene su propio objetivo de regulación y su sentido peculiar, de manera que las relaciones jurídicas que surgen de esta relación bilateral se nos ofrecen como diferentes entre sí".

Lo cierto es que entre los procesalistas penales los hay quienes provienen del campo del derecho penal y los que proceden del derecho civil (o bien se enrolan en una tendencia puramente procesal), siendo sus puntos de vista frecuentemente distantes, pues no es detalle menor considerarlo como una en las cercanías del derecho penal o limitarlo a una rama más de un general derecho procesal.

Nadie pretende que el derecho procesal sea un brazo del derecho penal en sentido estricto, pero nos parece que es muy claro que debe guardar una vinculación estrecha y cierto grado de dependencia de éste, entre otras razones, porque nunca puede ser considerado un fin en sí mismo.

Si bien es cierta la repetida afirmación de Beling en cuanto a que "el derecho penal no toca ni un sólo pelo del delincuente", no es menos cierta la inversa, de modo que la dependencia recíproca se halla lógicamente demostrada. De allí que sea para nosotros válido referirnos a un derecho penal en sentido amplio, del cual el derecho procesal penal haga parte.

2. Se trata de una clara independencia académica expositiva, pero de una también nítida dependencia teórica o ideológica (o político-criminal, si se prefiere), lo que se explica porque los objetos son dispares, pero los principios de elaboración de ambos son —o debieran ser— estrictamente paralelos. Ambos tienen como fundamento las constituciones y el derecho internacional, en razón de que ambos cumplen la función de preservar el estado de derecho, y cada principio o regla limitadora tiene dos versiones: la penal y la procesal penal.

La aparente contradicción entre la independencia académica y la dependencia ideológica provoca confusiones cuando quiere verse en el procesal la mera realización del penal. Aunque casi todos los autores sugieren la doble relación, ésta se opaca cuando se afirma, por ejemplo, que "no obstante esta accesoriedad, debe afirmarse el carácter de autonomía del derecho procesal penal. Este carácter accesorio respecto al derecho penal sustantivo, no significa dependencia desde el punto de vista de su desenvolvimiento, contenido y finalidad. Sirve al derecho penal material en cuanto actúa sus normas, pero vive independientemente, con normas propias y principios rectores que recíprocamente se influyen, con los de las otras ramas jurídicas, consecuencia de la unicidad del orden jurídico" (Clariá Olmedo). Menos precisa aún es la afirmación de que es "hermano gemelo del derecho procesal civil, y ambos, las dos más vigorosas ramas que surgen del tronco común, aunque por su objeto, forma asimismo, parte del conjunto de las ciencias penales" (Alcalá Zamora-Levene).

3. Cabe observar que hasta el siglo XIX era usual el tratamiento conjunto del derecho penal y el procesal penal (Grolmann, Carmignani, Carrara, etc.), lo que aún hoy sucede con algunos autores franceses, y que responde a la tradición legislativa casi milenaria y vigente hasta la codificación del siglo XIX, que abarcaba en un mismo cuerpo normas procesales y procesales penales.

Ambas disciplinas trabajan el saber sobre dos fuentes legales diferentes, pero que deben ser compatibles y paralelas en sus principios respectivos: *no debe mediar una asimetría político-criminal o ideológica entre ambas. A un derecho penal limitador o de garantías corresponde un derecho procesal penal acusatorio, y a un derecho penal autoritario un procesal penal inquisitorio.*

4. El estado de policía paternalista no necesita defensa del procesado, porque se erige no sólo en víctima, sino también en acusador, defensor y juez. Cuando el derecho penal adopta la forma de la *emergencia*, es decir, de un poder que debe ejercerse para salvar a la sociedad (o a la especie) de un mal que de otro modo la aniquilaría, se degrada a derecho policial y asume el discurso de la coerción administrativa directa diferida: debe detener el avance de un proceso lesivo en curso y todo lo que hace es defensa (legítima), pues no resta otra solución ante tamaña amenaza. La pena cumple la misma función que la medida policial y el proceso no puede ser otra cosa que una *investigación*, llevada a cabo mediante el interrogatorio frente a cualquier dato revelador del peligro o de cualquiera de sus manifestaciones. El tribunal es una autoridad policial que investiga y toma la medida coercitiva de inmediato: no se requiere acusación ni defensa.

Porque tampoco se requiere cerrar el objeto de la investigación ni del juicio, dado que, como se trata de un mal formidable y universal, lo que se detectan son signos o manifestaciones del mismo, que pueden ser altamente variables y respecto de las cuales el tribunal no puede estar limitado. *Esta es la estructura de todo derecho penal de emergencia y de su versión procesal, que es el proceso inquisitorio.* Sus normas se pueden observar claramente en el *Directorium Inquisitorium* o *Manual de los Inquisidores* de Nicolau Eymerich de 1376, reelaborado por Francisco de la Peña en 1578, con especial referencia a la emergencia de la *herejía*, o en el *Malleus Maleficarum* o *Martillo de las Brujas* de Sprenger y Cramer de 1487, éste en referencia a la emergencia de la *brujería*, y donde se ponen mucho más en claro las relaciones entre ambos órdenes jurídicos, puesto que se trata de la primera exposición teórica de un sistema integrado de criminología, derecho penal, derecho procesal penal y criminalística, asombrosamente paralela al del positivismo criminológico de fines del siglo XIX y comienzos del XX.

5. Desde la Inquisición europea y española hasta hoy la estructura autoritaria inquisitorial se reitera en cada etapa de emergencia: en el siglo XIX y comienzos del XX, el positivismo criminológico dio lugar a una nueva versión que llegó a abarcar a toda manifestación de criminalidad como signo de inferioridad biológica o social. El mal amenazante era la *degeneración* o *atavismo* como signos negativos en medio de una civilización que avanzaba y había llegado a

ser cabeza de la especie, considerada como un tejido orgánico único. La búsqueda de signos de atavismo que podían comprometer el avance del hombre civilizado no podía quedar limitado por un derecho de defensa, pues se trataba de una mera comprobación *científica*. En la segunda mitad del siglo XX renació en nuestros países la emergencia con las resistencias políticas armadas y nuevamente se impuso el inquisitorio en su máxima expresión: la decisión la tomaban autoridades policiales, o sea, las fuerzas armadas en función policial. Las ejecuciones sin proceso y las desapariciones fueron, en definitiva, el ejercicio de un poder punitivo inquisitorial, sin defensa ni acusación. Esta ideología de las emergencias es parte de una concepción policial de la historia y de las ciencias sociales (Poliakov) en la que se reiteran visiones conspirativas.

En este momento, las instituciones inquisitoriales vuelven especialmente en materia de tóxicos prohibidos, donde se limita la defensa, se prohíben excarcelaciones, se decide por tribunales especiales o de excepción, se autorizan los jueces anónimos, los testigos anónimos, los funcionarios autorizados por el tribunal para cometer delitos, se subordinan los derechos de todos los habitantes al éxito de las investigaciones de esa naturaleza, se fomenta y premia la delación, etc.

Esta tendencia, que corresponde a la emergencia del discurso penal actual y que no se distingue estructuralmente de todas las anteriores, no debe subestimarse como propia y exclusiva de un área del poder represivo: la historia de los derechos penales de emergencia es casi la historia del derecho penal mismo, pues una emergencia sucede a otra desde que se operó la confiscación de la víctima en el siglo XII hasta la fecha. Las instituciones inquisitoriales penetran en el discurso por la vía de una materia constitutiva de la emergencia de turno, pero inmediatamente se extienden al resto del ejercicio del poder punitivo.

6. En un derecho penal más republicano, las infracciones no son signos sino lesiones a derechos o bienes jurídicos, que conllevan un mal en sí mismas. Por ello, es necesario saber que es lo que se imputa al sujeto (fijarlo en una acusación) y debatir entre partes la prueba al respecto. Esto requiere que las funciones procesales se separen nítidamente y que la materia de acusación quede bien determinada antes del debate o juicio. De allí las bases del *sistema acusatorio*, que es la *manifestación procesal del derecho penal liberal o de garantías*.

7. Queda claro, pues, que se impone una regla de correspondencia o paralelismo entre ambas legislaciones y ambos campos del conocimiento jurídico. No obstante, es sabido que —lamentablemente— no son pocas las legislaciones que no respetan la regla de correspondencia o paralelismo, dando lugar a una asimetría legislativa entre ambas regulaciones que, por lo general, se traduce en una ley penal liberal o garantizadora y una ley procesal marcadamente inquisitoria: en realidad no es otra cosa que un modo de burlar la limitación propia del estado de derecho y consagrar el estado de policía con un discurso penal liberal.

La asimetría contraria (ley penal autoritaria y procesal acusatoria) es poco frecuente: en la práctica, tiende a liberalizar el derecho penal porque favorece la declaración de inconstitucionalidad de las disposiciones de la ley penal, con lo cual reduce la asimetría, razón por la que cabe pensar que se trata de un fenómeno transitorio, a diferencia del anterior, que alcanza alto grado de estabilidad y permanencia.

8. Establecida la dependencia teórica, ideológica o político-criminal entre ambas disciplinas jurídicas, cabe aclarar que no es sencillo establecer sus límites, pues varias normas se hallan discutidas entre ambos horizontes de proyección, especialmente porque los legisladores suelen incluir, por tradición, disposiciones procesales en los códigos y leyes penales, especialmente en materia de ejercicio y extinción de las acciones, de competencias, de ciertos actos impuestos a los jueces, etc.

Como por lo general no tiene mayor relevancia práctica la naturaleza jurídica de estas normas, la mayor parte de la doctrina trató siempre de asignarles naturaleza penal y no procesal, como modo expeditivo de resolver el problema.

Sin embargo, es muy difícil sostener que se trata de materia penal de fondo. No puede ignorarse que la teoría de la acción es un punto central de discusión del derecho procesal, que la jurisdicción y la competencia son por esencia materia procesal, que una disposición que le ordena

a todo juez realizar un acto no puede tener otra naturaleza que procesal. Decididamente, pretender la naturaleza penal de estas normas es torcer el sentido de las cosas.

9. Un sector de la doctrina trata de resolver el problema sustentando la tesis de que son cuestiones procesales sólo en apariencia, pero que en realidad pertenecen al derecho sustantivo, en tanto que otros autores, respecto de la acción, afirman que “es de naturaleza sustancial en cuanto poder, pero procesalmente proyectada en cuanto ejercicio”, lo que, por cierto, es poco claro. El problema se complica y es muy difícil sostener esta última posición cuando se reconoce que la teoría de la acción es uno de los problemas más arduos del derecho procesal penal, y más aún, si se sostiene —como Florian— que la acción hace valer un derecho autónomo, distinto del derecho sustantivo que con ella quiere hacerse valer. Manzini apuntalaba la tesis de la naturaleza penal de estas normas acudiendo a la distinción entre normas que atribuyen potestad punitiva al estado y normas que reglan el ejercicio de esa potestad. No obstante, le resultaba tan difícil identificar unas y otras que terminaba admitiendo una “zona neutra”, con lo que confesaba que el problema quedaba sin solución. Soler en la Argentina, para distinguir entre derecho penal y procesal penal, acudía a la tradicional distinción conforme al efecto de las respectivas sanciones, asignando al primero la pena y al segundo la nulidad, lo que no resultaba compatible con su ulterior tesis de la naturaleza penal de estas normas.

10. De cualquier manera, para nosotros, el problema no tiene mucha importancia práctica, lo que no sucede para los autores que pretenden que las leyes procesales no están abarcadas por la prohibición de retroactividad.

Sin duda que esta última posición constituye una grave lesión al principio de legalidad, al cuestionar el alcance de la voz *ley penal* cuando se discute el límite de la prohibición de retroactividad.

Una corriente procesalista sostiene que, salvo en materia de competencia (excluida expresamente en función del llamado *juez natural*), para el resto no es ley retroactiva la procesal posterior a la comisión, toda vez que el momento que debe tomarse en cuenta es el del acto procesal y no el del acto del delito.

En alguna medida esta tesis se funda en la teoría de las normas, conforme a la cual las normas penales estarían dirigidas a los particulares y las procesales a los jueces, funcionarios y auxiliares. Creemos que esa distinción no es sostenible en el ámbito punitivo, donde todas las leyes están dirigidas a estos últimos, entre otras razones porque lo contrario sería difícilmente compatible con la concepción fragmentaria del poder punitivo (el llamado carácter sancionador del derecho penal).

Pero, además de esta consideración, creemos que un proceso penal tiene siempre una conclusión binaria (pena o no pena) y si al momento del hecho que se juzga las disposiciones procesales llevaban a una *no pena*, no había conminación penal en concreto respecto de la persona comprometida. No hay amenaza penal porque no se puede amenazar con algo que no se puede realizar. Todo esto sea dicho sin perjuicio de que toda la coerción procesal es punitiva y la negación de este carácter es una peligrosa confusión entre los planos normativo y fáctico, que tienen el penoso efecto de ocultar la realidad y permitir la violación ilimitada del principio de inocencia.

11. Para quienes pretenden relevar la frontera entre ambas materias como un límite a la legalidad e irretroactividad de la ley más gravosa, una de las particulares cuestiones que se plantean es la naturaleza de la prescripción de las acciones. Es fuerte la corriente que entiende que la misma es una cuestión de naturaleza procesal y que, por ende, la prescripción puede entenderse *ex post facto*. En Alemania el tema se planteó con los crímenes del nazismo y se reinstaló por delitos cometidos en la Ex-República Democrática. La doctrina y la jurisprudencia alemanas afirmaron que las normas procesales afectan la perseguibilidad (no la punibilidad) del hecho, distinción sutilísima y artificial que les posibilitaba afirmar que la retroactividad en materia de prescripción no lesionaría el principio de irretroactividad de la ley penal. El Parlamento alemán sancionó en 1965 una ley que suspendía el plazo durante el tiempo en que la acción no pudo ejercerse, en 1969 otra que extendió el plazo a treinta años y, finalmente, en 1979, se declaró la imprescriptibilidad del genocidio y de los homicidios calificados no prescriptos.

12. En la Argentina se sostuvo que una ley de esa naturaleza sería inconstitucional, pero que, tratándose de ley extranjera, los tribunales nacionales deben conceder la extradición con base en ella, porque el derecho internacional no exige la ley previa en su ámbito. Con ello se consagra la tesis del *doble derecho*: no puede explicarse de otro modo que una ley que, por violar garantías, no pueda tener vigencia nacional, deba valer para los jueces nacionales si es producida por un parlamento extranjero. Se pretendió establecer un paralelo con el caso del divorcio extranjero que disolvía un matrimonio también celebrado en el extranjero cuando la legislación nacional no admitía el divorcio en el país, pero se ha observado con razón que en ese caso no había ningún impedimento constitucional para que la ley lo admitiese.

13. Las fórmulas de los textos internacionales deben entenderse en el sentido amplio y de buena fe —*pro homine*— como prohibiendo la retroactividad de toda ley que amplía el poder punitivo, cualquiera que sea su naturaleza; y la tesis del doble derecho es inaceptable en la región. Planteada la cuestión en estos términos, debiera concluirse en el necesario reconocimiento de la violación de los tratados por parte de toda norma más gravosa que pretenda tener efecto retroactivo respecto de la prescripción de cualquier delito. Cabe recordar aquí el caso de la dictadura franquista cuando prolongaba la prescripción de los supuestos delitos cometidos por los republicanos.

Es bastante claro que los intentos alemanes como la racionalización argentina para otorgar la extradición, no son más que imperativos políticos que, por materialmente justos que parezcan o sean, producen un total desconcierto doctrinario. No es del caso analizar en particular estos supuestos, pero quizá la solución se halle reconociendo claramente la naturaleza política de las decisiones y no aplicando reglas que no están pensadas ni pueden aplicarse a supuestos que nunca pueden ser realmente materia del poder punitivo formalizado. Para evitar la impunidad de genocidas no pueden lesionarse indiscriminadamente elementales garantías de toda la población: es preferible sostener a su respecto una suerte de nueva "pérdida de la paz".

14. Pero el problema más grave, por su frecuencia y extensión, es decir, por constituir en nuestra región la forma más usual de ejercicio del poder punitivo represivo, es decir, por haberse erigido en la pena más corriente, es el de una institución considerada casi siempre de naturaleza procesal penal, pero que para nosotros tiene una filiación penal: *la prisión preventiva*.

Los esfuerzos que se han hecho para explicarla dentro de los principios y garantías constitucionales e internacionales son, a nuestro juicio, completamente vanos: la prisión preventiva, al menos en la gran mayoría de los casos, implica una lesión a la presunción de inocencia, y por ende, una pena anticipada a la sentencia.

La prisión preventiva —al igual que algunas penas excepcionales— puede legitimarse como coacción directa en los casos en que la misma sea necesaria para detener una actividad lesiva en curso o para impedir una inminente, pero en los restantes casos es aún más irracional que una pena irracional, dado que se trata de un poder punitivo habilitado antes de que se pueda afirmar que haya un delito, es decir, una pena impuesta por la mera *notitia criminis*. No puede tener ninguna legitimidad la imposición de una pena a quien no se sabe si es autor de un delito.

15. Los intentos de legitimar la prisión preventiva circulan por dos carriles diferentes: los que le reconocen más o menos expresamente el carácter de pena y tratan de legitimarla como tal, y los que le desconocen este carácter y tratan de legitimarla como medida procesal. Son, respectivamente, las llamadas teorías *sustantivistas* y *procesalistas* de la prisión preventiva.

Ambas posiciones se reflejan y tienen su versión en negativo en los criterios usados por la legislación y la jurisprudencia para hacer cesar la prisión preventiva, que son los llamados "criterios excarcelatorios", donde por lo general se cruzan en la práctica argumentos de ambas naturalezas.

16. Los argumentos sustantivistas apelan a conceptos tales como la "satisfacción de la opinión pública", la necesidad de intimidar, la urgencia por controlar la "alarma pública", la "disuasión", la "ejemplariedad social" y hasta la "readaptación". La prisión preventiva se impone, para esta corriente, como una pena y la presunción de inocencia se sacrifica a las necesidades del orden. El planteamiento es claro y autoritario, sin rodeos ni mayores discusiones: en la guerra

contra el crimen es necesario imponer penas antes de la sentencia. Si alguno resulta recibiendo una pena que no le corresponde, el razonamiento es que en toda guerra sufren también los inocentes. En general, el pensamiento sustantivista no mueve a errores: es el pensamiento del derecho penal autoritario, expresado claramente por Garofalo y por Ferri en tiempos del positivismo y en los del fascismo por Manzini.

La reconocida torpeza autoritaria de Garofalo le llevaba a sustentar la increíble tesis de que no tendría razón de ser la libertad provisional "y debiera desaparecer completamente, dejando a salvo el caso en que el mismo juez de instrucción crea en la inocencia del acusado. Tal y como hoy existe, esta institución presenta los mayores peligros; parece hecha ex profeso para favorecer al mundo criminal y atestigua la ingenuidad de los legisladores, los cuales parece que no se percatan de las nuevas armas que a los malhechores les presta la civilización".

Los argumentos sustantivistas no han variado mucho hasta el presente, salvo en que se expresan con menos claridad que Garofalo. Alguna variante más prudente del mismo apela a la pretensión de que la prisión preventiva no es una pena, sino una medida de seguridad. Para ello, lógicamente, extienden el concepto de coacción directa a través de la invención de necesidades, tarea que, como sabemos, no tiene fin en la imaginación del poder. No se trata de ninguna novedad, sino del viejo y conocido recurso que se remonta a la inquisición complementada con el embuste de las etiquetas.

17. Desde el lado de las teorías procesalistas, en general la vertiente se remite al proceso civil, o sea, a una asimilación con las medidas cautelares de ese proceso. Por supuesto que esto implica un formalismo inaceptable, pues pasa por alto la obvia diferencia entre una limitación patrimonial y una pérdida de libertad: la primera siempre es recuperable y reparable en la misma especie, en tanto que la devolución del tiempo es imposible.

No han faltado construcciones ingeniosas, aunque nos limitaremos sólo a dos de ellas.

a. La primera es la conocida tesis de Velez Mariconde, para quien no existe ninguna presunción de inocencia antes de la sentencia, sino un mero "estado de inocencia". En rigor, trata de demostrar que si la persona está privada de libertad, no hay presunción de inocencia, pues de lo contrario no estaría presa. Es un esfuerzo para partir de un dato óptico y desde el mismo tratar de legitimar la realidad: en lugar de reconocer que un inocente está preso, se parte de que si está preso no debe ser tan inocente.

b. Más recientemente, Binder trata de explicarla dándole fundamento en la prohibición del proceso en ausencia. En un razonamiento que convierte una garantía en fundamento para la violación de un principio de superior jerarquía, como es el de inocencia: la prohibición del proceso en contumacia es una garantía que refuerza el principio de inocencia y en modo alguno puede legitimar su violación. Por otra parte, cabe preguntar como la legitiman los países que aceptan el proceso en contumacia.

18. La cuestión de la prisión preventiva no es secundaria, sino que se trata de un problema crucial del saber penal. Dado que la mayoría de las personas privadas de libertad lo están por prisión preventiva, se trata de la pena de prisión más usual. Como sabemos, el fenómeno es dominante en toda América Latina y no es nuevo, puesto que son muchos los autores que dieron cuenta del mismo en el siglo pasado.

Lo que se ha dado en llamar *el preso sin condena* es el fenómeno dominante de la realidad penitenciaria y no se resuelve del todo con el acortamiento de los tiempos procesales, tanto porque los jueces la siguen empleando como pena como porque una excesiva reducción de los procesos es peligrosa: el proceso penal se mueve entre dos fuegos, que son la amenaza del "sumarísimo" si se acelera y la del inquisitorio si se prolonga.

19. Existe —como vimos— un criterio sustancialista que le reconoce el carácter de pena y que es el propio del derecho penal autoritario, porque la legitima como tal. Pero junto al mismo, hay otro criterio sustantivista, éste de origen liberal, que podemos remontar a Beccaria, que le reconoce su "esencia penosa", pero para reducirla o suprimirla. En esta vertiente se hallan los autores que la deslegitiman rotundamente, corriente que va cobrando adeptos en forma acelerada.

En esta corriente puede mencionarse a Ferrajoli, que propone un proceso sin detención preventiva. Es también original la posición que desde el contractualismo moderno sostiene Nozick, que la deslegitima en su forma actual y sólo la admite, en términos que pasan cerca de la utopía, como un encierro con compensación, que sólo sería legítimo si no afectase ninguno de los restantes derechos de la persona y en condiciones tales que sean ambicionadas por otros, lo que llevaría a pensar en una suerte de *countries* para procesados.

La conclusión, que reafirma cuanto hemos dicho respecto del cuidado que es menester en cuanto a la distancia entre ley y realidad en materia de legislación procesal penal, es que asistimos al extraño espectáculo que nos brinda una realidad penal en la cual la mayor parte de las penas realmente en ejecución son las más irracionales, porque se imponen sin la prueba de un delito, aunque el derecho procesal penal trata de proporcionar el discurso légitimante, mediante el cual esas penas no serían penas, sino algo parecido al embargo civil o una medida.

20. La imposibilidad de legitimar la prisión preventiva, porque entra en contradicción irreductible con el principio de inocencia, nos muestra que no hay principio ni garantía que sea absolutamente respetado en el ejercicio del poder punitivo, o sea que, éste los viola a todos, sólo que en diferentes medidas. Dicho más sintéticamente: *los derechos humanos siempre son violados por el poder punitivo, sólo que en diferentes grados*; si se quiere invertir la fórmula — aunque no por eso cambia el contenido— puede decirse que el poder punitivo respeta los derechos humanos en diferente medida.

Es verificable que ninguno de los principios que se mencionan como limitadores del poder punitivo reconoce realización absoluta. La observación corriente permite comprobar que si todos ellos se enunciasesen de modo absoluto, sería menester reconocer su violación cotidiana. Ello obedece al muy limitado espacio de las agencias jurídicas dentro del marco general del poder punitivo y a que, incluso dentro del ejercicio punitivo manifiesto y en los casos a ellas sometidos, la criminología no la inician éstas y sólo se limitan a decidir su continuación o interrupción.

Si los principios limitativos fuesen elevados a reglas de valor absoluto y conforme a ellas fuese corregida la operatividad del poder punitivo, éste sufriría una radical reducción. Esta comprobación produce desconcierto en la doctrina tradicional, al punto de llegar a considerarlos meramente orientadores, ante la evidencia de que, aplicados estrictamente, llevarían a la abolición de la pena, como lo reconoció Naucke hace años. Semejante desconcierto implica aceptar pacíficamente que el derecho penal viola el derecho internacional.

Ante lo inadmisibles de esa propuesta, corresponde considerar el dato de hecho e incorporarlo dinámicamente al sistema: en la realidad observamos diferentes grados de realización de los principios: en el plano teórico debe incorporarse el dato para partir de esos niveles de realización e impulsar su avance. Esto lleva a considerarlos *reglas de realización progresiva o principios inacabados (unfinished)*. El grado de incompletividad de su observancia es parejo al de defecto realizador del estado de derecho. El progreso de sus *standards* de realización será paralelo al poder jurídico y a la reducción de la violencia de las restantes agencias del poder punitivo.

Conforme a ello, puede afirmarse que hay *standards* de realización de los derechos humanos en el ejercicio del poder punitivo, y cuanto más extensamente se haga uso de la prisión preventiva, menor será el *standard* de respeto a los derechos humanos. Esta afirmación basta para demostrar que el nivel realizador en la región es considerablemente bajo, dado el extensísimo uso de la prisión preventiva.

21. Las recientes tentativas de reducir la prisión preventiva en América Latina no marchan por buen camino. Siendo prácticamente innegable la violación al principio de inocencia que ésta implica y siendo igualmente verificable su carácter de pena, la lógica elemental —pero algo separada de la realidad por omisión del dato cultural respecto de los operadores judiciales— señala que la principal causa de extensión de la misma son los procesos prolongados. Para resolverlo se ha intentado abreviar los procesos, pero la ecuación no resulta exacta, pues la prisión preventiva no se reduce en la misma proporción en que se abrevian los procesos, debido a que los jueces la siguen empleando como pena anticipada.

De cualquier manera, abreviar los procesos resulta indispensable tanto a éste como a otros efectos garantizadores. Pero esta empresa requiere inversión presupuestaria, de modo que, ante la situación creada, se ha tratado de hallar una fórmula de reducción de la duración de los procesos que no tuviese ese inconveniente y que, además fuese funcional a otros efectos. Lo que se buscaba era una institución que: a) redujese la prisión preventiva sin implicar gastos, b) que no pudiese perjudicar a los invulnerables o menos vulnerables, c) que sustituyese a la tortura, y d) que pudiese satisfacer la voluntad de imponer privación de libertad por delitos de gravedad media o leve. Se la halló con la *plea bargaining* de la que se valen en los Estados Unidos para batir el record de presos con bajo porcentaje de prisión preventiva. Con este objeto se están importando a la región distintas variantes de la bargaining o regateo (más pudorosamente traducido como *negociación*).

Como es sabido, la misma se convierte fácilmente en una fuente de extorsión que reemplaza a la tortura: quien carece de defensa de calidad no tiene otro recurso que admitir lo que se le ofrece en la negociación o regateo, pues de lo contrario se le amenaza con una pena mucho más grave. De este modo se logra reducir el número de presos preventivos, puesto que se *los condena a todos rápidamente*. Además, se trata de un recurso que llena otro requisito fundamental para la selectividad estructural del poder punitivo: perjudica sólo a quienes tienen menores recursos; el resto puede incluso beneficiarse con él. En tercer lugar, los jueces pueden seguir ejerciendo el manejo de la prisión preventiva como pena, aunque ya a modo de pena formal.

22. El derecho penal contribuye decididamente a la amplitud del ejercicio del poder punitivo de diversas maneras. Una de ellas es la reproducción incesante de tipos penales, especialmente cuando los mismos son formulados de modo nebuloso o defectuoso, pero también cuando no lo están.

La excarcelación o procesamiento sin prisión preventiva depende en gran medida de la calificación que se hace de la conducta en el auto de procesamiento que, en el panorama de extensión de la misma como pena, viene a cumplir la función de sentencia condenatoria provisional. Sin embargo, no es el momento en que se discute profundamente la calificación del comportamiento imputado. Por regla general, el mismo se formula muy tentativamente y con grandes defectos técnicos.

Esto significa que el juez que califica en el acto de someter a proceso a una persona tiene el poder de condenarla en forma ejecutiva y de cumplimiento inmediato casi con absoluta arbitrariedad.

Por lo general, en todos los países existe un tipo penal al que se apela para obtener este resultado. En el derecho anglosajón, a medida que se iba restringiendo la facultad judicial de crear delitos —por efecto del predominio del *statute law* o derecho legislado— los tribunales apelaban, progresivamente a una figura indefinida que es la *conspiracy*, definida por los tratadistas como la obtención de un fin lícito por medios ilícitos o de un fin ilícito por medios lícitos. Semejante apariencia conceptual permite hasta hoy construir analógicamente la ley penal y violar la *rule of law* en el derecho penal de los países anglosajones. En nuestros países no es extraño que se apele a la asociación ilícita, si es que tiene pena considerablemente alta y permite, por ende, denegar la excarcelación o imponer la prisión preventiva.

23. Con frecuencia, los mismos tribunales que deben conocer de la sentencia en segunda instancia son los que deben revisar el procesamiento y su calificación. Se trata de la fórmula procesal más idónea para garantizar la arbitrariedad del juez del procesamiento y, al mismo tiempo, una denegación de la revisabilidad o doble instancia.

No se garantiza la doble instancia con la mera posibilidad procesal de revisión de la sentencia definitiva, cuando la mayor parte de las penas que se están ejecutando no se imponen por sentencia definitiva: si los hechos nos muestran que la verdadera función de sentencia condenatoria la están cumpliendo los autos de procesamiento, es bastante claro que la doble instancia se debe garantizar plenamente con respecto a éstos.

Cuando el mismo tribunal que debe revisar la sentencia es el que decide acerca del procesamiento, se halla en una posición contradictoria, pues siempre su decisión respecto del segundo importa un cierto grado de prejuzgamiento con referencia a la primera. Esto no le pasa por alto al mismo tribunal y, por ende, encuentra una solución que, por un lado le simplifica el trabajo y, por otro, le permite salir formalmente de la encrucijada: prácticamente no abre juicio acerca de la calificación, amparado en que las mayores precisiones al respecto corresponden a otro momento procesal, con lo cual, por un lado trabajan menos y, por otro, les evita el prejuzgamiento. De este modo, los argumentos de derecho quedan en la mayor parte de los casos sin responder y el procesado (en realidad condenado a sufrir la pena de prisión preventiva) en situación de indefensión frente a la arbitrariedad calificatoria.

24. Otra de las contribuciones penales de fondo a la violación de elementales garantías procesales es la teoría de los concursos, mediante cuya confusión y manipulación es muy sencillo violar la regla del *non bis in idem*.

Se trata de un tema suficientemente oscuro en el derecho penal y que, por ende, es perfectamente utilizable para condenar dos veces a una persona por el mismo hecho, para conceder extradiciones aunque la persona haya sido condenada y haya cumplido pena por el mismo delito en el país cedente, para que una persona sea al mismo tiempo condenada por un tribunal normal u ordinario y otro extraordinario, etc.

En la medida en que no quede claro que el concurso ideal es un único hecho y por tal se considere una única acción o conducta, que encuadra simultáneamente en varios tipos penales, aunque sea en forma parcial y aunque provoque el efecto de "enganche" entre tipicidades que de otro modo serían independientes, se usará el concurso ideal para proceder al desdoblamiento artificial de una única acción y, por ende, se someterá a dos procesos a una única conducta. Lo mismo sucederá si no se admite que el concurso ideal requiere que sólo una parte de la acción se superponga con la otra tipicidad, pues se convertirán todos en concursos ideales y, por ende, se llegará al mismo resultado. Algo análogo sucede cuando se considera que los resultados multiplican los delitos, pasando por alto que *delito* no es básicamente un resultado sino una *acción*.

25. Este itinerario por el derecho penal de fondo, que nos obliga continuamente a entrar en el terreno del procesal penal, es suficiente para proporcionar la vivencia de la íntima vinculación e interdependencia entre ambos, al menos desde el punto de vista político criminal o de los derechos humanos.

En estos momentos no se trata solo de descalificar las legislaciones que violan abierta y frontalmente las garantías procesales, como sería el caso de las que establecen tribunales secretos o anónimos, sino que es necesario hilar más fino para descubrir que, a través de la legislación procesal, el derecho penal defectuoso puede facilitar tipos y confusiones (como la *conspiracy* o la teoría de los concursos) que le permitan burlar sus límites internacionales y cometer injustos jushumanistas bajo legalidad formal, generalmente no percibida por los internacionalistas, poco enterados de los tecnicismos penales. Aunque siendo necesario menor grado de penetración técnica para percibirlo, también es necesario comprender que el proceso penal en la región tiende a desaparecer, reemplazado por un procedimiento que desemboca en el auto de procesamiento con calificación arbitraria y en una pena de prisión preventiva de ejecución inmediata y a veces sin apelación, pero que en los casos de delitos leves produce que la pena se halle prácticamente cumplida cuando llega la sentencia formal, en tanto que en los delitos más graves tiende a desaparecer reemplazado por la *bargaining*. Si a esto añadimos la introducción acelerada de instituciones inquisitoriales en el área de tóxicos con seria amenaza de extenderse a otras, como ha sucedido siempre que se ha vuelto al inquisitorio, nos daremos cuenta de que la mera consagración formal y legal de los principios no lograr evitar los injustos jushumanistas en el proceso penal.

La fuente del derecho internacional de los derechos humanos son tratados internacionales. La buena fe se impone como criterio interpretativo de cualquier tratado, en función del art. 31 de la Convención de Viena: *Todo tratado debe interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado, en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objetivo y fin.*

El principio *pro homine* es propio del derecho internacional de los derechos humanos e impone que en la duda se decida siempre en el sentido más garantizador del derecho de que se trate. En realidad, es una aplicación particular del principio de buena fe del general derecho de los tratados a éstos cuando corresponden a una rama especializada del derecho internacional.

El principio de buena fe y su concreta aplicación (*pro homine*) impide que el discurso penal invoque las disposiciones de los tratados para violar los límites del derecho penal de garantías, o sea, que se haga un uso perverso de las propias cláusulas garantizadoras. Ejemplo de estos usos perversos son las invocaciones a derechos para convertirlos en bienes jurídicos e imponer penas inusuales o crueles so pretexto de tutela. Pero *no sabemos si con esto se agota el contenido de la regla de la interpretación de buena fe de los tratados internacionales de derechos humanos: cabe preguntarse si no se renuncia a una interpretación de buena fe cuando no se tienen en cuenta los tecnicismos a que se acude para encubrir injustos jushumanistas en sentido material.*

III. LA VIOLACIÓN COTIDIANA DE LAS GARANTÍAS PROCESALES

1. Los procesos penales se desarrollan en un mundo real, en el cual se violan derechos humanos todos los días, aunque las leyes establezcan garantías formales que, en la práctica, se desconocen por diferentes razones. Es imposible sintetizar acabadamente estos desvíos de la realidad respecto de lo pautado, pero lo cierto es que hay actitudes o conductas de los protagonistas del proceso y en especial de la jurisdicción que, si bien no siempre se apartan abiertamente de la ley, en concreto significan la cancelación de diversas garantías. Lo que sigue es un breve listado ejemplificativo de situaciones de esta naturaleza, que vale como indicador del camino que entendemos debe transitar en el futuro la investigación jushumanista del proceso penal.

2. Nadie ignora la gran discusión existente en torno de la llamada *instrucción* y de la controvertida figura del juez instructor de cuño bonapartista. Es verdad que esa figura es realmente atormentada, en particular cuando se le reclama *imparcialidad*. Lo máximo que puede exigirse cuando se reclama imparcialidad al juez instructor, es la falta de una finalidad de perjudicar o de favorecer a alguien, pero en modo alguno una imparcialidad frente a las pruebas: si el juez de instrucción es un investigador, es claro que todo investigador es parcial en cuanto a las hipótesis sobre las que trabaja y de las que termina convencido. Esta contradicción lo convierte en una figura atormentada porque se le exige lo imposible. Resulta mucho más coherente en este sentido la investigación en manos del ministerio público, en el marco de un proceso más puramente acusatorio, limitándose al juez a disponer las medidas coactivas y a controlar las garantías.

Pero mucho antes de esta discusión —importantísima por cierto— es menester preguntar, ante un sistema procesal concreto, si realmente la instrucción o investigación la lleva a cabo el juez o el fiscal, o si, por el contrario, éste se limita a legitimar una tarea que en definitiva es realizada por la policía dependiente del poder ejecutivo.

Se trata de un dato de hecho fundamental para saber si se respetan las garantías: cuando el funcionario instructor —juez o fiscal— tiene a su cargo miles de causas, no pasa de ser una figura decorativa que legitima actos policiales. Esto se comprueba fácilmente conociendo el índice de conflictividad y la densidad de instructor por habitante. Si de esa información se deduce que es completamente insuficiente, la conclusión es que la delegación en la policía es obligada.

Por regla general, ésta es la base de la corrupción policial, usualmente fomentada por los operadores políticos, porque de ese modo obtienen un doble recorte presupuestario: por un lado, se ahorran la inversión que implica montar y sostener las fiscalías y juzgados; por otro, ahorran gran parte del presupuesto policial, que es solventado a través de los ingresos ilícitos que comete la policía con el uso arbitrario de la función instructoria penal.

3. Si a esto se agrega que la obligación de poner a la persona detenida a disposición de la autoridad judicial no es inmediata, si se permite la incomunicación, si se admiten declaraciones en sede policial, si se otorga valor probatorio a dichos de los funcionarios policiales respecto de manifestaciones de los detenidos, no se requiere mayor penetración para concluir que se trata de

un proceso penal en el que no se respeta ninguna garantía y en el que es frecuente el uso de la tortura y los apremios.

La incomunicación y la permanencia del preso en dependencias policiales es la ocasión de la tortura; esto es así incluso cuando la declaración válida sea sólo en sede judicial, porque la circunstancia de que el preso deba volver a la dependencia policial es coacción suficiente, máxime si, como a veces sucede, permanece en el juzgado o fiscalía mientras declara custodiado por el mismo personal policial que oye su declaración.

La declaración prestada después de larga incomunicación es dudoso que pueda ser —en puridad— considerada voluntaria y prestada con total conciencia de la situación. La persona que declara en estas condiciones lo hace siempre presionada por las circunstancias y en situación totalmente desfavorable. Si se aplicasen estrictamente los principios que la ley establece se trataría de declaraciones nulas por vicio de la voluntad coacta del declarante.

4. La dependencia de la policía judicial del poder ejecutivo es un factor necesariamente distorsionante de la investigación. Cuando el poder ejecutivo no quiere que se investigue, el juez o el fiscal quedan sin la cooperación necesaria y, por ende, en imposibilidad de hacerlo. No basta con la formalidad legal que establece que la policía es auxiliar de la justicia, puesto que es sabido que ésta averigua si lo desea, es decir, que en caso contrario se limita a cumplir las órdenes y está en condiciones de desviar gravemente la investigación con total impunidad, pues no tiene nadie capacidad de controlarla.

Por cierto que no se resuelve esto cambiando de nombre a las instituciones: si el ministerio público es una dependencia del poder ejecutivo, que lo nombra y remueve a su conveniencia, y la policía una dependencia de éste, la investigación a cargo del mismo no sería un paso hacia el sistema acusatorio, sino la puesta de la investigación de todos los delitos bajo los dictados e intereses del ejecutivo o, lo que es lo mismo, que la policía se haya transformado en ministerio público. Aparentemente, la única policía judicial realmente existente en los países que abarca la presente investigación es la de Costa Rica, puesto que en El Salvador, en contra de lo dispuesto por la Constitución, la misma sigue dependiendo del ejecutivo. El caso de México parece indicar la otra variante: una gran maquinaria policial que se ha deglutido a un ministerio público dependiente del ejecutivo; no cambia la naturaleza de las cosas que en lugar de comisarías, las dependencias policiales se llamen delegaciones del ministerio público.

5. En una realidad en que la pena más usada es la prisión preventiva, la instrucción tiene un valor determinante. Si la misma se desarrolla en las condiciones relatadas, es decir, por parte de la policía y con muy pocas posibilidades de intervención directa de los pocos jueces o fiscales que tienen formalmente a cargo la investigación y, más aún, si lo hacen con las restantes oportunidades de violar derechos humanos (incomunicación, permanencia en dependencias policiales, valor de las manifestaciones del imputado en sede policial o de los funcionarios policiales respecto de sus dichos, etc.), es bastante claro que no tiene mucha importancia detenerse a averiguar cuáles son los derechos y garantías que la Constitución declara, porque desde el inicio se está en condiciones de diagnosticar que se trata de un proceso penal en el que no se respeta ninguna de ellas y con mucha probabilidad se practica la tortura, sin contar con el grado de corrupción considerable que invariablemente acompaña esas deformaciones procesales.

6. La delegación de la instrucción en la policía por parte de jueces o fiscales a los que el volumen de trabajo les impide realizarla personalmente, conduce por razones estructurales a la formación de un poder policial autónomo al que se van tolerando vicios que se disimulan: no se pregunta cómo se llega a las noticias, se admiten explicaciones absurdas y banales, se acepta tácitamente que se valgan de informantes pagos con impunidad, etc. La cuestión alcanza la paradoja cuando, en algún caso aislado, el juez o el ministerio público quieren investigar y la policía les resta auxilio material: en tales casos son los funcionarios los que deben acudir a estos procedimientos, con el consiguiente escándalo. Lo cierto es que esto pone de manifiesto que se investiga con medios ilícitos pero tolerados por todos, mientras lo haga la policía: el único al que no se le toleran estos procedimientos es al juez.

A estos procesos suelen corresponder poderes policiales muy autónomos que, por lo general se atribuyen facultades de detención masiva y arbitraria, por contravenciones o por pura

prevención (redadas), con lo cual ejercen el poder recaudador y al mismo tiempo llenan estadísticas con las que prueban su supuesta eficacia preventiva. Esas atribuciones forman parte de la estructura de una policía sobredimensionada y autofinanciada y de un poder judicial y ministerio público atrofiado y débil.

7. Se hace necesario investigar el grado de defensa real que se ofrece a quienes no tienen recursos para una defensa privada, porque el trabajo excesivo de los abogados de la defensa pública suele completar el panorama de indefensión de la persona. Cuando se garantiza el derecho de defensa, no se está tratando de una mera formalidad, sino de una defensa con real contenido de tal y en todas las etapas del proceso. La pertenencia de la defensa pública al mismo órgano judicial tiene serios inconvenientes, como que los defensores públicos no interponen todos los recursos y tampoco acuden a las instancias internacionales, por temor a las sanciones administrativas que les pueden imponer sus superiores que, obviamente, no lo harán en la misma causa, pero buscarán el pretexto para vengarse del funcionario al que consideran un traidor a la corporación.

8. La imaginación del legislador no ha sido por lo general fecunda en cuanto a las sustituciones de la prisión preventiva. Más aún: por regla general incurre en lesiones al derecho a la igualdad de trato extendiendo la prisión preventiva y prohibiendo la excarcelación para determinados delitos, sea por presiones internacionales, de los medios masivos o por demagogia. La prohibición de excarcelar para delitos determinados, con claro objeto preventivo general negativo, constituye una lesión al principio de igualdad y una confesión abierta de la manipulación de la prisión preventiva como pena.

9. Como alternativa a la prisión preventiva se emplea la caución real. Suele introducirse con ella un elemento de discriminación por renta o capacidad de pago, pero esta objeción es común a cualquier consecuencia punitiva de efecto patrimonial. En el caso de la excarcelación o sustitución de la prisión preventiva, la situación es realmente intolerable cuando se fijan cauciones que claramente no puede pagar el preso ni su familia. En la práctica, en cuanto a delitos contra la propiedad, se convierte en una fuente de comisión de nuevos delitos, pues las cauciones las proporcionan los socios del preso que están libres, consiguiendo sus fondos de la comisión de otros ilícitos. Nos parece claro que el juez que apela a este procedimiento para negar una excarcelación, está extendiendo indebidamente una privación de libertad y le cabe responsabilidad funcional y eventualmente penal, pero al margen de esta circunstancia, es absurdo que la ley otorgue el espacio para estas arbitrariedades, omitiendo disponer claramente que las cauciones reales deben ser adecuadas a la renta del preso o de su familia.

Otro procedimiento harto recurrido por parte de los jueces en la región es la denegatoria de la excarcelación que legalmente corresponde, calculando que el tribunal de alzada revocará su decisión y concederá el beneficio, pero obteniendo con eso prolongar la prisión preventiva el tiempo que demore la tramitación del recurso.

10. Otra importante violación de garantías la constituye la actitud de los jueces de instrucción y de primera instancia, temerosos de las sanciones de su alzada en poderes judiciales corporativos, jerarquizados y verticalizados: el temor les lleva a negar toda medida que pueda beneficiar al procesado e incluso a condenar en las mismas sentencias formales, para ahorrarse conflictos con los órganos colegiados. De este modo, los sobreseimientos y absoluciones prácticamente deben resolverse en segunda instancia, lo que por lo general es favorecido por un ministerio público que, por errónea interpretación de su función, entiende que es su obligación apelar toda medida que beneficie al procesado, sin tener en cuenta la naturaleza de la misma y ni siquiera las constancias de la causa.

El peligro que significa un ministerio público que deja de ser control de legalidad y acusador racional, para convertirse en una máquina de acusar sin sentido ni razón, está demás que lo subrayemos. Mucho más grave es que la propia jefatura del cuerpo imparta instrucciones obligando a la apelación de todas las resoluciones e interlocutorios que benefician a cualquier persona, porque eso implica que la propia cabeza ejerce su función arbitrariamente y deforma la misión procesal del ministerio público. Es lamentable que en tales aberraciones no se haga efectiva la responsabilidad política de los funcionarios que aniquilan garantías por meras razones de estadística burocrática.

11. La instrucción a cargo de jueces distintos de los sentenciadores es una necesidad largamente reconocida en tanto se sostenga el llamado sistema *mixto*, pero es bueno tomar las precauciones necesarias para evitar que los sobreseimientos desaparezcan, porque ante la duda, siempre es mucho más sencillo redactar una elevación a juicio que un sobreseimiento. La ley del mínimo esfuerzo, a la postre, triunfa en detrimento de las garantías y con desmedro de la propia función judicial cuya economía se lesiona con juicios innecesarios.

12. El derecho a interrogar a los testigos y peritos es materia que frecuentemente se desconoce de modo grave: el rechazo de testigos y peritos es moneda corriente. Los jueces de tribunales orales no tienen interés en prolongar las audiencias. La magnitud de un proceso no se mide desde el tribunal por la dificultad probatoria o jurídica del caso, sino por el número de testigos a interrogar, lo que da idea del tiempo que insumirá. De allí que sea práctica en muchos tribunales afilar la atención para rechazar testigos, sobre todo de la defensa o de la querrela, al menor defecto de forma en el ofrecimiento o incluso sin defecto alguno. Los defensores, por lo general, no insisten porque entienden que no es buena táctica comenzar peleando por el tribunal y, mucho menos, ganarse la antipatía del mismo con declaraciones que prolongan las audiencias de juicio y aumentan el malhumor de los jueces. Este temor es aún mayor cuando se trata de una población relativamente pequeña y de abogados que ejercen habitualmente su ministerio en ese tribunal y que consideran que no pueden permitirse efectuar planteos de esta naturaleza, ante la posibilidad de perjudicar a sus defendidos no sólo en ese juicio sino en otros que nada tienen que ver con el mismo, es decir, de ver obstaculizado su ejercicio profesional. Sería necesario que la admisión de la prueba la decidiera un tribunal diferente del que hará el juicio.

Los actos instructorios sin control de las partes conformándose con la simple notificación a las mismas a veces por nota, o perjudicando su intervención con cambios de horarios en su realización, prácticamente desconcertando al defensor, a quien se le proporcionan informaciones falsas, son otras tantas actitudes corrientes y conocidas de las que se valen algunos jueces de instrucción para tomar declaraciones o practicar otras diligencias sin la presencia del defensor, que no las puede objetar porque, teóricamente, debiera haber permanecido en el tribunal muchas horas, con el consiguiente detrimento de sus tareas, esperando que el juez decida realizar el acto.

Otro medio muy recurrido para impedir el interrogatorio de testimonios y peritos tiene lugar en el plenario oral, cuando con mucha generosidad se va imponiendo el criterio de admitir la introducción de las pruebas de la instrucción sin reproducirlas: basta que se informe que un testigo cambió de domicilio, que otro ha viajado porque lo dice una vecina, que el perito se halla de vacaciones, todo lo cual, especialmente si tiene lugar en un proceso penal cuya instrucción la lleva a cabo la policía dependiente del poder ejecutivo por delegación, no es más que la coronación de la potestad de los funcionarios del ejecutivo de decidir quien debe ser condenado y quien absuelto.

El derecho de las partes a interrogar resulta lesionado, cuando en la instrucción se habilita al funcionario a que realice actuaciones sin la presencia de la defensa y luego, en el plenario, éstas se incorporan por lectura por decisión del tribunal, ante obstáculos despreciables.

13. No es necesario apelar a la tortura para violar el principio de que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, pues existen distintos métodos por los cuales se logra convertir a la indagatoria y sus ampliaciones en medios de prueba cargosa, sin que la persona física del imputado o procesado sufra ningún detrimento. La incomunicación es, en este aspecto, una forma de apremio.

Una persona sometida a ese apremio, particularmente si carece de experiencia procesal y si es "aconsejada" por el policía "bueno" que alterna con los "malos" durante ese estado, está privada de la capacidad de juicio crítico necesaria para declarar.

La prisión preventiva prolongada y con asistencia jurídica defectuosa por falta de comunicación más o menos frecuente con el preso, provoca conductas erróneas en el orden procesal con demasiada frecuencia: los presos librados a su suerte suelen tener comunicación entre ellos y armar planteos jurídicos disparatados que los perjudican. No sólo existen presos "parias" porque no reciben visitas de sus familiares y amigos, sino también "parias" jurídicos,

porque no reciben visitas regulares de sus letrados. Esta asistencia personal es parte de la defensa y evita la autolesión procesal del preso.

14. La garantía de la doble instancia tiene un contenido material: no basta con su establecimiento procesal formal, sino que debe asegurarse que todos los procesados tengan la posibilidad real de acceder a las instancias superiores nacionales e internacionales. Para ello se requiere una asistencia jurídica adecuada e independiente de la estructura judicial, al menos en el aspecto disciplinario.

Igualmente grave es que la propia ley niegue para casos considerados de "menor gravedad" el acceso a las instancias de revisión y de control de constitucionalidad. La magnitud de una lesión de derechos no la proporciona la cuantía de la pena impuesta. Las infracciones menores deben ser tratadas con igual cuidado de las garantías que las más graves: la simplificación del procedimiento a su respecto no debe significar reducción de garantías y menos aún de instancias, sino todo lo contrario. La tendencia a simplificar lesionando garantías no es más que un criterio economicista del proceso penal, en el cual se privilegian cuestiones presupuestarias en detrimento de los derechos de los habitantes. Justamente los ámbitos de abuso policial cotidiano son las infracciones de menor gravedad que, por otra parte, brindan el pretexto para el control social configurador, es decir, el que reduce el espacio social de las personas y que es el que más interesa a los poderes políticos por un lado y a la dinámica cultural por el otro.

IV. CONCLUSIONES

El panorama de las relaciones con el derecho penal y de la experiencia cotidiana respecto de las garantías procesales nos muestra la necesidad de investigar los derechos humanos en el ámbito procesal, como una hipótesis de trabajo que en modo alguno puede contentarse con los contenidos legales, sino que debe nutrirse de datos legales tanto como de los fácticos referidos a la práctica procesal cotidiana. Sería sumamente oportuno que las futuras investigaciones se encarasen como programas de investigación-acción, o sea, que la investigación se lleve a cabo incorporando un equipo que se haga cargo de defensas de procesados y pueda percibir en forma directa los obstáculos a la realización de las garantías internacionales. Cabe observar que es difícil suplantar esto con la experiencia de los abogados que operan en los distintos fueros, porque éstos consideran normalizadas situaciones que claramente no pueden serlo o que directamente son escandalosas por la frontal violación de derechos humanos que implican.